

A. I. N° - 269130.0048/19-2
AUTUADO - LEIZER APARECIDA FERREIRA BORGES CARIAS EIRELI
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - DAT SUL / INFAS DO OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29/12/2021

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0211-03/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. A simples negativa de cometimento da infração não desonera o contribuinte do ônus de elidi-la com elementos de prova, como previsto no §6º, do art. 123, do RPAF-BA/99, inclusive quando alega ocorrência que lhe obste efeitos. O Autuado não consegue elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/12/2019, refere-se à exigência de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$86.629,51, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da Infração 01 - **01.02.40**. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacadno nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a setembro de 2019. Demonstrativo às fls. 04 e 05 e CD à fl. 07.

O Autuado apresenta Impugnação às fls. 10 a 18, articulando suas razões de defesa nos termos resumidos a seguir.

Preliminarmente, com fulcro no artigo 272, § 5º, do CPC, requer que as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado JUVENAL SÉRGIO OLIVEIRA - OAB/BA 44.711 e endereçadas a este no endereço constante do rodapé da presente petição, sob pena de nulidade.

Destaca que o presente Auto de Infração em comento, a autoridade fiscal, lhe atribuiu a prática da seguinte infração: utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao no documento fiscal.

Assinala que apesar do denodo do Autuante sua ação fiscal não merece prosperar, uma vez que baseia sua ação fiscal na EFD, e no entanto não foi intimado para corrigir as inconsistências de sua escrituração fiscal digital, como determina o art. 247, § 4º, do RICMS-BA/12, bem como a imputação deixou de observar que a partir de janeiro de 2018 o Dec. n° 18.219/17 revogou o Dec. n° 14.213/12 que vedava a utilização de créditos fiscais de ICMS relativo às mercadorias oriundas dos estados relacionados em seu anexo único, conforme consta do § 2º, do art. 1º, do decreto revogado. Tudo porque não 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.

Lembra 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.

Observa que 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. Prossegue frisando que, assim como as pessoas são inteiramente livres para

agir, desde que não exista uma lei determinando um comportamento diferente, o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo legislador.

Revela que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir, nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal, como bem está expresso no trecho da Revista dos Tribunais, “*in verbis*”, fl. 13.

Destaca 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.

Registra que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos.

Afirma que função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade.

Observa que 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.

Diz ser por isso, que o caso “*sub examine*”, devido aos vícios que possuem levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

Inicialmente assinala que a Autuante, lavrou o Auto de Infração em apreço, sem lhe intimar 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 art. 247, § 4º, do RICMS-BA/12 (vigente há época da ocorrência), cujo teor reproduz.

Informa que, 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. Por isso, sustenta que, em relação a sua EFD, não foi estabelecido na intimação o prazo previsto no art. 247, § 4º, do RICMS-BA/12, haja vista que o Dec. n° 13.780/12, estabelece que em caso de não entrega ou em entrega com inconsistências, deve ser fornecida ao contribuinte, o prazo de trinta dias para entrega ou correção da EFD.

Diz que se constata que não foi observada, no procedimento fiscal realizado, a regra estabelecida no citado 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.

Sustenta que, como a Autuante não observou os requisitos previstos na legislação pertinente, ou seja, não lhe concedeu o prazo legal para que fossem retificados a EFD, é absolutamente nula a referida infração por inobservância do devido processo legal, nos termos do inciso II, art. 18, do RPAF-BA/99.

Reafirma ser nula a exigência fiscal decorrente da falta de intimação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Assevera ser tal falha 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.

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, 15ª ed. RT SP, 1990 ff. 78/79).

Ao cuidar do mérito alega ser indevida a cobrança face a revogação do Dec. nº 14.213/12, observando, que o mencionado Decreto, dispõe sobre a vedação 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 Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 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 Convênio ICMS 190/2017, estabelecendo os procedimentos e prazo que as unidades federadas deveriam observar para remissão dos benefícios fiscais ou financeiros-fiscais instituídos. Em consonância com materialização pelas unidades federadas da celebração do referido Convênio, o Estado da Bahia, por meio do Dec. nº 18.219/18, revogou o Dec. nº 14.213/12, visando a não exigência de 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 160/17 e do Convênio ICMS 190/2017.

Salienta, que o Convênio ICMS 190/2017, dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiros-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º do art. 155, da CF/88, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

De acordo com a Cláusula oitava, do ICMS 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”, inciso XII, §2º, art. 155, da CF/88.

Destaca que no presente caso o que se vê é que os valores constantes no presente lançamento decorrentes do Dec. 12.413/12, 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.

Destaca que nesta esteira, o CONSEF, TJ-BA e STJ já decidiram em favor do contribuinte, reproduzindo ementas de julgados destes órgãos às fls. 16 e 17.

Requer, com fulcro no art. 272, § 5º, do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado JUVENAL SÉRGIO OLIVEIRA - OAB BA 44.711 e endereçadas a este no endereço constante no rodapé da presente petição sob pena de nulidade.

Conclui requerendo que o CONSEF/BA decrete a nulidade do Auto de Infração em apreço, e se assim não entender, decida pela procedência parcial, excluindo as notas fiscais oriundas de estados que constam do Anexo Único do Decreto revogado nº 14.213/12.

À fl. 50, o Autuado requer a juntada de cópias de Danfes notas fiscais que encontram acostadas às fls. 51 a 336.

A Autuante presta informação fiscal às fls. 338 a 345, na forma resumida a seguir.

Depois de sintetizar as razões de defesa, destaca que a alegação de que o fato de não haver sido intimada para correção de inconsistências compromete a legalidade da autuação, afigura-se equivocada uma vez que o § 4º, do art. 247, do RICMS-BA/12, indicado pela autuada foi revogado no mesmo dia do envio do Termo de início de Fiscalização.

Quanto à alegação de que a falta de emissão da intimação para correção de inconsistências incorreu em desobediência ao inciso II, do art. 18, do RPAF-BA/99, caberia a nulidade do processo, assevera que em momento algum a fiscalização preteriu o direito de defesa da autuada, que, evidentemente o exerceu plenamente, em razão da elaboração dessa informação fiscal.

Sustenta que 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.

Menciona que o Autuado, em sua defesa, o Dec. 18.219/2017 (DOE de 26/01/2018), por meio do qual, o Governador do Estado da Bahia foi revogado na integralidade o Dec. 14.213/2012, com efeitos válidos a partir de 27 de janeiro de 2018.

Observa que o decreto de 2012, dispunha sobre “(...) *a vedação de créditos relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975*” (grifo nosso). Ou seja, informava quais créditos seriam vedados e quais aceitos, para fins de dedução no cálculo da Antecipação Parcial/Antecipação por Substituição apenas dentro da Bahia (Antecipação Total interna do ICMS).

Explica que o presente Auto de Infração, refere-se ao fato de que o valor do ICMS destacado nas Nfes de entrada foi erroneamente transscrito para a EFD, uma vez que o Autuado registrou valores maiores que os encontrados nos documentos fiscais.

Observa que o argumento defensivo de que “os créditos não devem ser exigidos” (1º parágrafo da página 8 da defesa) não faz nenhum sentido, uma vez que créditos não estão sendo exigidos, antes pelo contrário, estão sendo glosados no presente processo.

Esclarece que as Antecipações Parciais são objeto de outro Auto de Infração, de nº 269130.0051/19-3, quando então, são feitos os cálculos dos valores da Antecipação Parcial, momento em que os créditos são analisados e abatidos do ICMS a recolher.

Reafirma que os decretos não se aplicam à infração cobrada, de modo que não se pode falar em exclusão de documentos provenientes de Estados que constam no anexo único do decreto revogado.

Observa que o Autuado insiste na nulidade do processo com base no art. 18, do RPAF-BA/99, assinalando que: o servidor que lavrou o auto é competente para fazê-lo; o Autuado 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.

Assevera, não há, portanto, razões para a nulidade da autuação.

Conclui pugnando pela manutenção integral do Auto de Infração.

Em nova informação fiscal a Autuante às fls. 348 a 351, reiterando que o presente Auto de Infração se refere ao fato de que o valor do ICMS destacados nas notas fiscais de entrada foi erroneamente transscrito para a EFD, registrando valores maiores que os constantes dos documentos fiscais.

Assevera que os decretos indicados pelo Impugnante não se aplicam à infração ora em lide.

Assinala que mantém a posição de que não se pode falar em exclusão de documentos provenientes de Estados que constam do Anexo Único do decreto revogado.

Conclui pugnando pela manutenção integral do Auto de Infração.

VOTO

De início, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a legislação de regência. A irregularidade apurada afigura-se devidamente demonstrada no levantamento fiscal, que serve de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração da exigência fiscal se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

No que concerne à alegação da defesa, de que a autuação é nula pela falta de intimação para retificação de sua Escrita Fiscal Digital - EFD, não deve prosperar, haja vista que é obrigação do

contribuinte prevista na legislação de regência o envio para a SEFAZ de sua EFD registrando de forma correta todas as suas operações mensalmente realizadas - artigos 247 e 248 do RICMS-BA/12.

Ademais, iniciada a ação fiscal não há que se falar em revisão da EFD, como se depreende do §2º, do art. 251, do RICMS-BA/12, *in verbis*:

“Art. 251.

[...]

§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.”

Assim, por entender que inexiste qualquer obrigatoriedade para a intimação do sujeito passivo nas circunstâncias do presente Auto de Infração, rejeito a preliminar suscitada.

Não vislumbro também nos presentes autos, qualquer ofensa aos princípios que regem o processo administrativo fiscal.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário exigido. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18, do RPAF-BA/99, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, o Auto de Infração trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal.

Constam do CD, fl. 07, demonstrativos com cópia entregue ao Autuado, como se verifica à fl. 08, explicitando todas as operações de aquisições de mercadorias cujos créditos fiscais, destacados nas correspondentes notas fiscais, foram, em valor superior, indevidamente utilizados pelo Impugnante.

O Defendente em sua Impugnação, mesmo tendo recebido cópia do demonstrativo de apuração explicitando a origem do débito apurado, não apresentou qualquer inconsistência nos valores exigidos.

Optou por centrar suas razões de Defesa na alegação de que os valores constantes do presente lançamento, decorrentes do Dec. 14.213/12, em consonância com o Convênio ICMS 190/2017, revogado pelo Dec. nº 18.219/17, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos, decorrentes do mencionado Decreto, razão pela qual pugnou pela insubsistência da autuação fiscal.

Em que pese a alegação articulada, o Impugnante não identificou quais operações constantes do levantamento fiscal são decorrentes do Dec. 14.213/12, ou seja, se referem, tão-somente, de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

Ressalto que, a simples alegação desprovida de suporte fático não tem o condão de elidir a acusação fiscal.

Ademais, ao se compulsar o levantamento fiscal, cujo arquivo integral encontra-se no CD acostado à fl. 07, verifica-se que as mercadorias arroladas nada têm a ver com operações de mercadorias cujas entradas interestaduais de mercadorias são contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

Constatou também, ao compulsar as cópias de Danfes carreadas aos autos pelo Impugnante, que a sua grande maioria é de aquisições internas.

O Defendente não contestou objetivamente o cálculo para apuração do imposto, ou qualquer outro elemento utilizado na apuração da exigência fiscal, eis que sua defesa se limitou a aduzir

que os valores constantes do presente lançamento são decorrentes do revogado Dec. 14. 213/12, em consonância com o Convênio ICMS 190/2017.

Ocorre que o procedimento de auditoria adotado pela fiscalização, teve base na EFD, cujo registro, foi efetuado pelo próprio sujeito passivo, e sem alterá-los, a ferramenta fiscal utilizada apenas confronta os dados registrados com os contidos nos respectivos documentos fiscais de livre acesso e conhecimento do fisco, confronto do qual decorreu a exigência fiscal apurada no presente Auto de Infração.

Convém salientar, que especialmente no caso presente dessa infração, em que a lide se resume a mera questão de fato, o direito de defesa assegurado ao contribuinte, para ter o êxito pretendido, deve ser exercido atendendo ao disposto no § 5º, do art. 123, do RPAF-BA/99. Ou seja, apresentando a prova documental, suporte do argumento defensivo, que se houvera, estaria na posse do Impugnante, pois como nesse caso, não a trazendo aos autos e não se demonstrando as situações de exceção indicadas no referido dispositivo regulamentar (I - impossibilidade de apresentação na oportunidade da defesa, por motivo de força maior; II - se referir a fato ou a direito superveniente; e III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos).

Nos termos expeditos, resta nitidamente evidenciado e comprovado nos autos, ter o Autuado utilizado crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documentos fiscais de aquisição o que implica inequívoco cometimento da infração que lhe fora imputada.

Logo, concluo pelo acerto da autuação e a consequente subsistência da Infração 01.

O patrono Autuado, solicita que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado Juvenal Sérgio Oliveira - OAB/BA 44.711, e endereçadas a este no endereço constante do rodapé da presente petição, sob pena de nulidade. Saliento que, nada obsta que o pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, entretanto, o regramento para a realização das intimações afigura-se definido nos artigos 108 e 109, do RPAF-BA/99. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber as intimações do presente feito.

Ante o 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 **269130.0048/19-2**, lavrado contra **LEIZER APARECIDA FERREIRA BORGES CARIAS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$86.629,51**, acrescido da multa de 60% prevista na alínea “a”, dos incisos VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais,

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA