

A. I. Nº - 269130.0044/19-7
AUTUADO - C N FARIA
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
INFAZ - DAT SUL / INFAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 02/02/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0254-04/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração comprovada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/12/2019 e refere-se R\$68.624,66, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.40 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, nos meses fevereiro a setembro de 2019, totalizando o montante de R\$33.414,18, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 16.01.06 - *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços tomados sem o devido registro na escrita fiscal*, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$35.210,48.

O autuado apresenta impugnação, fls. 11 a 20, após transcrever o teor da infração e após falar sobre a tempestividade da apresentação da mesma, 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, e dirigidas ao endereço constante do rodapé da presente petição, sob pena de nulidade

Após transcrever o teor das infrações diz que as mesmas não merecem prosperar por dois motivos:

1º) A ação fiscal se baseia 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 há época da ocorrência);

2º) Tal imputação de infração deixou de observar que a partir de janeiro de 2018 o Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 12.413/12, 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).

Arremata 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 Egrégio 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:

Diz 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. Assim, 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.

Entende que 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 está expresso em trecho da Revista dos Tribunais, cuja redação transcreveu.

Fala sobre a função fiscal e diz que a mesma está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal. Nesse sentido não podem prosperar tais imputações devido aos vícios que possuem, o que levará fatalmente a decretação da sua NULIDADE.

Em seguida aduz que 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 há época da ocorrência). Portanto, quando o 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. Portanto, em relação a sua EFD, não foi estabelecido na intimação o prazo previsto no art. 247 § 4º do RICMS/BA, haja vista que o Decreto nº 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.

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

Entretanto, se assim não entender esse Egrégio órgão julgador, o que admito por admitir, no MÉRITO julgue improcedente a infração em comento, consoante as razões que a seguir passo a expor.

Abre o tópico denominado “Da cobrança indevida face a revogação do Decreto nº 14.213/12”, dizendo que o mencionado Decreto, 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, 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 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 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.

No caso em apreço, o que se vê é que os valores constantes no presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 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.

Transcreve decisões deste Consef e do Poder Judiciário da Bahia, bem como o Superior Tribunal de Justiça, para corroborar a sua tese.

Finaliza requerendo a nulidade total do referido Auto de Infração e, se assim não entender, por precaução, subsidiariamente, que decida pela sua PARCIAL PROCEDÊNCIA, por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

A autuante presta Informação Fiscal, às fls. 84 91 fazendo um resumo dos argumentos defensivos e em seguida diz 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) e falta de registro de documentos fiscais de entrada na EFD (infração 02).

Quanto a afirmativa de que não ter sido intimada para correção de inconsistências comprometendo a legalidade da autuação afirma que a empresa se engana redondamente, pois o parágrafo indicado pela autuada foi revogado no mesmo dia do envio do Termo de início de Fiscalização.

Observa também, que as condições para a emissão da intimação não foram atendidas pois as EFD foram entregues e não se trata de inconsistência.

Frisa que a não emissão da intimação não compromete o atendimento aos preceitos legais aplicáveis aos trabalhos de auditoria, de modo que não cabe falar em nulidade por falta de observância do devido processo legal e em momento algum a fiscalização preteriu o direito de defesa da autuada, que, evidentemente o exerceu plenamente, razão da elaboração dessa informação fiscal. 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.

Afirma que a infração 01 tem uma natureza bastante simples. Refere-se a erro na transcrição para a EFD do valor destacado na NF-e. A análise do valor do crédito é objeto de outro roteiro, implicando em outra tipificação de infração. (AI-269130.0028/19-1)

Aduz que a autuada assinala, como segunda razão para a nulidade do processo, o Decreto nº 18.219/2017 (DOE de 26/01/2018), por meio do qual, o Governador do Estado da Bahia revogou na integralidade o Decreto nº 14.213/2012, com efeitos válidos a partir de 27 de janeiro de 2018. Entretanto, reafirma que a infração 01 não discute como a remetente chegou ao cálculo do valor destacado. Portanto, não é nesse auto de infração que os decretos influenciariam na valoração do ICMS a recolher. Ademais, o decreto de 2012 foi revogado em 2018 e todos os lançamentos efetuados pela fiscalização nesse auto de infração referem-se ao ano de 2019.

A infração 02 refere-se a notas fiscais do plantel enviado pela SEFAZ para a fiscalização que não foram encontradas nos arquivos das EFDs, razão da multa formal por descumprimento de obrigação acessória. Mais uma vez, um problema de transcrição de informações dos documentos para a escrita fiscal da empresa.

Transcreve o teor do art. 18 do RPAF e afirma 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.

Finaliza opinando pela cobrança integral do auto de infração.

VOTO

O presente Auto de infração é composto de duas infrações sendo que a infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior destacado em documento fiscal, enquanto que a infração 02 se refere a descumprimento de obrigação acessória pela falta de registro, na escrita fiscal de notas fiscais de entrada de mercadorias, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das mercadorias.

O autuado, com base no Art. 247, § 4º do RICMS/BA, arguiu que deveria ter sido intimado pela

fiscalização, com a concessão de 30 dias para entrega ou retificação da EFD, asseverando que as mesmas foram enviadas com inconsistências. Assim, no seu entender, não tendo sido observada a regra estabelecida no mencionado dispositivo legal, nem apresentada a listagem indicativa das irregularidades constantes nos arquivos apresentados as infrações são nulas por inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, II do RPAF/BA.

De início destaco que o referido § 4º do Art. 247 do RICMS/BA, foi revogado através do Decreto nº 19.274, de 04/10/10, efeitos a partir de 01/11/119, data anterior ao início da ação fiscal, ocorrido em 08/11/2019, oportunidade em que o contribuinte tomou ciência da intimação, enviada através de DT-e, comunicando o início da fiscalização, conforme se verifica através do documento anexado à fl. 03.

Ademais, as irregularidades sob análise se referem a registro na escrituração fiscal do contribuinte de créditos superiores ao destacado nos documentos fiscais (infração 01) e falta de registro de documentos fiscais na escrita fiscal (infração 02), portanto não se trata de mera inconsistência no envio da EFD, passível de correção, quando intimado pelo Fisco nesse sentido, como arguido pelo autuado, ao citar o Art. 247, § 4º do RICMS/BA.

Assim, por não vislumbrar falha procedimental do autuante ao não intimar o autuado, com concessão de prazo de trinta dias para, neste caso, processar o refazimento de sua escrita fiscal referente ao exercício fiscalizado, é que não acolho este pedido de nulidade do Auto de Infração.

Ademais, após examinar as peças componentes do presente Processo Administrativo Fiscal, verifico que estão presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e o fato gerador do débito tributário reclamado e no que tange aos aspectos formais e materiais do auto de infração.

A fiscalização constituiu o crédito tributário, registrando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade cabível, tudo em absoluta consonância com o art. 142 do CTN, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visto que as infrações estão caracterizadas conforme demonstrativos apensos aos autos.

Constato também que foram respeitados o direito à ampla defesa e ao contraditório inexistindo, assim qualquer vício ou falha que possa imputar nulidade ao Auto de Infração, não sendo detectada nenhuma ocorrência das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, como dito inicialmente, a infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal.

O sujeito passivo assevera ser indevida a acusação, pois o Estado da Bahia revogou o Decreto nº 14.213/12, visando a não exigência fiscal sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais, em consonância com o estabelecido no Convênio ICMS 190/2017, e neste caso, na sua interpretação, os créditos lançados nesta infração estariam remidos ou anistiados.

O mencionado Decreto, tratava 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, de 07 de janeiro de 1975.

Assim, o crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente era admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único do Decreto.

O Convênio ICMS 190/2017, dispõe 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.

Ocorre que no caso presente, verifico que: (i) os fatos geradores ocorreram no exercício de 2019, quando o Decreto 14.213/12 já havia sido revogado através do Decreto nº 18.219 de 26 de janeiro de 2018; (ii) a grande maioria das notas fiscais objeto da presente exigência, de acordo com demonstrativo inserido no CD de fl.08 se referiam a operações internas, enquanto que o Decreto nº 14.213/12 tratava de operações interestaduais de mercadorias indicadas no Anexo Único do referido decreto.

Assim, comungo com entendimento externado pela autuante de que o argumento defensivo não tem qualquer ligação com a infração sob análise pois o que se exige neste lançamento é o crédito escriturado na EFD do contribuinte em valor superior ao destacado nos respectivos documentos fiscais, conforme demonstrado na planilha elaborada pela fiscalização e anexada no CD de fl. 8, A mesma foi disponibilizada ao autuado que poderia perfeitamente apontar objetivamente os itens que estariam incluídos indevidamente nos mencionados demonstrativos elaborados pela fiscalização com as devidas justificativas e comprovações necessárias, o que não ocorreu, ao passo em que os papéis de trabalho comprovam que o contribuinte se creditou de imposto em valor superior ao destacados nas notas fiscais, conforme registrado em sua Escrituração Fiscal Digital - EFD.

Dessa forma, como o autuado não apontou qualquer equívoco porventura existente nos levantamentos elaborados pela autuante, a infrações 01 subsiste em sua totalidade.

A infração 02 está relacionada ao descumprimento de obrigação acessória pela falta de registro, na escrita fiscal, de notas fiscais de entrada de mercadorias tributáveis.

Na apresentação da defesa o sujeito passivo não apresentou qualquer argumento relacionado ao mérito, enquanto que a infração está respaldada em demonstrativos analíticos indicando as notas fiscais eletrônicas e respectivas chaves de acesso, que não foram localizadas na Escrituração Fiscal Digital- EFD do defendente.

Portanto, como não foram apresentadas provas capazes de desconstituir o lançamento, a mesma subsiste em sua totalidade. Ressalto que cabe a aplicação do disposto no art. 143 do RPAF/99: “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”.

Ante ao exposto 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 **269130.0044/19-7**, lavrado contra **C N FARIA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.414,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$35.210,48**, prevista no inciso IX, do mesmo dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios, na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR