

A. I. N º - 269130.0046/19-0
AUTUADO - LUANA KARLA BIAZUSSI CAPPELLESSO & HERNANE SOUZA BORGES LTDA.
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - DAT SUL / INFAS OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/02/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0259-04/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. O direito ao uso de crédito fiscal relativo as mercadorias recebidas, para efeito de compensação com o débito do imposto, é condicionado que as mercadorias recebidas pelo contribuinte tenham sido acompanhadas de documento fiscal idôneo. Os documentos anexados aos autos comprovam a irregularidade apurada. Infração comprovada. Adequada a multa aplicada para 100%, prevista no art. 42, inciso IV, “j” da Lei nº 7.014/96. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2019, exige ICMS, no valor de R\$666.700,46, em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, através de vias de Notas Fiscais que não a primeira.

Em complemento, consta a seguinte informação “*1 - Inicialmente é importante salientar que apenas os arquivos XML são a nota fiscal eletrônica. As DANFES são apenas a representação gráfica do arquivo, de modo que apenas os primeiros podem ser considerados documentos fiscais.*

2. Todas as tabelas, completas, podem ser encontradas no CD de arquivo magnéticos que acompanham este auto de infração.

3- Hoje em dia, a manipulação das informações se dá precípua mente de modo eletrônico. Sendo assim, quando as tabelas apresentarem muitas páginas ou colunas, imprime-se apenas a primeira página para efeito ilustrativo.

4- A empresa recebe cópia do processo. O original permanece na inspetoria para onde o contribuinte deve se dirigir em caso de alguma dúvida.

5- A fiscalização verificou a existência das seguintes infrações:

- Apropriação de crédito relativo a notas fiscais pretensamente emitidas por empresa cujo CNPJ não foi encontrado na Receita Federal ou se referem a um cabelereiro ou uma empresa construção civil localizada no estado de São Paulo. ”.

O autuado, através de advogado legalmente habilitado, ingressa com defesa, fls. 10 a 20, 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 da infração, ressalta que a mesma decorreu de lançamento na escrituração fiscal por equívoco de sua contabilidade. Prova de tal assertiva se constata junto às notas fiscais em anexo (Doc. 03), e como se vê, a autuada, por erro de escrituração fiscal da contabilidade da empresa deixou de utilizar crédito de ICMS decorrente de notas fiscais idôneas e apropriou crédito de notas fiscais de entrada de empresas baixadas, inativas, etc.

Frisa que, caso fosse intimada para corrigir as inconsistências de sua escrituração fiscal digital, como determina o artigo 247, § 4º do RICMS/BA (vigente há época da ocorrência), a autuada teria

oportunidade de proceder a devidas correções. De outro modo, caso a autuada não possuísse créditos lícitos, ou os que possuíssem fossem insuficientes para compensar com o débito mensal de ICMS, poderia dar margem a suposta ação dolosa. Tal não ocorreu, posto que seus créditos de ICMS licitamente adquiridos sequer foram utilizados, o que vem comprovar que se tratou de mero erro de escrituração da contabilidade.

Nesse sentido, vem comprovar com notas fiscais idôneas seu direito à utilização de crédito fiscal de ICMS que elide em parte o crédito indevidamente lançado, conforme determina o artigo 309, I, “a”, do Decreto nº 13.780/2012. Isto porque o crédito lançado indevidamente totaliza o montante de R\$ 666.700,46 como consta do Auto de Infração em comento, e o crédito não lançado totaliza o montante de R\$ 25.896,66, conforme consta do anexo 03, acima referido.

Acrescenta que 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 considerava devido o imposto por **substituição tributária e antecipação parcial**, conforme consta do § 2º do artigo 1º do decreto revogado que a vedação aos benefícios fiscais se aplicam ao cálculo da substituição tributária. 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).

Assim, entende que, caso esta Junta de Julgamento não decida pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará procedente em parte, consoante às razões de fato e de direito que passa a expor:

Transcreve o teor do art. 2º do RPAF/BA e assevera que o mesmo informa a nobre intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal.

Acrescenta que o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Evidencia-se tal afirmativa principalmente no artigo 112 do CTN quando se usa o princípio do *in dubio pro contribuinte*.

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 de infração por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público. É por isso que o caso “*sub examine*”, devido aos vícios que possui, 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 concedeu prazo correto para entrega ou retificação da EFD, deixou 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.

No tópico denominado “Da cobrança indevida face a revogação do Decreto nº 14.213/12” diz 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.

Friza 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 nº 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 ICMS 190/2017.

Salienta que 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.

Nesta esteira, diz que o CONSEF/BA já decidiu em favor dos contribuintes, conforme Ementas que copiou.

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

A autuante presta Informação Fiscal, às fls. 148 a 154, fazendo um resumo dos argumentos defensivos, e, em seguida diz que para a autuada a ação fiscal decorreu de um equívoco da contabilidade. Entretanto, esse é o trabalho da fiscalização, que consiste em verificar os equívocos da contabilidade que resultaram em imposto a menor ou em infrações formais e cobrar, através de processo administrativo fiscal.

Quanto a afirmativa de que não ter sido intimada para correção de inconsistências comprometeu a legalidade da autuação, afirma que a empresa engana-se 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.

Friza 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.

Quanto à afirmativa do defendant de que “*se apropriou crédito de notas fiscais de entrada de empresas baixadas, inativas, etc.*”, e seria uma inconsistência da escrituração da EFD diz ser absurdo tal entendimento, pois se trata-se de infração. Esses créditos resultaram em apuração a menor do ICMS a recolher no período.

Quanto ao valor de créditos idôneos que a autuada pretende abater do total deste processo, lembra que notas fiscais não lançadas não dão direito a crédito. Para o usufruto do direito a esse crédito é necessário, antes, a regularização da escrituração contábil.

No que diz respeito às observações relativas ao Decreto nº 18.219/2017 que versa sobre os créditos a se utilizar no cálculo da antecipação parcial ou total interna de mercadorias, lembra que o presente processo não trata desse assunto, assim, descarta as observações por falta de relevância para com o Auto de Infração ora julgado (§ 8, § 14 e § 15 desta informação fiscal).

Arremata 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, até porque a empresa afirmou haver lançado créditos inidôneos na EFD. Não há, portanto, razões para a nulidade do processo.

Finaliza mantendo a cobrança integral do auto de infração.

VOTO

A acusação fiscal diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, nos meses de janeiro a setembro de 2019.

O autuado, valendo-se de interpretação ao 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. Reconhece que houve equívoco na escrituração das notas fiscais, objeto do presente lançamento, e por outro lado, deixou de se apropriar de créditos advindos de notas fiscais idôneas.

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 01/11/19, 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, o que se vê aqui é de fato o registro na escrituração fiscal do contribuinte de créditos oriundos de documentos fiscais inidôneos, diferentemente da interpretação do autuado, ao citar o Art. 247, § 4º do RICMS/BA, como sendo mera inconsistência no envio da EFD, passível de correção, quando intimado pelo Fisco nesse sentido.

Logo, no caso presente, ainda que o § 4º do Art. 247 do RICMS/BA estivesse vigente, não se trata de situação passível de concessão prazo de trinta dias para escrituração de notas fiscais não registradas, pois não é caso de inconsistência na EFD, pois, de tudo que consta dos autos, tem-se que a ação fiscal tomou por base o exame levado a efeito na EFD do autuado, não tendo detectado ou apontado qualquer inconsistência nos arquivos magnéticos por ele transmitidos, mas, repito, detectou utilização indevida de crédito fiscal.

Assim é que, por não vislumbrar falha procedural 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.

Constatou 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.

De início, destaco que a menção feita pelo contribuinte ao Decreto nº 18.219/2017, em nada se relaciona a situação ora analisada, pois, o mencionado decreto, que inclusive já se encontrava revogado à época dos fatos, 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, enquanto que, como dito inicialmente, a presente acusação fiscal diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos

De acordo com descrição dos fatos, as notas fiscais objeto do presente lançamento foram emitidas por supostas pessoas jurídicas estabelecidas em outros estados, entretanto, de acordo com o demonstrativo que embasa ao presente lançamento, inserido no CD de fl.07, os CNPJ informados nos referidos documentos fiscais, os de números 34.222.135/0001-13; 54.857.847/0001-16; 58.106.836/0001-55; 63.233.245/0001-89; 76.125.498/0001-80; 85.551.281/0001-23; 85.782.367/0001-67; 96.385.061/0001-93, não foram localizados no site da Receita Federal. O de número 16.383.858/0001-12 se refere a Raimundo Bueno de Paiva, cabelereiro estabelecido em Minas Gerais e o de número 34.222.135/0001-13 a empresa Donizete Obras de Alvenaria, estabelecida em São Paulo e tem como atividade principal a prestação de serviços de construção Civil.

Na peça defensiva o impugnante reconhece ter lançado indevidamente, por equívoco, os créditos destacados nos referidos documentos fiscais, por se tratar de empresas baixadas, inativas, etc. Em contra partida alega existir créditos fiscais oriundos de notas fiscais idôneas, cujos créditos fiscais de ICMS não foram utilizados. Apresenta o entendimento de que tais valores devem ser compensados, exigindo-se apenas a diferença, se houver.

De acordo com os documentos acostados aos autos observo que o sujeito passivo estava enquadrado para efeito de impedimento da utilização dos créditos fiscais que foram glosados, conforme disposto no inciso II, do art. 44 da Lei nº 7.014/96:

“Art. 44. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

II - inidôneo o documento fiscal que:

- a) omitir indicações;*
 - b) não seja o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação;*
 - c) não guardar os requisitos ou exigências regulamentares;*
 - d) contiver declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou contiver rasura ou emenda que lhe prejudiquem a clareza;*
 - e) não se referir a uma efetiva operação ou prestação de serviços, salvo nos casos previstos em regulamento;*
 - f) embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude;*
 - g) for emitido por contribuinte:*
- 1 - fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades;*
 - 2 - no período em que se encontrar com a inscrição desabilitada.”*

Os fatos apurados não foram elididos, estando comprovado nos autos o cometimento da infração apurada, e não foi apresentado pelo deficiente elemento suficiente para elidir a exigência do imposto, haja vista que em relação ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceita a legislação tributária.

Vale salientar, que o direito ao uso de crédito fiscal relativo as mercadorias recebidas, para efeito de compensação com o débito do imposto, é condicionado a que as mercadorias recebidas pelo contribuinte tenham sido acompanhadas de documento fiscal idôneo. Os documentos anexados aos autos comprovam a irregularidade apurada, por isso, entendo que é devido o imposto exigido no presente lançamento.

Entretanto, observo que a indicação da multa proposta pelo autuante no Auto de Infração está posta de forma incorreta no percentual de 60%, razão pela qual procedo a sua adequação para o percentual de 100%, conforme previsto no art.42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

No que diz respeito ao pedido formulado pelo sujeito passivo de abater do débito, ora exigido, de supostos créditos oriundos de notas fiscais idôneas, que não foram utilizados tempestivamente, esclareço que o presente lançamento diz respeito a lançamentos pontuais considerados indevidos, não sendo possível, nesta fase processual, acatar o pleito formulado.

O art. 314 do RICMS/BA, determina, obedecendo a toda uma norma legal constituída, que a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar a entrada da mercadoria. E o art. 315 do mesmo RICMS dispõe que a escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

Portanto, os créditos, mesmo legítimos, se não lançados no próprio mês ou no mês subsequente, devem se submeter aos regramentos estabelecidos nos mencionados dispositivos legais.

Relativamente ao pedido do impugnante para que as intimações sejam entregues ao seu advogado, 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 do dos atos processuais, 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.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 269130.0046/19-0, lavrado contra **LUANA KARLA BIAZUSSI CAPPELLESSO & HERNANEE SOUZA BORGES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$666.700,46**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, “j” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR