

PROCESSO - A. I. Nº 269130.0003/20-2
RECORRENTE - MAURO FERREIRA BORGES & MARCOS DUARTE DO NASCIMENTO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0198-03/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ DO OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0079-12/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O Autuado não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 3ª JJF sob n.º0198-03/21 que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 02/01/2020, para exigir R\$2.185.843,10 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte imputação:

***Infração 01 - 01.02.06** - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a maio de 2019.*

O Autuado apresentou sua impugnação às fls. 11 a 20.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 69 a 79.

A 3ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando Procedente o presente 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 inexistente 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, referente a mercadoria adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária.

Constam do CD, fl. 08, com cópia entregue ao Autuado, como se verifica à fl. 09, explicitando todas as operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cujo crédito foi indevidamente utilizado pelo Impugnante.

A exigência fiscal, objeto da autuação, tem expressa previsão na legislação de regência a seguir reproduzida.

Lei 7.014/96

“Art. 9º Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.

[...]

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

[...]

§ 4º É vedado o crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

[...]

II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior;”

RICMS-BA/12

[...]

“Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.”

Como se depreende claramente dos dispositivos legais supra reproduzidos é indubitoso que a utilização de crédito fiscal nas operações de aquisição de mercadorias sujeitas a substituição não tem amparo na legislação de regência do imposto.

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 exigido.

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, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos, decorrentes do mencionado Decreto, razão pela qual pugna 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. 14.312/12, 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. 08, verifica-se que as mercadorias arroladas estão submetidas ao regime de substituição tributária e nada tem há ver com operações de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

Nos termos expendidos, resta nitidamente evidenciado e comprovado nos autos, ter o Autuado utilizado crédito fiscal destacados em documentos fiscais de aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária o que implica inequívoco cometimento da infração que lhe fora imputada.

Logo, concluo pelo acerto da autuação e 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 ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformada com a decisão a piso, a recorrente interpôs Recurso Voluntário alegando o que segue.

Diz que a fiscalização estadual considerou que o contribuinte: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária”*, todavia, alega que tal infração decorreu de lançamento na escrituração fiscal por equívoco de sua contabilidade. Prova de tal assertiva se constata junto às notas fiscais em anexo (Doc. 01).

Afirma que por erro de escrituração fiscal da contabilidade da empresa, a autuada deixou de utilizar crédito de ICMS decorrente de notas fiscais idôneas e apropriou crédito de notas fiscais de entrada de empresas baixadas, inativas, etc.

Contesta, alegando 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.

Salienta que, caso a autuada não possuísse créditos lícitos, ou os que possuísse 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 lícitamente adquiridos sequer foram utilizados, o que vem comprovar que se tratou de mero erro de escrituração da contabilidade. Isto porque o crédito lançado indevidamente totaliza o montante de R\$ 966.922,35 como consta do auto de infração em comento e o crédito não lançado totaliza o montante de R\$ 265.419,72 conforme consta do anexo 03 acima referido.

Sinaliza 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.

Aponta que o autuante deveria ter apurado 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.

Menciona que o suporte fático da imputação do auto de infração em apreço deve ser transparente e cristalino, corroborado com todos os meios de prova admitidos em direito, para que o ato possa prevalecer, trazendo os efeitos pretendidos, a fim de constituir o vínculo obrigacional entre o particular e o Fisco, no que tange a cobrança do tributo.

Diz que a referida imputação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF, Decreto Nº 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 18, inciso IV, alínea “a” e 41, inciso II. Transcreve o dispositivo.

Traz decisão desse Câmara de Julgamento CONSEF, no Acórdão JJF N.º 0134-03/11.

Retrata quanto a cobrança indevida face a revogação do DECRETO Nº 14.213/12, vez que 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.

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.

Aduz que 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.

Recorda que 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 por que se deve concluir pela insubsistência da atuação fiscal.

Traz decisões do CONSEF nesse sentido.

Requer, que o CONSEF/Ba decrete a nulidade total do referido auto de infração e, se assim não entender, por precaução, subsidiariamente, que decida pela sua parcial procedência, excluindo o valor do ICMS lançado duplamente e considerando os valores dos créditos legítimos constantes das notas fiscais apresentadas. Tudo por ser de direito e da mais lúdima justiça.

Este é o relatório.

VOTO

A recorrente basicamente se insurge contra a decisão proferida pelo órgão julgador de origem, alegando que não houve a intimação para que fosse oportunizada a realizar a devida regularização da sua EFD, como preceitua o § 4º, do artigo 247 do RICMS/2012, em razão de suposto erro cometido pela sua empresa de contabilidade.

Observem que a EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse do fisco, devendo, pois, toda informação ali inserida estar devidamente lastreada em documentos fiscais regulares e idôneos.

Observe que a recorrente entregou o seu EFD se apropriando de crédito de ICMS com base em operações de entrada sujeitas à Substituição Tributária.

Não merece guarida a contestação do contribuinte pelo fato de o fiscal autuante não ter intimado e dado prazo para correção dos arquivos auditados, conforme dispunha o §4º do art. 247. Isto porque o lançamento de crédito fiscal irregular diagnosticado pelo fiscal autuante não pode ser interpretada como inconsistência no arquivo gerado pelo contribuinte.

Ainda que a revogação do dispositivo invocado pela recorrente tenha se dado em 1º de novembro de 2019 e o Auto de Infração tenha sido lavrado em Janeiro de 2020, concluo que não se pode invocar a inteligência do §4º, do art. 247 do Decreto nº 13.780/2012, para a hipótese noticiada pelo contribuinte.

Não há qualquer motivação que culmine com a decretação da nulidade pelos motivos acima expostos.

A infração, em verdade, está devidamente descrita e fundamentada pelos dispositivos legais, tendo sido cumpridas todas as formalidades legais que garantem o exercício pleno da sua defesa.

Rejeito, portanto, as nulidades suscitadas.

Invoca a recorrente o princípio da verdade material. Menciona que o Processo Administrativo Fiscal deve ser pautado pelo princípio da verdade material, o que conota que a Autoridade Fiscal deve assumir uma posição investigatória, ativa e imparcial, detendo, em função de sua investidura, a obrigação de esgotar todos os meios hábeis para constatação ou não do fato gerador.

Alega que a ação fiscal se resume a cobrar supostos débitos de ICMS, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, ignorando a existência de créditos fiscais que satisfazem o débito indicado, constantes em notas fiscais idôneas cujos créditos fiscais de ICMS não foram utilizados, como se verifica em anexo (Doc. 01) de sua impugnação.

Da análise das razões de defesa trazidas pela recorrente, concluo que, apesar de acostar documentos fiscais de entrada (doc. 1) com a indicação de tratar-se de créditos de ICMS lícitamente adquiridos que sequer foram utilizados, importante salientar que os documentos fiscais trazidos aos autos não se prestam ao fim pretendido pela recorrente.

As supostas notas fiscais sequer constam lançadas no Livro Registro de Entrada e não foram objeto de análise pelo fiscal autuante.

Explico que os créditos extemporâneos seguem um rito processual específico, conforme previsto no art. 315 do RICMS/BA abaixo transcrito:

Art. 315. 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.

§ 1º Formulado o pedido de autorização para escrituração extemporânea de crédito e não havendo deliberação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua protocolização, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do respectivo valor;

§ 2º Sobrevindo decisão contrária ao pleito, o contribuinte, no mês da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

§ 3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste artigo deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

§ 4º Na escrituração extemporânea do crédito fiscal autorizado pelo titular da repartição fazendária, o contribuinte deverá lançar cada documento fiscal no registro de entradas, salvo se o documento fiscal já tiver sido lançado.

Cabe, portanto, aos contribuintes proceder os devidos lançamentos nos livros fiscais e contábeis dos fatos relativos à sua movimentação empresarial, sempre alicerçados em documentos idôneos e hábeis, o que não foi visto nos autos.

O fato de haver créditos lícitos, conforme notas juntadas ao processo, não tem o condão de elidir a infração cometida, hipótese, portanto que não exclui a ilicitude dos créditos contestados e autuados.

Deverá, pois a recorrente, junto a Inspetoria Fazendária de sua jurisdição, solicitar o aproveitamento do crédito extemporâneo nos termos do artigo 315 do Decreto nº 13.780/12.

Contesta a recorrente da insubsistência da infração face a revogação do DECRETO Nº 14.213/12, vez que 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.

Ocorre que o presente lançamento trata de utilização indevida de crédito fiscal em razão das mercadorias estarem inseridas no regime da substituição tributária, normatizados por Convênios/Protocolos elencados no Anexo I do RICMS/Ba. As notas fiscais objeto do presente lançamento são relativas à aquisição de produtos da ST, ou seja, as razões de defesa acima expostas não se aplicam ao presente caso.

Concluo que a infração é subsistente e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Presente Recurso Voluntário.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269130.0003/20-2**, lavrado contra **MAURO FERREIRA BORGES & MARCOS DUARTE DO NASCIMENTO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.185.843,10**, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS