

PROCESSO - A. I. 269130.0046/19-0
RECORRENTE - LUANA KARLA BIAZUSSI CAPPELLESSO & HERNANE SOUZA BORGES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0259-04/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0128-12/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL.

a) FALTA DE PAGAMENTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS.

Argumentos defensivos insuficientes para descaracterizar a exigência tributária. Fatos demonstrados nos autos. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência e mantida a penalidade aplicada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário, nos termos do art. 169, inc. I, letra “b” do RPAF/99, em razão do Acórdão nº 0259-04/21-VD da 4ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/12/2019, para exigir créditos tributários no valor histórico de **R\$ 666.700,46**, e imposição de multa de 60% capitulada no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, através de vias de Notas Fiscais que não a primeira.

Complementando a exação a autuante assim se assentou:

“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 precipuamente 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.” (Nosso grifo)

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 4ª JJF:

“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 nº19.274, 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, 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 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.

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 a 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) conter declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou conter 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 defendente 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 preceitua a legislação tributária.

Vale salientar, que o direito ao uso de crédito fiscal, relativo às 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 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.

O Contribuinte apresentou Recurso Voluntário combatendo a Decisão recorrida, historiando a acusação a seu desfavor já mencionada nesse Relatório.

A Autuada aduz nas suas razões que o Autuante não observou que a partir de janeiro de 2018 o Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 14.213/12, que vedava a utilização de créditos fiscais relativos às mercadorias isentas oriundas dos estados relacionados em seu anexo único. Tudo porque a autuada, segundo a peça defensiva, adquiriu suas mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do Decreto revogado e obedeceu ao regramento nele constante, acostando notas fiscais que denominou Anexo (Doc.1).

Nas razões recursais traz à baila o art. 2º do RPAF/BA, que trata sobre a instrução, preparo, instrução, tramitação e decisão de processos administrativos, para instar tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal. Visando a obtenção desse tratamento atrai às suas razões os ditames do art. 112 do CTN, no que trata do princípio do *in dubio pro* contribuinte. Nesse diapasão, menciona julgados e jurisprudência para alicerçar sua tese.

Clama pela observância dos princípios basilares da busca da verdade material e da ampla defesa, reclamando que a Autuada não observou que a partir de janeiro de 2018, o Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 14.213/12, que vedava a utilização de créditos fiscais relativos às mercadorias isentas oriundas dos estados relacionados em seu anexo único. Tudo porque a autuada adquiriu suas mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do Decreto revogado e obedeceu ao regramento nele constante.

Alega ainda que as mercadorias constantes nas notas fiscais em que se basearam o Auto de

Infração ora guerreado, não estavam previstas no Decreto nº 14.213/2012, além do mesmo não está mais vigente à época dos fatos.

Protesta que não foi observada que a autuante antes de imputar infração ao contribuinte observasse se, de fato, foi utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento de empresa baixadas. Pois, a verdade dos fatos evidencia que houve equívoco na escrituração realizada pela contabilidade, deixando a empresa de utilizar crédito de ICMS decorrente de notas fiscais idôneas, e apropriando-se de crédito de notas fiscais de entrada de empresas baixadas, inativas, etc.

Aduz em sua defesa 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 à ação dolosa. Afirma que tal situação não ocorreu, posto que seus créditos de ICMS lícitamente adquiridos sequer foram utilizados, ratificando que se tratou de mero erro de escrituração da contabilidade.

Coleciona os ensinamentos do Prof. Paulo de Barros Carvalho e da Professora Suzy Gomes Hoffmann para sustentar que é dever do fisco a prova da improcedência da impugnação.

Nessa senda afirma que a 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, que abaixo se transcrevem, *in verbis*:

Art. 2º - Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.” (Grifei)

“Art. 18 – São nulos

IV – o lançamento de ofício

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.”

“Art. 41 – O auto de infração far-se-á acompanhar:

II – Dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato aguido”.

Para corroborar sua tese de nulidade do feito menciona a decisão do Acórdão JF N.º 0134-03/11.

Ainda sobre as razões recursais, aduz que a infração é indevida face à revogação do Decreto nº 14.213/12, que dispunha 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.

Menciona que os estados celebraram 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 o Estado da Bahia para materializar os termos do Convênio ICMS 190/2017, editou o 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.

Afirma que 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.

Isto posto a recorrente se defende afirmando 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 por que se deve concluir pela insubsistência da autuação fiscal. Em seu socorro reproduz Acórdão da 3ª JJF, nos seguintes termos:

“3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL.

ACÓRDÃO JJF Nº 0156-03/19 EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. O Estado da Bahia revogou o Decreto 12.412/2012 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, sendo insubsistente lançamento de imposto com base no referido Decreto revogado. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

ACÓRDÃO JJF Nº 0080-03/19. EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO NA FORMA DETERMINADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O Estado da Bahia revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais 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 190/17. Infração insubsistente. Aplicação do art. 155, parágrafo único do RPAF/99, em relação às preliminares de nulidade suscitadas. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.”

Cita jurisprudências do STJ (STJ - RMS 31714 / MT 2010/0044507-3) visando robustecer seus argumentos.

Por fim, pede nulidade total do auto de infração em apreço, e se assim não entender decreta a improcedência do auto de infração, para que se faça justiça.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se da apreciação do Recurso Voluntário no teor do art. 169, I, “b” do RPAF – Decreto nº 7.629/99, contra o Acórdão 4ª JJF nº 0259-04/21-VD.

Como demonstrado no presente PAF, o mesmo se refere à apropriação de crédito pelo Autuado, relativo a notas fiscais pretensamente emitidas por empresa cujo CNPJ não foi encontrado na Receita Federal, ou se referem a um cabeleireiro ou uma empresa construção civil, localizada no Estado de São Paulo.

Observe que toda a peça defensiva se assenta na falta de observância pelo Autuante sobre os Decretos nº 18.219/2017, que revogou o de nº 14.213/12, que vedava a utilização de créditos fiscais relativos às mercadorias isentas oriundas dos Estados relacionados em seu anexo único. Tudo porque a autuada adquiriu suas mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do Decreto revogado, e obedeceu ao regramento nele constante.

Sobre o assunto, a Lei Complementar nº 160/2017 e o Convênio ICMS 190/2017, estabeleceram os procedimentos e prazos para que os Estados se harmonizassem com a legislação. O Estado da Bahia revogou o Decreto nº 14.213/2012, através do Decreto nº 18.219, de 26/01/2018, publicado no DOE de 27/01/2018.

Voltando ao exame fático da lide, constato que a acusação está claramente posta no Auto de Infração, com a identificação da infração e seus elementos, identificação do sujeito passivo, os elementos de prova trazidos pelo Autuante, e a capitulação dos artigos de lei e regulamentar infringidos, tudo como determina o art. 142 do CTN e o art. 15 do Decreto nº 7.629/99. Dessa forma, rejeito os argumentos de não ter sido exercido o direito de ampla defesa e contraditório na análise da lide pelos julgadores da 4ª JJF, em razão disso, ficam afastadas as questões de nulidade descritas no art. 18 do RPAF/BA.

De plano, há de se observar que o cerne da acusação é a escrituração de documentos fiscais inidôneos, emitidas por supostas pessoas jurídicas estabelecidas em outros Estados, conforme CD

acostado na fl. 07 do presente PAF, que traz os CNPJ's dessas "empresas" - 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.

Como a Recorrente não colecionou os elementos de prova passíveis de elidir a acusação posta no presente feito, nos termos do art. 140 do RPAF/BA, determina-se o fato alegado por uma das partes quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

De tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Voluntário apresentado, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração, mantendo a decisão de piso inclusive na readequação da multa de 60%, para 100%, conforme previsto no art.42, inciso IV, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269130.0046/19-0**, lavrado contra **LUANA KARLA BIAZUSSI CAPPELLESSO & HERNANE SOUZA BORGES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 666.700,46**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, "j" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

FRANCISCO AGUIAR DA SILVA JÚNIOR – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS