

PROCESSO	- A. I. Nº 207106.0007/21-4
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- TOPBOI NUTRIÇÃO ANIMAL E RECICLAGEM AMBIENTAL -EIRELI
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0030-04/22VD
ORIGEM	- DAT SUL/ INFAS SUDOESTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 07/07/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0148-11/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENTRADAS FICTÍCIAS. Comprovada a idoneidade dos documentos listados no levantamento fiscal mediante apresentação de comprovantes de pagamento das operações. Infração elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 4ª JJF Nº 0030-04/22VD, que julgou Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 02/03/2021 para reclamar ICMS no valor histórico de R\$2.262.951,67, em decorrência da seguinte acusação:

Infração 01 - 01.02.00 – *Falta de recolhimento do ICMS em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal em aquisição interestadual, baseado em documento fiscal inidôneo por falta de comprovação efetiva da movimentação de carga pela inexistência de emissão do MDF-e, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.*

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 10/02/2022 (fls. 847 a 853) e decidiu pela Improcedência do Auto de Infração em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

A acusação fiscal encontra-se assim redigida: “Falta de recolhimento do ICMS em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal em aquisição interestadual, baseado em documento fiscal inidôneo por falta de comprovação efetiva da movimentação de carga pela inexistência de emissão do MDF-e.”

Inicialmente, o autuado alegou que a ação fiscal foi iniciada sem a apresentação do Termo de Fiscalização”, e tal fato seria ensejador de nulidade da ação fiscal, pois teria ocorrido ofensa ao disposto no art. 196 do Código Tributário Nacional- CTN.

O preposto fiscal designado a Prestar a Informação Fiscal, por sua vez, assevera que apesar de não ter sido lavrado o Termo de Início de Fiscalização, foi encaminhada Intimação ao sujeito passivo solicitando documentos necessários à realização das Auditorias, via DTE - Domicílio Tributário Eletrônico.

A lavratura do Termo de Início de Fiscalização é um procedimento previsto no art. 196 do CTN:

“Art. 196.

A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.”

A Lei Estadual nº 7.753/00, que alterou o inciso III, “a”, do § 1º do art. 127 do COTEB, passou a prever que se fosse lavrado o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, a emissão desse Termo de Intimação dispensaria a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Tais determinações foram absorvidas pelo RPAF/BA, que prevê em seu art. 28, com redação em vigor a partir de 01/01/01:

“Art. 28.

A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.”

Da leitura dos dispositivos legais, verifico ser necessária a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, podendo o mesmo ser dispensado, através da Intimação para apresentação de Livros e Documentos.

No presente caso, constato que diferentemente do arguido pelo sujeito passivo, o mesmo foi cientificado do início da ação fiscal através de mensagem enviada através de Domicílio Tributário Eletrônico-DTE, com data de ciência Expressa em 25/11/2020, conforme se verifica à fl. 04, comunicação esta prevista no artigo 108 do RPAF/BA, cujo teor transcrevo:

“Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

§ 2º A comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br”

§ 3º A comunicação por meio do DT-e será considerada recebida numa das seguintes datas, a que ocorrer primeiro:

I - no dia em que a pessoa jurídica efetivar a consulta ao teor da comunicação no domicílio tributário eletrônico, na hipótese de a consulta ocorrer em dia útil;

II - no primeiro dia útil seguinte ao da efetivação da consulta, na hipótese de a consulta ocorrer em dia não útil;

III - no dia útil seguinte após o prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo.

Dessa forma, afasto essa primeira preliminar de nulidade.

Argui também, o defendant, com base no art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF/BA, insegurança na determinação da infração, e consequentemente, cerceamento do direito de defesa, sob o argumento de que a acusação se encontra dúbia, ou seja, de que teria incidido em “falta de recolhimento do ICMS”, ou teria sido a “utilização indevida de crédito fiscal”, em operações realizadas com “documentação inidônea”, inidoneidade que teria sido causada pela ausência de “emissão do MDF-e”.

Frisa que a constatação da “falta de recolhimento”, implicaria na reconstituição da “conta corrente fiscal”, o que não foi levado a efeito, a fim de assegurar a efetiva implicaçāo da ocorrência diversa, ou seja, da “utilização indevida de créditos fiscais”.

Externa o entendimento de que a insegurança se encontra agravada pela motivação sobre a idoneidade da documentação fiscal, pois a suposta “ausência de emissão de MDF-e”, não se encontra listada no art. 44, inciso II, letras “a” a “g” da Lei nº 7.014/96, como motivador da inidoneidade do documento fiscal.

Não há como prosperar essa preliminar de nulidade, pois de acordo com a descrição dos fatos inserida no Auto de Infração e os levantamentos elaborados pelo fisco, que são partes integrantes do mesmo, verifica-se claramente que de acordo com o cabeçalho inserido na planilha que dá sustentação à presente exigência, fls. 05 a 10, o ilícito diz respeito a: CREDITO INDEVIDO DE ICMS POR FALTA DO MDF-e (Levantamento realizado com base em Notas Fiscais Eletrônicas).

As ditas planilhas foram entregues ao autuado de forma pormenorizada, a identificação de todas as operações que deram causa à autuação, não havendo qualquer consistência no alegado cerceamento ao direito de defesa, posto que todos os elementos necessários à elaboração da peça defensiva foram disponibilizados ao autuado, 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.

Em suma, o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos com indicação dos elementos constitutivos

(sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos). O método de fiscalização encontra-se demonstrado nos papeis de trabalho que o notificado recebeu, já que neles está respaldado.

Logo, no plano formal, a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, não lhe faltando fundamentação legal, visto que os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96, e acompanhados das respectivas provas representadas por demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, além de cópias de documentos fiscais necessárias à demonstração dos fatos arguidos, sendo respeitada a ampla defesa e o contraditório. Assim, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo autuado.

Quanto ao pedido do autuado de diligência para a revisão do lançamento, entendo desnecessário, pois tal providência foi efetuada por auditor estranho ao feito, designado a prestar a informação fiscal, conforme será apreciado mais adiante.

Sobre o pedido para que as futuras intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado, que subscreve a peça defensiva, 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 da intimação, uma vez que as situações previstas para realização da mesma ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte, estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

No mérito, o sujeito passivo assevera ser indevida a acusação, alegando inexistir no PAF qualquer prova de que as operações objeto do presente lançamento não foram realizadas pela autuada, e mesmo não existindo base legal para a declaração de inidoneidade das notas fiscais descritas na autuação, as operações nelas descritas foram realmente realizadas e as posteriores saídas foram tributadas, o que garantiria a regularidade das aquisições e dos créditos eventualmente apropriados.

Para comprovar as suas alegações, informa estar anexando em mídia digital (CD), demonstrativo e documentos identificando de forma separada, por exercício e por fornecedor, demonstrando as seguintes situações:

1. Notas fiscais pagas e respectivos comprovantes anexos. Apenas exemplificando, pelo mês de Outubro de 20178, Notas Fiscais nºs 217, 218, 221, 222, 223, 224, 225, 233, 234, 239, 241, 242, 243, 247, 253, 254, 255, 256, 270, 271, 275, 277, 135, 146, 147, 156, 159, 329, 330, 334, 338, 339, 340, 341, 342, 153, 155 e 156. Aqui estão incluídas aquisições cujos pagamentos foram parcelados, como são os casos das Notas Fiscais nºs 233, 275, 289, 153 e 155;

2. Operações não concretizadas. Devoluções feitas pela Autuada, com destaque do ICMS. Exemplos: Notas Fiscais nºs 494/1431, 495/1430, 496/1429;

3. Devolução emitida contra a Autuada. Exemplo: Notas Fiscais nºs 68.634/1378;

4. Prorrogações dos vencimentos com os fornecedores, conforme declarações anexas (Ex: Notas Fiscais nºs 117, 118, 120, 121 ...);

5. Pagamentos de mais de uma NF de forma conjunta (Ex.: Notas Fiscais nºs 116 e 119).

Destaca ainda, existir operações em que os produtos não transitaram pelo estabelecimento da Autuada, pois foram enviados diretamente para seu cliente, no caso, a PETROBRÁS. Neste caso diz estar apresentando cópias das notas das compras, das vendas, o MDF-e e os comprovantes de descargas.

Da análise dos documentos que compõem os autos, observo que no demonstrativo (CRÉDITOS INDEVIDO DE ICMS POR FALTA DO MDF-e- Manifesto de Documentos Fiscais Eletrônicos), às fls. 06 a 07, estão discriminados os documentos fiscais objeto da presente exigência. Pelos esclarecimentos constantes no corpo do Auto de infração, a infração foi enquadrada no artigo 309, § 9º do RICMS cujo teor transcrevo:

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(....)

§ 9º A apropriação do crédito fiscal em operações interestaduais fica condicionada a comprovação efetiva da movimentação de carga pela emissão do MDF-e, documento obrigatório nas operações interestaduais.

Também verifico que de acordo com a intimação dirigida ao defensor, que caracterizou o início da ação fiscal, a solicitação foi para que fossem apresentados os seguintes documentos: "comprovantes de pagamento referentes às aquisições de mercadoria em outras unidades da Federação, conforme relação de fornecedores e suas respectivas notas fiscais eletrônicas anexa".

Dessa forma, presume-se que desde o início da fiscalização não existiam dúvidas em relação à movimentação de carga, exigência estabelecida no mencionado dispositivo legal para a utilização do crédito fiscal.

Assim, é que diante da alegação defensiva, o auditor designado a prestar a Informação Fiscal diz que após as devidas verificações constatou serem verídicas as provas trazidas pelo defendant, concluindo que restou demonstrado que a empresa efetivamente adquiriu as mercadorias objeto da presente exigência, que efetuou as quitações, na medida em que apresentou os comprovantes de pagamentos referentes a essas aquisições, bem como tributou as operações de saídas posteriores, efetuando o destaque do ICMS nas operações de vendas subsequentes, conforme demonstram suas notas fiscais de saídas e os registros fiscais efetuados na sua EFD – Escrituração Fiscal Digital, atendendo ao solicitado e cumprindo, mesmo que após a ação fiscal, a intimação feita pelo autuante às fls. 03 e 04 do PAF, elidindo totalmente a acusação fiscal.

Dessa forma, estando comprovado pelo auditor designado a prestar a Informação Fiscal, que teve acesso aos documentos comprobatórios de que as operações objeto do presente lançamento foram quitadas nas datas de vencimento consignadas nos documentos fiscais, ou em datas posteriores, em razão de negociações efetuadas juntos aos seus fornecedores através de Acordo de Prorrogação de Prazo. Assim como ter restado caracterizado, que houve a circulação das mercadorias, quer seja para o estabelecimento da autuada no momento da sua aquisição, ou diretamente para a compradora da autuada, no caso a Petrobras, concluo ter restado caracterizada a idoneidade das operações objeto do presente lançamento, fazendo jus à utilização dos créditos destacados nos documentos fiscais. Consequentemente a infração é insubstancial.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

Como o valor do Auto de Infração tem crédito tributário superior a R\$200.000,00 (duzentos mil reais), a 4ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

VOTO

A da 4ª JJF (Acórdão JJF Nº 0030-04/22-VD) julgou improcedente o Auto de Infração, lavrado em 02/03/2021 com crédito tributários para reclamar ICMS no valor histórico de R\$2.262.951,67, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso .

A fiscalização foi em decorrência da seguinte acusação:

Infração 01 - 01.02.00 – Falta de recolhimento do ICMS em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal em aquisição interestadual, baseado em documento fiscal inidôneo por falta de comprovação efetiva da movimentação de carga pela inexistência de emissão do MDF-e, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

O voto da 4ª JJF resume a tese defensiva do contribuinte, que ora faço a transcrição:

“No mérito, o sujeito passivo assevera ser indevida a acusação, alegando inexistir no PAF qualquer prova de que as operações objeto do presente lançamento não foram realizadas pela autuada, e mesmo não existindo base legal para a declaração de inidoneidade das notas fiscais descritas na autuação, as operações nelas descritas foram realmente realizadas e as posteriores saídas foram tributadas, o que garantiria a regularidade das aquisições e dos créditos eventualmente apropriados.

Para comprovar as suas alegações, informa estar anexando em mídia digital (CD), demonstrativo e documentos identificando de forma separada, por exercício e por fornecedor, demonstrando as seguintes situações:

1. Notas fiscais pagas e respectivos comprovantes anexos. Apenas exemplificando, pelo mês de Outubro de 20178, Notas Fiscais nºs 217, 218, 221, 222, 223, 224, 225, 233, 234, 239, 241, 242, 243, 247, 253, 254, 255, 256, 270, 271, 275, 277, 135, 146, 147, 156, 159, 329, 330, 334, 338, 339, 340, 341, 342, 153, 155 e 156. Aqui estão incluídas aquisições cujos pagamentos foram parcelados, como são os casos das Notas Fiscais nºs 233, 275, 289, 153 e 155;

2. Operações não concretizadas. Devoluções feitas pela Autuada, com destaque do ICMS. Exemplos: Notas Fiscais nºs 494/1431, 495/1430, 496/1429;

3. Devolução emitida contra a Autuada. Exemplo: Notas Fiscais nºs 68.634/1378;

4. Prorrogações dos vencimentos com os fornecedores, conforme declarações anexas (Ex: Notas Fiscais nºs 117, 118, 120, 121 ...);

5. Pagamentos de mais de uma NF de forma conjunta (Ex.: Notas Fiscais nºs 116 e 119).

Destaca ainda, existir operações em que os produtos não transitaram pelo estabelecimento da Autuada, pois foram enviados diretamente para seu cliente, no caso, a PETROBRÁS. Neste caso diz estar apresentando cópias das notas das compras, das vendas, o MDF-e e os comprovantes de descargas”

O auditor em informação fiscal, de fls. 839 a 840 alude que após as provas trazidas pelo

contribuinte, concluindo que a empresa efetivamente adquiriu as mercadorias objeto da presente exigência, que efetuou as quitações, na medida em que apresentou os comprovantes de pagamentos referentes a essas aquisições, bem como tributou as operações de saídas posteriores, efetuando o destaque do ICMS nas operações de vendas subsequentes, conforme demonstram suas notas fiscais de saídas e os registros fiscais efetuados na sua EFD – Escrituração Fiscal Digital, atendendo ao solicitado e cumprindo, mesmo que após a ação fiscal, a intimação feita pelo autuante às fls. 03 e 04 do PAF, elidindo totalmente a acusação fiscal.

A 4^a JJF por sua vez, diante do pedido de elisão total da fiscalização, de forma correta entendeu ser insubstancial a acusação fiscal, nos seguintes termos:

"estando comprovado pelo auditor designado a prestar a Informação Fiscal, que teve acesso aos documentos comprobatórios de que as operações objeto do presente lançamento foram quitadas nas datas de vencimento consignadas nos documentos fiscais, ou em datas posteriores, em razão de negociações efetuadas juntos aos seus fornecedores através de Acordo de Prorrogação de Prazo. Assim como ter restado caracterizado, que houve a circulação das mercadorias, quer seja para o estabelecimento da autuada no momento da sua aquisição, ou diretamente para a compradora da autuada, no caso a Petrobras, concluo ter restado caracterizada a idoneidade das operações objeto do presente lançamento, fazendo jus à utilização dos créditos destacados nos documentos fiscais. Consequentemente a infração é insubstancial."

Assim, considerando a documentação dos autos, bem como a informação do próprio Auditor Fiscal de que houve a elisão total da acusação fiscal tenho que a decisão de piso deve ser mantida, por ser evidente a quitação das operações objeto do presente lançamento fiscal, com as respectivas comprovações presente nos vol. II, III e IV.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 207106.0007/21-4 lavrado contra TOPBOI NUTRIÇÃO ANIMAL E RECICLAGEM AMBIENTAL - EIRELI.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS