

PROCESSO - A. I. Nº 269130.0063/19-1
RECORRENTE - MAURO FERRERIA BORGES & MARCOS DUARTE DO NASCIMENTO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0256-04/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0163-12/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTOS INIDÔNEOS. NOTAS FISCAIS DE CONTRIBUÍNTES NÃO CADASTRADOS NO ESTADO. Razões de defesa não elidem a autuação. Comprovados os registros na escrita fiscal com repercussão na apuração do imposto devido, de notas fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda. Infração subsistente. Afastada a arguição de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente, de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 4ª JJF, de nº 0256-04/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 31/12/2019, para exigir crédito tributário no valor de R\$ 1.092.865,30, conforme demonstrativos acostados às fls. 4 a 5 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 6, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 – 01.02.12: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente as notas fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda no ano de 2019, conforme demonstrativo de fls. 4/5 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 6. Lançado ICMS no valor de R\$ 1.092.865,30, com **enquadramento** no art. 31 e art. 44, inciso II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 1º; art. 2º e art. 309, inciso I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 100% aplicada na forma do art. 42, inc. IV, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.*

O sujeito passivo, às fls. 09/24 dos autos, com documentos das fls. 25 a 1.276 apresenta defesa administrativa.

A 4ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando Procedente o presente Auto de Infração por unanimidade.

VOTO

*No mérito, o Auto de Infração, em tela, lavrado em 31/12/2019, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditora Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ OESTE, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 505238/19, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) no valor de R\$ 1.092.865,30, por ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente as notas fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda no ano de 2019, conforme demonstrativo de fls. 4/5 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 6, com **enquadramento** no art. 31 e art. 44, inciso II, da Lei 7.014/96, c/c art. 1º; art. 2º e art. 309, inciso I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 100% aplicada na forma do art. 42, inc. IV, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.*

O sujeito passivo, em sede de defesa, registra, preliminarmente, que tal infração decorreu de lançamento na escrituração fiscal por equívoco de sua contabilidade, e, nesse contexto, 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.

Neste contexto, assim dispunha o artigo 247, § 4º, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780 de 16/03/2012 vigente à época dos fatos, revogado pelo Decreto nº 19.274, de 04/10/19, DOE de 05/10/19, efeitos a partir de 01/11/19.

“Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos

fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06)”.

Redação anterior dada ao § 4º tendo sido acrescentado ao art. 247 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos de 27/11/15 a 31/10/19:

“§ 4º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.”

Como se pode observar do descritivo do § 4º, acima destacado, o contribuinte tinha o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências; todavia, não trata a imputação fiscal de falta de envio da EFD, muito menos de informações entregue com inconsistência, mas tão somente de glosa de uso de crédito decorrente de documento fiscal inidôneo.

Também, não se trata, aqui, de um ou dois registros de nota fiscal inidônea na escrituração fiscal do dependente, com repercussão na apuração do imposto devido, mas sim de 26 (vinte e seis) notas fiscais no ano de 2019, com totalização de uso de crédito indevido no montante de R\$ 1.092.865,30, conforme os termos da inicial na forma dos demonstrativos de débitos de fls. 04 e 05 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 6.

Neste sentido, diferentemente do entendimento do dependente, não me apresentar que tais ocorrências fiscais sejam por inconsistência na escrita fiscal, ou mesmo de erro na escrituração, mas sim, de registro de operações na escrita fiscal em que a legislação não autorizava, neste contexto não há que se arguir a nulidade do lançamento por afronta às disposições do artigo 247, § 4º, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780 de 16/03/2012, vigente à época dos fatos. Afasto, portanto, tal arguição de nulidade.

De outro modo, ainda em sede de preliminar de nulidade, pontua, o sujeito passivo, que, caso 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, o que não ocorreu, posto que seus créditos de ICMS, lícitamente adquiridos, sequer foram utilizados, o que diz, então, comprovar que se tratou de mero erro de escrituração da contabilidade.

Sobre esse aspecto de suposto erro de escrituração, sob o manto de 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, vejo tratar-se não de uma preliminar de nulidade, mas de mérito que a seguir passo a manifestar.

Pois bem! Sobre a arguição do sujeito passivo de que, caso 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, vejo, como assertivamente expressou o agente Autuante, em sede de informação fiscal, a confirmação do cometimento da ocorrência fiscal, ora em análise.

Está claro, nos demonstrativos de débito da autuação de fls. 4 e 5 dos autos, constantes do CD/Mídia de fl. 6, as notas fiscais que foram registradas na escrita fiscal, com a apropriação do crédito na escrita fiscal e repercussão na apuração do imposto à época dos fatos. Vê-se, nos citados demonstrativos, as informações de “Inscrição na Bahia – não encontrado” e “Inscrição na Receita Federal – CNPJ não encontrado na Receita Federal; Raimundo Bueno de Paiva – Cabelereiro em Lambari, MG; Donizete obras de alvenaria em SP”, em relação a cada uma das notas fiscais, com a identificação dos créditos apropriados indevidamente na escrita fiscal, por mês e ano, sem qualquer contestação do ato cometido pela dependente.

Aliás, o que se tem da peça de defesa é o destaque, apresentado pelo sujeito passivo, de que, caso 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, ao seu sentir, posto que seus créditos de ICMS, lícitamente adquiridos, sequer foram utilizados, o que diz comprovar que se tratou de mero erro de escrituração da contabilidade.

Sobre tais créditos, apresentado na peça de defesa, como DOC. 03, uma relação de notas fiscais (fls. 37/57, onde destaca “nº da Nota Fiscal” e “Valor do Crédito de ICMS”, juntamente com as próprias notas fiscais impressas de fls. 58 a 1.275 dos autos, aduzindo serem notas fiscais idôneas, em que não houvera lançado na escrita fiscal, arguindo o direito à utilização de crédito fiscal de ICMS, que entende elidir em parte o crédito indevidamente lançado, conforme determina o artigo 309, I, “a”, do Decreto nº 13.780/2012.

Isso porque, o crédito lançado indevidamente totaliza o montante de R\$ 1.092.865,30, como consta do Auto de Infração em comento, e o crédito não lançado totaliza o montante de R\$ 123.866,74, conforme consta do anexo 03 (Doc. 03), de fls. 37/57, acima referido. É o seu pedido subsidiário na peça de defesa, ou seja, procedência parcial da autuação.

Sobre o cometimento da infração por uso do crédito fiscal decorrente de notas fiscais inidôneas, vejo restar comprovado, nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde 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. O sujeito passivo, portanto, não nega o cometimento da infração.

Entretanto, o que se observa da arguição de defesa, no mérito, é o pedido de compensação de créditos, decorrentes de operações, que aduz serem lícitas, e que não foram registradas na escrita fiscal, ao seu tempo, onde, assim não procedendo o Fisco, estaria indo de encontro a regra constitucional da não cumulatividade.

De fato, sendo operações lícitas suportadas por documentações idôneas, o Contribuinte faz jus a apropriação do crédito do imposto destacado na nota fiscal, podendo compensar com as operações relativa à circulação de mercadorias ou prestações de serviços subsequentes nos termos do art. 155, inc. II, § 2º, da CF/88, todavia, há de se observar todo o regramento da legislação fiscal sobre a apropriação de tais créditos e sua consequente utilização na compensação do imposto.

No caso da legislação do Estado da Bahia, relativamente as operações constantes do Doc. 3, em sendo as operações arguidas lícitas, suportadas por documentações idôneas, por se relacionar a operações extemporâneas, há de se requerer junto a repartição Fazendária de sua circunscrição a autorização de escrituração do crédito de ICMS, juntamente com as justificativas e comprovações, nos termos do art. 315, § 1º, do RICMS/BA, e não, simplesmente, pedir para compensar, como arguido na peça de defesa, com os créditos fiscais constituídos no presente PAF, vez que dependerá de autorização do titular da repartição, observando ainda o prazo decadencial.

Em sendo assim, comprovado, então, os registros, na escrita fiscal, com repercussão na apuração do imposto devido, de notas fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda, resta subsistente a autuação.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A recorrente interpôs Recurso Voluntário, tecendo as seguintes razões recursais.

Alega que a infração que lhe foi imputada 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). Esclarece que, 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.

Contesta que não foi devidamente intimada para corrigir as inconsistências de sua escrituração fiscal digital, como determina o artigo 247, § 4º do RICMS/BA (vigente há época da ocorrência).

Nesse sentido, a autuada 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\$ 1.092.865,30 como consta do Auto de Infração em comento e o crédito não lançado totaliza o montante de R\$ 123.866,74.

Diz que a função da autoridade fiscal deve ser exercida pela autoridade fiscal em obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade. 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. 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.

Invoca o princípio da verdade material. Ressalta que o significado deste princípio pode ser compreendido por comparação: no processo judicial normalmente se tem entendido que aquilo que não consta nos autos não pode ser considerado pelo juiz, cuja decisão fica adstrita às provas produzidas nos autos; no processo administrativo o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados.

Traz citação de Hely Lopes Meirelles para corroborar com a sua tese.

Ressalta 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, fato que não foi observado neste caso, vez que o autuante, numa análise perfunctória, imputa obrigação tributária sem trazer provas reais do cometimento da infração pela autuada.

Explica que o fiscal autuante antes de imputar infração ao contribuinte, deveria ter observado se, de fato, foi utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento de empresa baixada, pois, segundo a recorrente, 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.

Contesta a recorrente 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. Contudo, aduz que tal hipótese não ocorreu, posto que seus créditos de ICMS lícitamente adquiridos sequer foram utilizados, ratificando que se tratou de mero erro de escrituração da contabilidade.

Conclui 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, requerendo a sua nulidade.

Transcreve trecho do Acórdão JJF Nº 0134-03/11.

Adicionalmente, invoca o princípio da não cumulatividade do ICMS. Aponta que o princípio da não-cumulatividade não é fruto da vontade do aplicador do direito, ao contrário, é um imperativo do Poder Constituinte, não existindo qualquer aspecto volitivo ou qualquer discricionariedade sobre se deve ou não aplicar, sendo, portanto, é direito absoluto do contribuinte.

Diz que a ação fiscal se resume a cobrar supostos débitos de ICMS, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais de empresas não cadastradas na SEFAZ/BA. Ocorre que, a ação fiscal ignorou a existência de créditos fiscais que satisfazem o débito indicado, constantes em notas fiscais idôneas cujo crédito fiscal de ICMS não foi utilizado, como se verifica em anexo (Doc. 01). Nesse sentido é que, o caso em tela, sustentado pelo princípio da não-cumulatividade, leva à extinção do crédito tributário por meio da compensação, nos termos do art. 156 CTN.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, a autuada REQUER, que o CONSEF/BA decrete a NULIDADE TOTAL DO AUTO DE INFRAÇÃO EM APREÇO, e se assim não entender decrete a IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO, para que se faça JUSTIÇA.

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.

Observo 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 interpretado 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 20 de janeiro de 2020, concluo que não se pode invocar a inteligência do § 4º, do art. 247 do Decreto nº 13.780/2015, 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 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 supostamente 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 à Inspetoria Fazendária de sua jurisdição, solicitar o aproveitamento do crédito extemporâneo nos termos do artigo 315 do Decreto nº 13.780/12.

Em sede Recursal, a recorrente acosta outros documentos fiscais às fls. 1324 a 1372, sem fazer qualquer correlação com o presente Auto de Infração.

Para o ato ilícito acima praticado e objeto do presente Auto de Infração, não há qualquer elemento de defesa. A recorrente não se desincumbiu do ônus probante que lhe é atribuído junto ao Processo Administrativo Fiscal.

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 **269130.0063/19-1**, 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\$ 1.092.865,30**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 1º de junho de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS