

PROCESSO - A. I. N° 207106.0006/21-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TOPBOI NUTRIÇÃO ANIMAL E RECICLAGEM AMBIENTAL - EIRELI
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF n° 0035-04/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAS SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/09/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0227-12/22-VD

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

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela JJF que julgou improcedente o presente Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 02/03/2021, refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$ 353.483,22, pela constatação de uma única infração: “*Infração 01 - 01.02.10 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. O contribuinte não comprovou o pagamento referente às aquisições das mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, acrescido da multa de 100% prevista no art. 42, V, “b” da Lei nº 7.014/96*”.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 40 a 46. Inicialmente requereu que todas as intimações fossem dirigidas exclusivamente aos profissionais regularmente constituídos.

Em preliminar pede a nulidade da ação fiscal, pois alegou que a autuação se iniciou sem a apresentação do “Termo de fiscalização”, no qual faz ofensa ao disposto no art. 196 do CTN. Destacou que a falta da formalização, a fiscalização não poderia ser efetuada, pois o direito do Contribuinte. Citou decisões deste CONSEF sobre fato da irregularidade apontada na condução da ação fiscalizadora e do Auto de Infração dela decorrente.

Suscita nulidade do lançamento com base no art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF, por insegurança na determinação da infração e, consequentemente, cerceamento do direito de defesa, alegando que a acusação possui três supostas ocorrências, ou seja, de que a Autuada teria incidido em “utilização indevida de crédito fiscal, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento” e, ao mesmo tempo, de que não haveria “comprovação do pagamento das aquisições” e de que existiria “inidoneidade na documentação fiscal”.

Discorreu que a exigência esbarra no próprio enquadramento legal do Auto de Infração, ou seja, no art. 29 da Lei nº 7.014/96 (não foi indicado no auto qualquer parágrafo ou inciso), que não exige a entrada física da mercadoria no estabelecimento do adquirente. Pontuou a questão da falta de comprovação dos pagamentos das aquisições. Assinalou que o art. 31 da Lei nº 7.014/96, a questão da inidoneidade da documentação fiscal. Voltou a destacar a insegurança encontrada pela ausência de indicação de qual seria a motivação da “inidoneidade documental”, cujas hipóteses se encontram no art. 44, inciso II, letras “a” a “g” da Lei nº 7.014/96. Concluiu ser a autuação nula o lançamento.

Na parte do mérito, afirmou ser ilegal a cobrança, devido à ausência de comprovação da entrada física das mercadorias no estabelecimento, pois a Lei não assim não exige, conforme redação contida na Lei nº 7.014/96, no seus arts. 28 e 29, sendo que a entrada “simbólica” não veda o direito ao crédito, portanto, do ponto de vista legal, é improcedente a acusação. Trouxe toda a explicação sobre a comprovação da entrada física, suscetível de provocar a inidoneidade do documento

fiscal, cujas motivações se encontram exauridas no art. 44 da Lei nº 7.014/96. Explicou que as notas fiscais listadas de setembro/20 são na verdade referente a setembro/19. Citou a Súmula nº 509 do STJ.

Sustentou que identificou nos demonstrativos valores de pagamentos realizados, sendo muitos através de cheques, nos quais estão anexados. Informou que os demonstrativos e documentos anexos, em meio magnético, de forma separada por exercício e por fornecedor, demonstram os pagamentos realizados (em algumas situações de notas fiscais de forma conjunta e/ou com acréscimos de adiantamentos sobre operações posteriores), prorrogações de vencimentos (declarações anexas), as revendas dos mesmos produtos, nas mesmas datas das aquisições, para a PETROBRÁS, os transportes e MDFES.

Concluiu que existem provas cabais da efetividade das operações e dos pagamentos das aquisições e dos fretes, não sendo possível qualquer restrição ao exercício do princípio da não-cumulatividade. Protestou pela produção de todos os meios de prova e juntada de documentos. Pediu revisão para que seja alcançada a verdade material, determinando a regularidade das operações realizadas e/ou seus respectivos pagamentos. Finalizou requerendo a NULIDADE do Auto de Infração e ou a IMPROCEDÊNCIA.

O auditor designado prestou a Informação Fiscal às fls. 173 a 174. De início discordou do pedido de nulidade do Auto de Infração referente a alegação de que a ação fiscal foi iniciada sem a apresentação do “Termo de Fiscalização”, com ofensa ao disposto no art. 196 do CTN, pois pode-se verificar, às fls. 03 e 04 deste PAF, cópia da Intimação feita pelo autuante, bem como do Termo de Ciência no DT-e, para que a autuada apresentasse os comprovantes de pagamento referentes às aquisições de mercadorias efetuadas, conforme relação de fornecedores e suas respectivas notas fiscais eletrônicas.

Acrescentou que de acordo com o artigo 26, do RPAF do Decreto nº 7.629/1999, cujo dispõe que o “Início da Ação Fiscal” se configura também com a intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.

Em relação à procedência do presente Auto de Infração, informou que através dos demonstrativos e provas anexados aos autos, a autuada demonstrou que efetivamente adquiriu as mercadorias da ação fiscal, efetuou os pagamentos, na medida em que apresentou os comprovantes de pagamento referentes a essas aquisições, bem como tributou as operações de saídas posteriores, efetuou o destaque do ICMS nas operações de vendas subsequentes, conforme demonstram suas notas fiscais de saídas e os registros fiscais efetuados na sua EFD, atendendo ao solicitado e cumprindo, mesmo que após a ação fiscal, a intimação feita pelo autuante às fls. 03 e 04 deste PAF, conseguindo, dessa forma, elidir a presente acusação fiscal.

Após as intervenções das partes, a JJF proferiu a seguinte decisão:

VOTO

A acusação fiscal diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado.

Consta ainda a informação de que: “o contribuinte não comprovou o pagamento referente às aquisições das mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação.

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 da Auditorias, via DTE - Domicílio Tributário Eletrônico.

A lavratura de 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 Código Tributário deste Estado, 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 defendente, com base no art.18, incisos II e IV, “a” do RPAF/BA, insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento ao direito de defesa, sob o argumento de que a acusação possui três supostas ocorrências, ou seja, de que a Autuada teria incidido em “utilização indevida de crédito fiscal, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento”, e ao mesmo tempo, de que não haveria “comprovação do pagamento das aquisições” e de que existiria “inidoneidade na documentação fiscal”.

Externa o entendimento de que as situações descritas decorrem de enquadramentos legais distintos, sendo que foi apontado o art. 29 da Lei nº 7.014/96, porém, não foi indicado qualquer parágrafo ou inciso. Em relação ao art. 31 da Lei nº 7.014/96, que diz respeito à inidoneidade da documentação fiscal, não foi indicada à sua motivação, cujas hipóteses se encontram no art. 44, inciso II, letras “a” a “g” da Lei nº 7.014/96, não mencionado no Auto de Infração.

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. 04 a 05, o ilícito diz respeito a: CREDITO INDEVIDO DE ICMS POR ENTRADAS FICTÍCIAS DE MERCADORIAS (por falta de comprovantes de pagamento das mercadorias adquiridas).

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 do 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不存在 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 anexas em mídia digital (CD), às fls. 168, demonstrativo em planilha Excel, identificando em relação à maioria das operações as datas e valores dos pagamentos realizados, bem como, quando fosse o caso, os números dos cheques utilizados, acompanhados das respectivas cópias, assim como declarações dos fornecedores referentes às prorrogações dos vencimentos das operações e às revendas para a Petrobrás dos mesmos produtos, nas mesmas datas das aquisições, os conhecimentos de transporte e MDF-e.

Informa também que ocorreram diversas operações em que os produtos não transitaram pelo estabelecimento da autuada, e que nessas operações as vendas são feitas diretamente para a Petrobrás, e que nesses casos, o MDF-e é emitido nas operações de venda. Neste caso, diz estar anexando ao PAF as notas de compra e de venda, os respectivos MDF-e, bem como os comprovantes de descarga.

Da análise dos documentos que compõem os autos, observo que no demonstrativo (CRÉDITOS INDEVIDO DE ICMS POR ENTRADAS FICTÍCIAS DE MERCADORIAS), às fls. 05 a 06, estão discriminados os documentos fiscais objeto da presente exigência. Pelos esclarecimentos constantes no corpo do Auto de infração, a infração foi enquadrada nos artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96, por entender a fiscalização não se referir a uma efetiva operação ou prestação, pois embora revestido das formalidades legais, não foram comprovados os pagamentos nas datas informadas nos respectivos documentos fiscais, sendo vedada, consequentemente, a utilização do crédito fiscal.

Contudo, 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 deficiente, 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.

Dessa forma, estando comprovado que as operações objeto do presente lançamento foram quitadas em datas posteriores aos vencimentos consignados nos documentos fiscais, em razão de negociações efetuadas junto 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, conclui 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.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, devido a desoneração estabelecida pelo RPAF/99.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Fernando Marques Villa Flor - OAB/BA nº 11.026.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF/99, em relação à Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Improcedente em decisão unânime o Auto de Infração em lide, lavrado em 02/03/2021, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 353.483,22, por ter deixado de recolher ICMS, em razão da utilização indevida de crédito fiscal por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. Período fiscalizado de janeiro de 2016 a setembro de 2020.

Observo que, a decisão da 4ª JJF (Acórdão JJF Nº 0035-04/22- VD) desonerou o sujeito passivo do lançamento tributário de R\$ 743.195,14 em valores atualizados à data do julgamento, fls.188, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

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

Verifico que, o sujeito passivo para comprovar as suas alegações traz aos autos do processo Mídia digital (CD), sob à fl. 168, demonstrativo em planilha Excel, identificando em relação à maioria das operações as datas e valores dos pagamentos realizados, bem como, quando fosse o caso, os números dos cheques utilizados, acompanhados das respectivas cópias, assim como declarações dos fornecedores referentes às prorrogações dos vencimentos das operações e às revendas para a PETROBRÁS dos mesmos produtos nas mesmas datas das aquisições, os conhecimentos de transporte e MDF-e.

Em exame aos autos do processo, compartilho sem ressalvas do entendimento da nobre relatora de piso onde afirma em trecho do seu voto:

“Da análise dos documentos que compõem os autos, observo que no demonstrativo (CRÉDITOS INDEVIDO DE ICMS POR ENTRADAS FICTÍCIAS DE MERCADORIAS), às fls.05 a 06, estão discriminados os documentos fiscais objeto da presente exigência. Pelos esclarecimentos constantes no corpo do Auto de infração, a infração foi enquadrada nos artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96, por entender a fiscalização não se referir a uma efetiva operação ou prestação, pois embora revestido das formalidades legais, não foram comprovados os pagamentos nas datas informadas nos respectivos documentos fiscais, sendo vedada, consequentemente, a utilização do crédito fiscal.

Contudo, 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 defendente, 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.”

Considerando que, a autuada traz aos autos comprovação documental de que as operações que caracterizaram o presente lançamento foram quitadas em datas posteriores ao vencimento original destacado em Notas Fiscais junto aos seus fornecedores, conforme atesta os acordos entre as partes de prorrogação de prazo, que foram convalidadas pelo autuante (fiscal ao feito) em sua informação fiscal sob as fls.173 a 174.

Considerando que, ficou constatado que houve a circulação das mercadorias para o estabelecimento da autuada ou diretamente para a cliente da autuada a PETROBRAS S.A.

Considerando, que restou comprovado a regularidade das operações, entendo que a autuada tem direito a utilização dos créditos fiscais destacados nos documentos fiscais.

Isto posto, por toda a análise realizada, concluo pela improcedência da infração.

Diante de tais considerações, não há reparo a fazer na decisão recorrida, pois as retificações foram acolhidas pelo autuante fiscal ao feito e mantidas pelo julgador de piso e encontram-se respaldadas em documentação probante acostada aos autos do processo.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 207106.0006/21-8, lavrado contra TOPBOI NUTRIÇÃO ANIMAL E RECICLAGEM AMBIENTAL – EIRELI.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGF/PROFIS