

N. F. Nº - 207150.0008/21-3
NOTIFICADO - CARLITO DE SOUZA NOGUEIRA
NOTIFICANTE - JOSÉ ANTONIO RODRIGUES PEREIRA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAS CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 25.05.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0063-05/22NF-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. Restou comprovado nos autos que a Notificada se creditou de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com a isenção do imposto nas saídas internas e interestaduais, eximindo-se de trazer aos autos a contraprova dos fatos como não ocorridos. Infração subsistente. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **no Modelo Fiscalização de Estabelecimento**, lavrada em 29/03/2021, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 5.265,88, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 3.159,53, e acréscimo moratório no valor de R\$ 100,02, perfazendo um total de R\$ 8.525,43, em decorrência do cometimento de uma única infração, cujo período apuratório se fez nos meses de junho e agosto de 2020.

Infração 01 – 001.002.003: Utilizou **indevidamente crédito fiscal** de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com **isenção do imposto**.

Enquadramento Legal: Art. 29, § 2º da Lei 7.014/96 c/c art. 310, inciso I, alínea “a” do RICMS publicado pelo Decreto de nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado, manifestando impugnação, apensada aos autos (fls. 31 a 35.), protocolizada na CORAP NORTE/PA SAC IRECÊ na data de 17/08/2021 (fl. 30).

Em seu arrazoado, a Notificada iniciou sua peça defensiva requerendo, preliminarmente, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Notificada e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente petição, tudo em razão da celeridade processual.

Contou no tópico “**Dos Fatos**” que o Notificante atribuiu à Notificada a prática da infração de “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto*” onde garantiu que o Notificante relacionou no demonstrativo que fundamentou a acusação nas Notas Fiscais de nºs. 153551, 154163 e 158114, **contendo mercadorias tributadas normalmente** e nas Notas Fiscais de nºs. 50, 51, 56, 58 e 62, **contendo mercadorias isentas, sem contudo ter se apropriado do crédito do ICMS**, como se pode constatar no livro de Registro de Entrada de Mercadorias.

Discorreu no tópico “**Das Razões de Impugnação**” onde iniciou citando o art. 2º do RPAF/99, e o artigo 18, inciso IV, alínea “a” e artigo 41, inciso II, ambos do RPAF/99, enfatizando a nulidade no penúltimo artigo e a exigência das provas necessárias à demonstração do fato arguido no último.

Consignou que deveria o Notificante demonstrar no livro de Registro de Entrada de Mercadorias a acusação de utilização indevida de crédito fiscal sobre mercadorias isentas, e não sobre mercadorias tributadas normalmente. Do mesmo modo, demonstrar no livro de Registro de Entrada de Mercadorias, o lançamento a crédito de ICMS das mercadorias isentas e no livro de

Apuração de ICMS a apropriação do crédito, entretanto como seu demonstrativo não prova que a Notificada tenha se utilizado indevidamente do crédito de ICMS, tal imputação não pode prosperar, devendo a ação fiscal ser declarada nula, conforme determina os dispositivos acima transcritos.

Ressaltou, portanto, que a infração tributária deverá sempre ser provada. Sem prova não há que se falar em lançamento fiscal. Neste sentido, cita o ensinamento do Professor Clélio Berti sobre a prova e que a presunção de infração é figura jurídico-fiscal imaginária.

Salientou que independentemente da necessidade de todo e qualquer ato da autoridade fiscal que exige o pagamento de um tributo *ser motivado*, isto é, indicar as causas que estão motivando a exigência do tributo, as particularidades das provas indiciárias, com suas regras de experiência e outras especialidades que conduzem o raciocínio lógico, para a presunção da verdade, exigem uma *explicitação expressa* dos seus motivos, para permitirem um adequado direito de defesa, sob pena de invalidação do lançamento tributário.

Finalizou requerendo a IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

O Notificante prestou Informação Fiscal às folhas 49 a 52 explicando que o lançamento sob análise foi lavrado em 29/03/2021, tendo a empresa tomado ciência expressamente, através do DTE, no dia 19/04/2021, conforme formulário de fl. 06 do processo, fluindo a partir daí o prazo de 60 dias para pagamento ou apresentação de defesa, que foi encerrado no dia **18/06/2021**.

Em **17/08/2021** foi protocolada defesa, que foi arquivada em 15/09/2021 em razão de ser completamente intempestiva. Na data de **10/09/2021** foi lavrado **o termo de revelia e encaminhado o processo para inscrição em dívida ativa (fl. 08)**. No espelho do registro do processo na sigla SIGAT, constante à fl. 09 do processo, verificou-se que a data da ciência é **19/04/2021**.

Discorreu que na data de **15/10/2021** a Notificada protocola uma manifestação dirigida ao CONSEF, em que afirma que **a data da ciência seria 23/06/2021**, iniciando-se a contagem do prazo para a defesa no dia **24/06/2021** e encerrando-se em 22/08/2021 e que a defesa apresentada **no dia 10/08/2021 seria tempestiva**. Para justificar a sua pretensão, junta um espelho no processo do SIGAT, onde consta que a data da ciência seria efetivamente no dia 23/06/2021.

Acrescentou não saber se o erro foi humano ou de sistema, mas não deixa de ser um erro e, em razão disso, não pode produzir direitos – *Dormientibus non succurrit jus* (O direito não socorre a quem dorme). A verdade material está nos documentos que constam do processo que atestam que a empresa recebeu a intimação com os demais documentos no dia 19/04/2021.

Consignou que a manifestação da empresa, supramencionada, induziu a Procuradoria em erro, pois, como demonstramos acima, a data da ciência não foi 19/06/2021, **esta foi a data da decretação da revelia**, não havendo, portanto, mais que se falar em tempestividade da defesa. Por conta do equívoco **o processo foi excluído da dívida ativa e foi reaberto o prazo de defesa e encaminhado para nos manifestarmos sobre o mérito** dos seus argumentos, conforme despacho de fl. 28.

Informou que a defesa apresentada se perde no arrazoado jurídico, limitando a sua argumentação fática de que as “Notas Fiscais de n^{os}. **153551, 154163 e 158114, contendo mercadorias tributadas normalmente** e nas Notas Fiscais de n^{os}. **50, 51, 56, 58 e 62, contendo mercadorias isentas, sem, contudo, ter se apropriado do crédito do ICMS**, como se pode constatar no livro de Registro de Entrada de Mercadorias”

Garantiu que na verdade, a defesa parte de falsa premissa ao acreditar que a simples escrituração dos livros fiscais através do **Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD** estaria regular perante o fisco e estava certo até o ano de 2019, quando ainda estava sob a égide do Simples Nacional. Entretanto, a partir de 2020, passou para o Regime Normal de apuração e a escrituração fiscal se dá através do **Sistema Público de Escrituração Fiscal - SPED** com a EFD – Escrituração Fiscal Digital.

Ensinou que o art. 237 do RICMS, revogado recentemente pelo Decreto de nº 20.136 de 07/12/2020, combinado com o art. 248, do mesmo diploma legal, deixa bem claro o tipo de escrituração a ser utilizada, senão vejamos:

Art. 237. Poderá ser utilizado Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, para escrituração dos seguintes livros, exceto quando o contribuinte estiver obrigado a efetuar Escrituração Fiscal Digital: (grifo nosso)

I – Registro de Entrada;

II – Registro de Saídas;

III – Registro de Controle da Produção e do Estoque;

IV – Registro de Inventário;

V – Registro de Apuração do ICMS;

VI – Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC);

VII – Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente.

Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital – EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para o microempreendedor individual e para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional.

Assegurou que a partir de 2020, a Escrituração Fiscal válida é a efetuada através da Escrituração Fiscal Digital – EFD, que foi regularmente enviada pela empresa. O livro de Registro de Entradas a que a defesa se refere (doc. 06) é o escriturado pelo SEPD, que serve apenas para o controle da empresa e, portanto, não guarda nenhuma relação com a EFD.

Revelou que em relação às Notas Fiscais de nºs. 153.551, 154.163 e 158.114 se referem a flocos, flocão e fubá de milho. Flocos e flocão são nada mais do que farinha de milho e a isenção está prevista no artigo 265, inciso II, alínea “d” do RICMS/12.

Salientou que as demais Notas Fiscais citadas de nºs. 50, 51, 56, 58 e 62 são relativas a mercadorias hortifrutícolas, cuja isenção está prevista no artigo 265, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA/12. Alguns dos produtos constantes dos documentos continham o destaque do imposto, que foi apropriado na EFD, pela empresa, caracterizando, dessa forma, crédito indevido. A relação dos produtos com os respectivos valores se encontram no demonstrativo analítico que se juntou ao lançamento fiscal.

Finalizou, ante o exposto, havendo esclarecido o equívoco da defesa, pugnou-se pela procedência do lançamento fiscal, por ser medida da mais lídima justiça.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, no Modelo Fiscalização de Estabelecimento, lavrada em 29/03/2021, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 5.265,88, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 3.159,53, e acréscimo moratório no valor de R\$ 100,02, perfazendo um total de R\$ 8.525,43, em decorrência do cometimento de uma única infração (001.002.003) - **utilizar indevidamente crédito fiscal** de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com **isenção do imposto**, cujo período de apuração se fez nos meses de **junho e agosto de 2020**.

O enquadramento legal utilizado baseou-se no 29, § 2º da Lei 7.014/96, c/c art. 310, inciso I, alínea “a” do RICMS, Decreto de nº 13.780/2012, e multa tipificada no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei de nº 7.014/96.

De início, antes de ingressar no mérito propriamente dito da notificação, a Notificada trouxe em sua contradita a invocação do artigo 18, inciso IV, alínea “a” relacionado à nulidade da Notificação Fiscal, em razão de serem nulos os lançamentos de ofício que “não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança, a infração e o infrator”, não podendo

ser acolhida tal pretensão, tendo-se em vista que ao compulsar o presente lançamento verifico ter sido efetuado de forma compreensível, foram indicados o infrator a infração, os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi verificada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade da Notificação Fiscal.

No Mérito, suscintamente, a Notificada tratou que a infração tributária deverá sempre ser provada, sem prova, não há que se falar em lançamento fiscal, e que o Notificante deveria demonstrar no livro de Registro de Entrada de Mercadorias a acusação de utilização indevida de crédito fiscal sobre mercadorias isentas, e não sobre mercadorias tributadas normalmente. Do mesmo modo, deveria demonstrar no **livro de Registro de Entrada de Mercadorias** o lançamento a crédito de ICMS das mercadorias isentas, e no livro de Apuração de ICMS a apropriação do crédito, entretanto, como seu demonstrativo não prova que a Notificada tenha se utilizado indevidamente do crédito de ICMS. (...?)

Citou que o Notificante relacionou no demonstrativo que fundamentou a acusação as Notas Fiscais de nºs. **153551, 154163 e 158114, contendo mercadorias tributadas normalmente** e as Notas Fiscais de nºs. **50, 51, 56, 58 e 62, contendo mercadorias isentas, sem, contudo, ter a Notificada se apropriado do crédito do ICMS.**

O Notificante prestou Informação Fiscal, onde inicialmente historiou sobre as datas do lançamento, da ciência expressa da Notificada através do DTE, do transcorrido prazo de defesa, da lavratura do termo de revelia da Notificada até o encaminhamento da presente Notificação Fiscal para inscrição em dívida ativa. Discorreu sobre a manifestação dirigida ao CONSEF, em que a Notificada afirma que **a data da ciência seria 23/06/2021, apresentando print da tela do SIGAT**, iniciando-se assim a contagem do prazo para a defesa no dia 24/06/2021, e encerrando-se em 22/08/2021, e que a defesa apresentada **no dia 10/08/2021 seria tempestiva**, consignando que esta manifestação induziu a Procuradoria em erro, por conta do equívoco, **o processo foi excluído da dívida ativa, foi reaberto o prazo de defesa e encaminhado para manifestar sobre o mérito** dos seus argumentos.

No mérito, garantiu ser incorreta a premissa da Notificada ao acreditar-se que a escrituração dos livros fiscais através do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, estaria regular perante o fisco, vez que deixando a égide do Regime do Simples Nacional ao findar-se o ano de 2019, passando para o Regime Normal de apuração e escrituração a partir do início de 2020, o qual é feito através do Sistema Público de Escrituração Fiscal - SPED com a EFD – Escrituração Fiscal Digital, em acordo com os artigos 237 e 248 do RICMS/BA/12.

Assegurou que a partir de 2020, a Escrituração Fiscal válida é a efetuada através da Escrituração Fiscal Digital – EFD, **que foi regularmente enviada pela empresa**. O livro de Registro de Entradas a que a defesa se refere é o escriturado pelo SEPD, que serve apenas para o controle da empresa, e a relação apresentada se refere ao documento 04, portanto, não guarda nenhuma relação com a EFD.

Explicou que as Notas Fiscais de nºs. **153551, 154163 e 158114** se referem a flocos, flocão e fubá de milho. Flocos e flocão são nada mais do que farinha de milho e a isenção está prevista no artigo 265, inciso II, alínea “d” do RICMS/BA/12, e que as demais Notas Fiscais citadas de nºs. **50, 51, 56, 58 e 62**, são relativas a mercadorias hortifrutícolas, cuja isenção está prevista no artigo 265, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA/12. **Alguns dos produtos constantes dos documentos** continham o **destaque do imposto**, que foi apropriado na EFD, pela empresa, caracterizando, dessa forma, crédito indevido.

Entendo que no mérito a lide do presente processo imposta pelo Notificante na **infração, ocupa-se da Notificada** ter-se **utilizado indevidamente de crédito fiscal** de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com **isenção do imposto**, sendo o período da auditoria o exercício

do ano de 2020.

Em relação ao descompasso do imbróglio alcançado pela Administração Pública em termos da intempestividade ou não da impugnação, no presente caso, entendo que não priorizar o julgamento de mérito da demanda estar-se-ia em dissonância **com os princípios** da primazia do julgamento de mérito, da instrumentalidade e da economia processual das formas, **trazidos** na sistemática processual inaugurada no Código de Processo Civil de 2015.

Assim, ao compulsar os documentos processuais que compõem esta Notificação Fiscal, averiguei que esta **faz-se acompanhar** do meio magnético CD (fl. 04), cujo conteúdo compõe-se dentre outros, do arquivo no formato pdf nominado de “*CredIndevido – isentas – analítico*”, contendo as Notas Fiscais auditadas, a descrição das mercadorias indicadas como isentas pelo Notificante, cujos ICMS destacados foram auferidos como lançados a crédito pela Notificada em sua Escrituração Fiscal Digital (EFD), da qual fora realizada a Auditoria Fiscal do presente lançamento.

De mais a mais, observei que consta nos autos (folhas 09 a 13), consulta ao Sistema da Secretaria da Fazenda de Informação do Contribuinte – INC referente aos dos **Dados Cadastrais**, Resumo Fiscal, e Relação de DAEs – Ano 2020 da Notificada, onde consta a data **inicial de 20/05/2016, e a data final de 31/12/2019**, em que estava assentada sob o **Regime do Simples Nacional**.

Neste expediente, estaria a Notificada obrigada a seguir **as regras de escrituração no Livro Registro de Entradas**, referentes às Notas Fiscais recebidas, regras que abrangem também os contribuintes obrigados à **Escruturação Fiscal Digital - EFD** (art. 248 - uma vez que não mais se prevalece a prerrogativa para aqueles optantes pelo Regime do Simples Nacional), **sendo que esta** constitui **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 (art. 247).

Ressalta-se que a legislação permite que o contribuinte, em substituição à emissão de documento e sua escrituração nos livros fiscais manualmente, imprima e escriture esses documentos por meio de sistema eletrônico de processamento de dados (SEPD). Essa impressão e escrituração, entretanto, não se confunde com emissão de documento fiscal digital (NF-e, NFC-e, CT-e e MDF-e), e com escrituração digital (EFD). Para esses casos, não há que se falar em SEPD, havendo, portanto, diferença entre SEPD e SPED-Fiscal.

A NF-e, a NFC-e, o CT-e, o MDF-e, bem como a EFD, **são digitais**, só existem quando transmitidos à SEFAZ, e por ela devidamente autorizados. **Os documentos e livros impressos e escriturados por SEPD não são digitais**. Eles são iguais aos documentos e livros autorizados a impressão pelas gráficas mediante AIDF (Autorização de Impressão de Documentos Fiscais). Diferentemente dos documentos eletrônicos, eles não são, um a um, transmitidos e armazenados na SEFAZ de forma digital, eles **são apenas impressos e preenchidos por meio de sistema eletrônico de processamento adquirido ou desenvolvido pelo contribuinte**. SEPD (Sistema Eletrônico de Processamento de Dados), não se confunde com SPED-Fiscal (Sistema Público de Escrituração Digital).

Do deslindado, a Notificada trouxe para fazer prova documental de sua impugnação o registro das Notas Fiscais no Livro Fiscal de Entrada de mercadorias aposto no meio magnético CD (fl. 44), salvo em formato pdf, escriturado por meio de sistema eletrônico de processamento de dados (**SEPD**), em total desconformidade com a legislação pertinente, que no caso da Notificada, na situação do Regime em que se encontrava no ano 2020, alcança a obrigatoriedade da **Escruturação Fiscal Digital – EFD**.

Por conseguinte, tem-se que o art. 155, inciso II, § 2º, inciso I da Constituição Federal, estabelece como regra geral que o ICMS será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviço com o montante cobrado

nas anteriores, abarcando-se a exceção à regra através da **isenção** ou não incidência, estabelecidas no **inciso II do supracitado parágrafo**, onde **não se implicará em crédito para compensação**, com o montante devido nas operações seguintes acarretando-se a anulação do crédito relativo às operações anteriores (estorno do crédito).

ou seja, a **isenção** é a dispensa do pagamento do tributo devido. Neste sentido, o inciso II do disposto acima, quando da operação ISENTA, como exceção à regra geral, não poderá haver o aproveitamento do ICMS nas fases seguintes, portanto, sem manutenção do crédito do ICMS. E, caso ocorra o creditamento, este deverá ser estornado.

A não permissividade do crédito para as mercadorias isentas, está estabelecida no art. 29, § 2º da Lei de nº 7.014/96, e as isenções estabelecidas (sem a manutenção do crédito), constam no art. 265 do RICMS/BA/12. Neste contexto, o citado artigo, em seu inciso I estabelece a isenção nas saídas internas e interestaduais, em sua alínea “a” para produtos hortifrutícolas, relacionados no Convênio ICMS de nº. 44/75, de onde se averigua constar os produtos adquiridos pela Notificada nas Notas Fiscais de nºs. 50, 51, 56, 58 e 62, e, flocos, flocão e fubá de milho, adquiridos nas Notas Fiscais de nºs. 153.551, 154.163 e 158.114, sendo o entendimento de isenção a flocos, flocão de milho aquele estabelecido em aresto unânime no acórdão da CJF de nº 0236-12/20-VD, como produtos insertos no art. 265, II, alínea “d” do regulamento.

Do deslindado, o Notificante averiguou, quando da Auditoria realizada, que a Notificada se creditou de ICMS destacado nas supracitadas notas fiscais, situação esta, no caso concreto, proibitiva na legislação, quando de sua escrituração em suas EFDs conforme exposto no Demonstrativo nominado “*CredIndevido – isentas – analítico*”, alcançando-se no entender a infração atribuída, eximindo-se de trazer aos autos a contraprova dos fatos não ocorridos.

Face ao exposto, não acato os argumentos do Notificado e voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 207150.0008/21-3, lavrada contra **CARLITO DE SOUZA NOGUEIRA**, devendo ser intimado o Notificado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.265,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR