

A.I. Nº - 206851.0019/19-6
AUTUADO - HERNANEE S BORGES EIRELI (MFB RUA JOSÉ CARDOSO DE LIMA LTDA.)
AUTUANTE - CARLOS AUGUSTO BARBOSA NOGUEIRA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/10/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0150-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado nos autos o indevido uso de crédito fiscal decorrentes de operações com mercadorias objeto de substituição tributária com fase de tributação encerrada. Infração subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Ficou caracterizado que houve utilização de crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Efetuadas correções no cálculo do imposto, tendo em vista o reconhecimento do autuante da revogação do Decreto nº 14.213/2012. Infração parcialmente subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos mediante argumentos da defesa frente a revogação do Decreto nº 14.213/2012. Infração parcialmente subsistente. 5. MULTA. FALTA DE REGISTRO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. O sujeito passivo expressamente reconhece o cometimento das infrações. Infrações subsistentes. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 06/12/2019, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 470.417,94, acrescido de multa, pela constatação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.06. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, para as ocorrências de janeiro a novembro de 2017 e fevereiro a novembro de 2018. ICMS exigido R\$ 32.390,68, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II da Lei nº 7.014/96, c/com art. 290 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.40. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, para as ocorrências de janeiro, março, julho a setembro,

novembro e dezembro de 2017. ICMS exigido R\$ 46.145,64, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 309, § 6º do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 07.01.02. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, para fatos ocorridos em janeiro a outubro e dezembro de 2016. ICMS exigido R\$ 29.794,16, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 8º, inc. II e § 3º, art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 289 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 04 – 07.15.02. Recolheu a menor antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, para fatos ocorridos em janeiro, março, maio, junho, novembro, dezembro de 2016, janeiro a maio, agosto a novembro de 2017, janeiro, fevereiro, maio, julho e agosto de 2018. ICMS exigido R\$ 102.531,63, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 – 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma das notas fiscais, para fatos ocorridos em janeiro de 2016 a novembro de 2017. Multa no valor de R\$ 207.712,10, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 06 – 16.01.06. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma das notas fiscais, para fatos ocorridos em dezembro de 2017 a dezembro de 2018. Multa no valor de R\$ 51.843,73, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

A autuada através de seus advogados impugnou o lançamento, fls. 694 a 703, onde preliminarmente, com fundamento no art. 272, § 5º do CPC, requer que todas as intimações referentes ao feito sejam dirigidas exclusivamente ao seu advogado no endereço constante na petição, sob pena de nulidade.

Ao descrever os fatos, transcreve as infrações 01, 02, 03 e 04, sobre as quais, afirma que o autuante deixou de observar que a partir de janeiro de 2018 o Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 12.413/12, que considerava devido o imposto por substituição tributária e antecipação parcial, conforme consta do § 2º do art. 1º do decreto revogado que a vedação aos benefícios fiscais se aplicam ao cálculo da substituição tributária e da antecipação parcial, porque adquiriu suas mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do decreto revogado e obedeceu ao regramento nele constante, como diz que se observa nas notas fiscais em anexo - Doc.03.

Ao se referir as infrações 05 e 06, adverte aos Julgadores que, caso tivesse sido intimada para corrigir as inconsistências de sua Escrituração Fiscal Digital, como determina o art. 247, § 4º do RICMS/BA, vigente há época da ocorrência dos fatos, teria a oportunidade de proceder com as devidas correções e efetuar o registro de suas notas fiscais de entrada.

Aponta que por essa razão a Junta de Julgamento Fiscal, se não decidir pela nulidade da autuação, certamente a julgará improcedente, consoante às razões de fato e de direito que passa a expor.

Lembra que na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, se observará os princípios da oficialidade,

da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito, conforme art. 2º do RPAF, que indica a intenção do legislador em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal.

Complementa que o Código Tributário Nacional, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte, conforme previsto no art. 112 do CTN quando se usa o princípio do *in dubio pro contribuinte*.

Salienta que a atividade de fiscalizar e cobrar tributos está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal, vez que a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais que lhe seguem, atribuem encargos deveres ou funções ao administrador fiscal que tem o seu campo de ação delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis. Já os administrados, diferentemente dos agentes públicos, são inteiramente livres para agir, desde que não exista uma lei determinando um comportamento diferente.

Frisa que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir nem tem qualquer interesse próprio ou particular no exercício de sua função legal, como bem está expresso em trecho da Revista dos Tribunais, reproduzido.

Destaca que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, face ao princípio da legalidade objetiva. Portanto, a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal, exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido, certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade.

Conclui que assim sendo, não podem prosperar as infrações por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está subordinado o agente público, razão pela qual, devido aos vícios que possui, levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

Aponta que o Auditor Fiscal lavrou o Auto de Infração, sem lhe intimar para retificar a Escrituração Fiscal Digital - EFD e sem observar o prazo legal de 30 dias para entrega ou retificação dos arquivos, conforme preceitua o art. 247, § 4º do RICMS/BA, vigente há época da ocorrência dos fatos apurados, texto copiado.

Acrescenta que, quando o autuante não lhe concedeu prazo correto para entrega ou retificação da EFD, deixou de observar o devido processo legal, incorrendo em nulidade, destacando que não se encontra nos autos qualquer intimação com prazo de 30 dias para envio ou para retificação de sua EFD apresentada com inconsistências.

Conclui, em relação a sua EFD, não foi estabelecido na intimação o prazo previsto no art. 247, § 4º do RICMS/BA, que estabelece que em caso de não entrega, ou em entrega com inconsistências, deve ser fornecida ao contribuinte, o prazo de trinta dias para entrega ou correção da EFD.

Ressalta que dessa forma, não foi observada a regra regulamentar, bem como não foi fornecida listagem diagnóstico indicativa das irregularidades.

Assim, como o autuante não observou tais requisitos, diz ser nula as infrações por inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, inc. II, do RPAF/99.

Salienta que a falha apontada é insanável haja vista não se tratar de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que compromete a sua eficácia, implicando em nulidade do lançamento.

Sob o título “Da cobrança indevida face a revogação do Decreto nº 14.213/12.”, ensina que o citado decreto dispõe sobre a vedação da utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias listadas no seu Anexo Único, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24/1975, sendo que 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.

Conta que foi celebrado 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. Em consonância com a materialização pelas unidades federadas da celebração do referido Convênio, o estado da Bahia, por meio do Decreto nº 18.219, de 26/01/2018, revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções relacionadas em seu Anexo Único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017, e do Convênio ICMS 190/2017.

Salienta, que o Convênio ICMS 190/2017, dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160/2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inc. XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

Destaca que de acordo com a Cláusula oitava, do 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 08/08/2017, em desacordo com o disposto na alínea “g” do inc. XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal.

Sinaliza que no caso em análise, os valores constantes no presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 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 pela qual, conclui pela insubsistência da autuação.

Relaciona e transcreve as ementas dos Acórdão JF nº 0156-03/19, JF nº 0080-03/19, nos quais o CONSEF já decidiu em favor dos contribuintes.

Acrescenta que o Poder Judiciário da Bahia, bem como o Superior Tribunal de Justiça assim já decidiram, conforme ementa do julgamento do RMS 31714/MT - 2010/0044507-3.

Requer, que se decrete a nulidade total do Auto de Infração e, se assim não entender, por precaução, subsidiariamente, que se decida pela sua improcedência, por ser de direito e da mais lúdima justiça.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 935 frente e verso, transcreve os argumentos da defesa e observa que o procedimento fiscal atendeu a todos os preceitos legais que asseguram os direitos do contribuinte, uma vez que este foi cientificado do início da ação fiscal, o Auto de Infração foi lavrado com as peças necessárias ao entendimento, constando os enquadramentos das infrações, foi realizada a notificação ao contribuinte da lavratura do Auto de Infração, procedimentos que atendem os princípios legais previstos.

Pontua que a defesa não contestou as infrações 01 e 02, posto que o argumento quanto ao cumprimento do Decreto nº 18.219/17 não tem nenhuma repercussão nestas duas infrações.

Com relação as infrações 03 e 04, informa que, em concordância com a defesa e visando cumprir o Decreto nº 18.219/17, elaborou novos demonstrativos de cálculo referente a essas duas infrações com as correções necessárias, garantindo o direito ao crédito fiscal, baseado nas alíquotas utilizadas pelas unidades da Federação de origem nas operações arroladas nessas autuações.

Com relação as infrações 05 e 06, afirma se tratar de situação prevista nos artigos 217 a 247 do RICMS/BA, sendo que o contribuinte não atendeu a obrigatoriedade do registro e entrega das EFDs

regularmente, não cabendo a intimação para correções que alega ser necessária para essa situação.

Reafirma a procedência das infrações 01, 02, 05 e 06, as mantendo integralmente nos valores cobrados e quanto as infrações 03 e 04 apresentou as correções em razão do quanto já esclarecido.

Anexou os novos demonstrativos que definiram os novos valores devidos nas infrações 03 e 04, assim como o demonstrativo de débito do Auto de Infração e o novo demonstrativo de debito das infrações que tiveram os valores alterados.

Solicita o encaminhamento da informação fiscal, juntamente com os anexos, inclusive os arquivos digitais ao contribuinte no endereço indicado na petição de defesa, concedendo o prazo de 10 dias para manifestação.

A autuada, através de seu advogado apresentou manifestação, fl. 965 a 970, onde preliminarmente reitera seu pedido para que todas as intimações relativas ao processo sejam dirigidas exclusivamente ao seu patrono, em razão da celeridade processual.

Quanto às infrações 01 e 02, aduz que o autuante deixou de observar que não ocorreu a utilização indevida de crédito fiscal, posto que 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 relacionados em seu Anexo Único, 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, conforme vem reiteradamente decidindo o CONSEF, como se vê nas decisões, cujas ementas dos Acórdão reproduz: JF nº 0109-02/20-VD, CJF nº 0061-11/20, CJF nº 0113-12/20-VD e JF nº 0042-05/20-VD.

Em relação as infrações 03 e 04, repisa os termos já apresentados na defesa, ressaltando que os estados que fazem parte do Convênio ICMS 190/2017, são remidos do ônus fiscal referente ao ICMS, mas ainda assim, o autuante quando não validou as notas fiscais arroladas, não observou que as procedentes de Goiás, que também faz parte do Convênio, e valorou créditos tributários as notas fiscais a serem anexadas.

Repete sua explanação relativa ao Convênio ICMS 190/2017 e aponta que nesse aspecto houve um equívoco administrativo por parte do autuante que não se atentou ao fato de que deveria excluir todas as mercadorias oriundas de Goiás, conforme o próprio demonstrativo apresentado em sua informação fiscal.

Aduz que os valores constantes no presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 14.213/2012, 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 deve concluir pela insubsistência da autuação fiscal.

Reproduz ementas de Acórdão do CONSEF que já decidiu em favor dos contribuintes, sobre a mesma matéria: Acórdão JF nº 0156-03/19, JF nº 0080-03/19, além do Poder Judiciário da Bahia, bem como o Superior Tribunal de Justiça, que assim decidiram conforme ementa transcrita do STJ - RMS 31714/MT - 2010/0044507-3.

Quanto às infrações 05 e 06, reconhece os equívocos ocorridos no seu sistema de informação, entretanto, como se trata de mercadorias que já tiveram o imposto pago, argui não existir razão para prática de sonegação, suplica aos Julgadores a aplicação da redução de multa de 95%, conforme vem decidindo o CONSEF, trazendo como paradigma o Acórdão CJF nº 0271-11/19.

Requer, que sejam acolhidas as razões da manifestação, por ser de direito e da mais lúdima justiça.

À fl. 973, a defesa apresentou petição de juntada de notas fiscais originárias do Estado de Goiás, que segundo informa, é signatário do Convênio ICMS 190/2017, para subsidiar os argumentos da defesa das infrações 03 e 04.

Anexa aos autos, também cópia do demonstrativo “SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ANTECIPAÇÃO A MENOR/FALTA DE ANTECIPAÇÃO – NF’s RESUMO”, fls. 975 a 986, frente e verso, assim como cópias de notas fiscais, fls. 987 a 1.016.

Mais uma petição foi apresentada pela autuada, fl. 1.020, requerendo juntada de cópias de notas fiscais de abril, maio e junho de 2016, por entender serem necessárias ao prosseguimento do processo, fls. 1.033 a 1.600.

O autuante ao prestar nova informação à fl. 1.603, frente e verso, inicialmente referindo-se as infrações 01 e 02, que acusa a autuada da utilização indevida do crédito fiscal e de utilização de crédito fiscal a maior, lembra que o argumento da defesa de que a autuação deixou de considerar a revogação do Decreto nº 14.213/2012, informa que o anexo ao demonstrativo que serviu de base para as infrações, não foi considerado o crédito fiscal na forma prevista do Decreto nº 18.219/2017, que revogou o decreto de 2012.

Ressalta não se tratar de desconsiderar a figura da antecipação tributária total e consequentemente vedar utilização de crédito fiscal em sua escrita fiscal, de mercadorias sujeitas a essa forma de tributação, já que tem o procedimento específico de calcular o ICMS a recolher, onde encerra toda a fase de tributação do imposto.

Reitera integralmente as infrações 01 e 02.

Relativamente as infrações 03 e 04, pontua que o contribuinte apresentou as mesmas considerações da defesa, referindo-se ao Decreto nº 14.213/12, na situação específica do crédito a ser considerado, revogado pelo Decreto nº 18.219/2017.

Salienta que apresentou na informação fiscal os novos demonstrativos dessas infrações considerando a revogação do decreto de 2012, onde foram feitas as correções dos valores que contrariam essa revogação, resultando em novo demonstrativo com valores do ICMS devido e cobrado.

Conclui, considerando as infrações 03 e 04 nos valores cobrados conforme os novos demonstrativos e quanto as infrações 05 e 06, ressalta que o contribuinte reconheceu as mesmas, solicitando redução da multa.

Sobre o processo SIPRO 007924/2021-9 juntado aos autos, informa que se trata de relação e cópias de notas fiscais, que o contribuinte apresentou para reafirmar a suas argumentações frente às infrações 03 e 04.

Frisa já ter considerado os valores de crédito de ICMS destacado nas referidas notas fiscais referentes as operações com outros estados, resultado efetivamente da aplicação das alíquotas das operações praticadas pelos estados remetentes.

Observa que mais uma vez o contribuinte não se manifestou em relação aos novos demonstrativos do ICMS devido, que fundamentaram as infrações 03 e 04, elaborados na informação fiscal anterior.

Conclui reafirmando integralmente as imputações, conforme já apresentada na informação fiscal prestada às fls. 935 a 959.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de seis infrações, sendo que, no decorrer dos atos processuais, reconheceu as infrações 05 e 06, conforme declaração a fl. 969, mantendo a impugnação das demais infrações na forma da defesa tempestivamente apresentada e posteriores manifestações.

Considerando o reconhecimento das infrações 05 e 06, desde já as tenho como subsistentes.

Do início da ação fiscal, o contribuinte foi cientificado em 30/07/2019, através da mensagem 133725, postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fl. 04.

Os demonstrativos e memória de cálculo que sustentam as infrações estão apensados às fls. 05 a 690, na forma impressa e gravados em mídia – CD, fl. 691, elaborados de forma clara e precisa contendo todos os elementos necessários a perfeita cognição das infrações e foram entregues ao sujeito passivo quando da cientificação da lavratura do Auto de Infração, efetuada através do DT-e, mensagem 149386, lida em 30/01/2020, fl. 692.

Estabelecido no município baiano de Luís Eduardo Magalhães, a autuada é contribuinte do ICMS, exerce a atividade econômica de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, inscrito no Cadastro Estadual na condição de microempresa, não optante do Simples Nacional.

O sujeito passivo arguiu nulidade sob diversos fundamentos, os quais passo a analisá-los separadamente.

Inicialmente alega nulidade, com fundamento nos direitos e garantias do cidadão presentes na Constituição Federal, nas diretrizes contidas no Código Tributário Nacional quanto à condução do processo fiscalizatório, assim como as formalidades previstas no Decreto nº 7.629/99 – RPAF, sem, contudo, apontar objetivamente onde a autoridade fiscal feriu tais princípios ou normas, apenas afirmando que 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, razão pela qual afirma que *“o caso ‘sub examine’, devido aos vícios que possui, levará fatalmente a decretação da sua nulidade”*.

Verifico que todas as formalidades e exigências previstas no RPAF/99 foram observadas pelo autuante, atendendo integralmente ao que dispõe o art. 39 do citado regulamento.

Outra arguição de nulidade, refere-se especificamente às infrações 05 e 06, sob o argumento de que o autuante não concedeu o prazo correto para entrega ou retificação da EFD, portanto, deixou de observar o devido processo legal incorrendo em nulidade.

A arguição perdeu sentido, quando o próprio contribuinte à fl. 969, reconheceu como procedente as duas infrações, requerendo tão somente a redução da multa.

Ademais, lembro que o dispositivo legal que concedia 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, § 4º do art. 247, foi revogado pelo Decreto nº 19.274, de 04/10/2019 com efeitos a partir de 01/11/2019, portanto, anterior a lavratura do presente Auto de Infração, 16/12/2019, assim inaplicável ao caso.

Compulsando os autos, constato que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observo que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração, portanto, a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Destarte, afasto a arguição de nulidade.

No mérito, as infrações 01 e 02 acusa o contribuinte de utilização indevida de crédito fiscal. A primeira referente a aquisição mercadorias com o ICMS-ST pago e a segunda decorrente da escrituração do crédito fiscal a maior que o destacado nos documentos fiscais.

A infração 03 exige o ICMS por antecipação, recolhido a menor pelo contribuinte na qualidade de sujeito passivo por substituição e a infração 04, o ICMS antecipação parcial, também recolhido a menos, decorrentes de aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação para fins de comercialização.

Para ambas as infrações, a defesa argui a improcedência, sob um único argumento, sem deixar claro e especificado a qual fato se refere, alegando de forma genérica, que *“...os valores constantes no presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 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 deve-se concluir pela insubsistência da autuação fiscal”*.

Assim, é importante tecer algumas considerações acerca do Decreto nº 12.413/2012, não o “nº 12.413/2012”, como aponta a defesa, e o Decreto nº 18.219/2017.

Este último publicado pelo executivo estadual baiano, em razão da celebração pelos estados e Distrito Federal, em 18/12/2017, do Convênio ICMS 190/2017, que trata do tema dos benefícios fiscais concedidos pelos entes federados sem base em convênio aprovado no âmbito do CONFAZ, com o objetivo de reduzir a insegurança jurídica causada, impulsionado pela denominada guerra fiscal.

Com base na autorização concedida pela Lei Complementar nº 160/2017, esse convênio anistiou os débitos constituídos, com base no argumento de que benefícios fiscais abrangidos por convênio considerados ilegais ou inconstitucionais, em razão de não terem sido aprovados pelo CONFAZ e autorizou a reinstituição desses benefícios fiscais por prazos específicos, sob a condição de depósito no CONFAZ de todos os instrumentos legais que concediam esses benefícios e que cada unidade da Federação publicasse decretos revogando a legislação que limitava o usufruto desses benefícios, os quais refletiam nos estados destinatários em créditos superiores aos admitidos na legislação interna destes.

A arguição de ilegalidade e até a inconstitucionalidade dos benefícios fiscais concedidos pelos entes federativos, sem a anuência do CONFAZ, contrariou frontalmente a Constituição Federal que condiciona a concessão de benefícios fiscais desde que instituídos através de lei complementar. Por sua vez, a Lei Complementar nº 24/1975 impõe que benefícios fiscais somente podem ser concedidos mediante a concordância de todos os estados e do Distrito Federal, formalizados em convênio por meio do CONFAZ.

Não obstante essas determinações estarem claramente postas, os entes federativos continuaram concedendo benefícios fiscais mirando atrair investimentos, sem a anuência do CONFAZ. É fato que o Supremo Tribunal Federal reiteradamente julgou tais benefícios inconstitucionais, contudo, sem uma súmula vinculante, esses benefícios continuaram sendo concedidos. É o exacerbamento da chamada guerra fiscal.

Assim em 2017, foi publicada a Lei Complementar nº 160/2017, autorizando os estados e o Distrito Federal a convalidar os benefícios fiscais, já concedidos sem base em convênio e posteriormente foi celebrado o Convênio ICMS 190/2017, que estabeleceu as regras para convalidação dos citados benefícios fiscais.

Como condição imposta pelo convênio para convalidação dos benefícios, cada unidade federativa, deveria publicar uma lista dos benefícios fiscais que concedeu e, três meses depois, apresentar perante o CONFAZ a *“documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos dos benefícios fiscais”*, a ser publicado e disponibilizado pelo CONFAZ no Portal Nacional da Transparência Tributária.

O Convênio ICMS 190/2017 é expresso ao determinar que *“Ficam remitidos 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 artigo 155 da Constituição Federal”*.

Dentre as condições para fazer jus a essa remissão, o contribuinte deve desistir dos questionamentos judiciais e/ou administrativos, arcar com eventuais custas e despesas

processuais, bem como pedir ao seu advogado que renuncie à cobrança de eventuais honorários de sucumbência.

Nesse contexto é que foi publicado o Decreto nº 18.219/2017, que expressamente revogou do Decreto nº 14.213/2012:

Quanto ao mérito das infrações 01 e 02, o autuante, em sede de informação fiscal, afirmou que os argumentos quanto ao cumprimento do Decreto nº 18.219/2017, não repercutiram nas duas infrações.

Posteriormente, em outra informação frente a manifestação da autuada, o Fiscal repisa que o demonstrativo que serviu de base às infrações, não apresentou situação em que não seja considerada o crédito fiscal na forma prevista do Decreto nº 18.219/2017.

Da análise dos demonstrativos fls. 05 a 14-v, que servem de base para a infração 01, constato que há a identificação do ICMS-ST, pago na aquisição de mercadorias provenientes da Bahia, Goiás e Distrito Federal, escriturado pela autuada como crédito fiscal do imposto.

Foram indicadas no demonstrativo analítico, todas as NCMs de cada mercadoria, atestando a sujeição dessas ao regime de substituição tributária, não havendo questionamento ou cobrança quanto ao crédito fiscal utilizado em desacordo com o Decreto nº 18.219/2017.

É certo que adquirindo mercadorias com o ICMS antecipação tributária já retido, não pode o adquirente se creditar desse imposto, por força do que determina o art. 290 do RICMS/2012:

Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Tal dispositivo atende ao que prevê a Lei nº 7.014/96 no seu art. 9º, ou seja: “*Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.*”, sendo vedado a utilização dos créditos fiscais na forma no art. 29, § 4º, inc. II:

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior. (...)

§ 4º É vedado o crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita: (...)

II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior;

Ou seja, a infração consiste na apropriação de crédito fiscal do ICMS-ST, destacado em notas fiscais de aquisições de mercadorias para fins comerciais, não tendo nenhuma relação com os Decreto nº 18.219/2017.

Está correto o autuante em considerar as alegações inaplicáveis à infração 01, que pelos motivos expostos a tenho como subsistente.

A infração 02, acusa o contribuinte de se apropriar de crédito fiscal em valor superior ao destacado nas notas fiscais, portanto, indevido.

Os demonstrativos analíticos, fls. 16, frente e verso, indicam os valores creditados na EFD do contribuinte em cotejo com os valores do ICMS destacados nos documentos fiscais de aquisição das mercadorias, não tendo, portanto, nenhuma vinculação com a observância da revogação do Decreto nº 14.213/2012.

Ou seja, os argumentos trazidos na defesa não servem para elidir a infração, consoante já firmado pelo autuante. A infração 02 é subsistente.

Para a infração 03, referente ao recolhimento a menor do ICMS por antecipação tributária, sendo a autuada o sujeito passivo por substituição referente as aquisições de outras unidades da Federação, e a infração 04 cuja acusação se reporta ao recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, o autuante declarou que “...em concordância com a defesa visando cumprir o Decreto 18.219/17, elaboramos novos demonstrativos de cálculo referente a essas duas infrações com as correções necessárias, garantindo o direito de crédito da empresa baseado nas alíquotas utilizadas pelas unidades da Federação de origem nas operações referidas nessas autuações.”

Ao examinar os demonstrativos da infração 03, fls. 18 a 23-v, verifico que as operações ocorreram no exercício de 2016 e calcula o imposto devido por substituição tributária nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime em outras unidades da Federação, tendo inicialmente o autuante desconsiderado o crédito fiscal decorrente de mercadorias que estavam usufruindo dos benefícios fiscais não previstos em convênios.

O mesmo fato observo ter ocorrido na infração 04, quando do cálculo do ICMS antecipação parcial.

Para as duas infrações o autuante em sede de revisão fiscal, corrigiu os valores dos créditos fiscais, desconsiderando os efeitos do Decreto nº 14.213/2012, tendo para tanto, refeito todos os demonstrativos apensados às fls. 936 a 956-v, recalculando os valores recolhidos a menor ou não recolhidos, considerando os valores do ICMS destacados nas notas fiscais integralmente, como crédito fiscal para todas as operações.

Constato não ter procedência a arguição do contribuinte via manifestação posterior à revisão, de que “...houve um equívoco administrativo por parte do Autuante que não se atentou ao fato de que deveria excluir todas as mercadorias oriundas de Goiás. “, já que todas as ocorrências foram revisadas e recalculados os valores exigidos.

Constato procedente e correta a revisão levada a termo pelo autuante, de forma que a acato e tenho as infrações 03 e 04 parcialmente subsistentes, na forma do demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO 03 – 07.01.02.

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota (%)	MULTA %	ICMS - Valor histórico
31/01/2016	09/02/2016	74,29	17,00	60,00	12,63
29/02/2016	09/03/2016	12.910,47	17,00	60,00	2.194,78
31/03/2016	09/04/2016	1.951,94	18,00	60,00	351,35
30/04/2016	09/05/2016	9.559,56	18,00	60,00	1.720,72
31/05/2016	06/06/2016	5.314,56	18,00	60,00	956,62
31/08/2016	09/09/2016	4.602,56	18,00	60,00	828,46
30/09/2016	09/10/2016	28.833,17	18,00	60,00	5.189,97
31/12/2016	09/01/2017	8.753,11	18,00	60,00	1.575,56
Total					12.830,09

INFRAÇÃO 04 – 07.15.02.

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota (%)	MULTA %	ICMS - Valor histórico
31/03/2016	09/04/2016	6.285,44	18,00	60,00	1.131,38
31/05/2016	09/06/2016	28.201,67	18,00	60,00	5.076,30
31/12/2016	09/01/2017	18.249,11	18,00	60,00	3.284,84
28/02/2017	09/03/2017	35.424,61	18,00	60,00	6.376,43
31/03/2017	09/04/2017	11.825,61	18,00	60,00	2.128,61

31/05/2017	09/06/2017	24.537,33	18,00	60,00	4.416,72
31/08/2017	09/09/2017	3.771,06	18,00	60,00	678,79
30/09/2017	09/10/2017	17.952,39	18,00	60,00	3.231,43
31/10/2017	09/11/2017	38.912,83	18,00	60,00	7.004,31
30/11/2017	09/12/2017	636,06	18,00	60,00	114,49
31/01/2018	09/02/2018	8.635,39	18,00	60,00	1.554,37
28/02/2018	09/03/2018	4.051,94	18,00	60,00	729,35
31/03/2018	09/04/2018	25.670,83	18,00	60,00	4.620,75
31/07/2018	09/08/2018	26.327,39	18,00	60,00	4.738,93
Total					45.086,70

Em relação as infrações 05 e 06 a autuada declarou que: *“reconhece os equívocos ocorridos no seu sistema de informação, entretanto como se trata de mercadorias que já tiveram o imposto pago, não tendo razão para prática de sonegação, suplica aos Senhores Julgadores a aplicação da redução de multa de 95%, conforme assim vem decidindo o Egrégio Conselho Fazendário Baiano- CONSEF”*.

Portanto, não há lide a ser apreciada, posto o reconhecimento das duas infrações e assim, as tenho como subsistentes.

Quanto ao pedido de redução da multa, lembro que o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, assim previa:

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Tal dispositivo se aplicaria às duas infrações, vez que estas exigem a multa de 1% sobre o valor de cada operação acobertada por documento fiscal não registrado da escrita fiscal do contribuinte, contudo, o § 7º do art. 42 foi revogado pela Lei nº 14.183/2019 com efeitos a partir de 13/12/2019, o que impede desta Junta de Julgamento Fiscal atender ao pleito.

Em relação ao pedido para que todas as intimações referentes ao feito sejam dirigidas exclusivamente ao seu advogado no endereço constante na petição, sob pena de nulidade, lembro que as intimações 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. Contudo nada obsta ao atendimento do pleito, ressalvando que o não atendimento, não implicará em nulidade desde que procedida na forma do art. 108 do RPAF/99.

Saliento que foi disponibilizado pela SEFAZ o Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, instituído pelo art. 127-D da Lei nº 3.956/81 – COTEB, estabelecendo um novo canal de comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores. Através do DT-e a SEFAZ encaminha avisos, intimações, notificações e dará ciência de todos os tipos de atos administrativos aos contribuintes inscritos no cadastro do ICMS, aos sócios e procuradores desde que previamente cadastrados.

Especificamente para os Advogados, procuradores do sujeito passivo foi criado o perfil Procurador: com seu e-CPF ou e-CNPJ, com acesso as contas das empresas das quais conste como procurador.

O novo CPC, em seu art. 272, § 5º, contempla uma inovação no sentido de ser causa de nulidade a não intimação do advogado expressamente indicado, quando dos autos constar pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam realizadas em seu nome.

Em se tratando de Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho, no entanto, a nulidade apenas poderá ser pronunciada quando o advogado indicado, para fins de recebimento de intimação, esteja devida e previamente cadastrado no sistema, aplicando-se o princípio expressamente consagrado no art. 276 do próprio CPC, que também se amolda ao presente caso.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206851.0019/19-6**, lavrado contra **HERNANEE S BORGES EIRELI (MFB RUA JOSÉ CARDOSO DE LIMA LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 136,453,11** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” e inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, além da multa percentual no valor de **R\$ 259.555,83**, prevista no art. 42, inc. IX do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR