

PROCESSO
RECORRENTE
RECORRIDA
RECURSO
ORIGEM
PUBLICAÇÃO

- A. I. N° 206977.0020/20-6
- COMERCIAL DE ALIMENTOS JAMILLE OLIVEIRA LTDA.
- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0210-04/21-VD
- DAT NORTE / INFRAZ CHAPADA DIAMANTINA
- INTERNET 20/04/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0080-11/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS COM SAÍDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Razões de defesa elidem em parte a imputação. Refeito os cálculos em sede de Informação Fiscal pelo agente Autuante. Acatada arguição decadência nos termos do artigo 150, § 4º do CTN. Item subsistente parcialmente. **b)** MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. Razões de defesa elidem em parte a imputação. Refeito os cálculos em sede de Informação Fiscal pelo agente Autuante. Acatada arguição decadência nos termos do artigo 150, § 4º do CTN. Item subsistente parcialmente. **c)** DOCUMENTO FISCAL FALSO OU INIDÔNEO. Autuada manteve-se silente. Infração Subsistente. **d)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Autuada manteve-se silente. Item Subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Razões de defesa não elidem a autuação. Acatada arguição decadência nos termos do artigo 150, § 4º do CTN. Item subsistente em parte. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Razões de defesa não elidem a autuação. Afastada a arguição de decadência nos termos do artigo 173, inc. I do CTN. Item subsistente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0210-04/21-VD, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2020, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$66.292,05, pelo cometimento de 06 infrações, no período de 2015 a 2017, conforme segue:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto nos anos de 2015, 2016, e 2017 conforme demonstrativo de fls. 13 a 28 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 5.388,86, com enquadramento no art. 29, § 2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inciso I, alínea “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2015 e 2017 conforme demonstrativo de fls. 29 a 35 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 2.412,07, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 01.02.11: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento(s) fiscal(is) falso(s), ou inidôneo(s) no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 36 a 38 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 171,24, com enquadramento no art. 31 e art. 44, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 318, § 3º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 100% aplicada na forma do art. 42, inc. IV, alínea "J" da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 - 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is) nos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 39 a 65 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 32.447,00, com enquadramento nos artigos 29 e 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 66 a 89 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 25.248,50, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea "a" do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 06 - 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias bens ou serviço sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos anos de 2015 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 90 a 141 dos autos. Lançado multa no valor de R\$ 624,00, com enquadramento nos artigos 217 e 247, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada na forma do art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou impugnação (Fls. 150 a 172), informação fiscal prestada pelo autuante (Fls. 195 a 198), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª JJF que após análise julgou Procedente em Parte nos seguintes termos:

VOTO

Preliminarmente, o sujeito passivo traz arguição de nulidade, sob a perspectiva da lavratura de um único Auto de Infração para exigência de tributos diversos, em ofensa ao devido processo legal, dado relacionar o lançamento de obrigações principais e acessórias, e de ter, o agente Autuante, apropriado de variadas metodologias de apuração, abordando diversas matérias e regimes de apuração diferentes do ICMS, lavrando um único auto para exigir o crédito decorrente de todas as infrações, em ofensa ao art. 43 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Aqui, vejo de pronto um equívoco do Autuado ao arguir a nulidade amparado nos termos do art. 43 do RPAF/BA, pois não vejo qualquer infringência a essa norma, que, especificamente, vedaria a lavratura de um mesmo Auto de Infração relativo a tributos diversos, onde, no caso em tela, todas as imputações relacionam a um único tributo que é o ICMS; e sobre a metodologia de apuração do ilícito tributário levantado é de autonomia do agente Fiscal Autuante, não havendo qualquer norma que restrinja a quantidade de metodologias adotadas pela Fiscalização no desenvolvimento da ação fiscal.

Também se observa a arguição de nulidade, especificamente em relação a infração 6, sob o argumento da falta de prévia intimação da Autuada para sanar os arquivos magnéticos com inconsistências, em violação do art. 247, § 4º do RICMS/BA e da Instrução Normativa nº 55/14, não é o que vejo dos autos.

A infração 6 versa sobre a cobrança de multa por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços, sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal e como tal não se trata de inconsistências, mas tão somente de constatação, em que cabe ao Contribuinte Autuado, trazer considerações de defesa, com elementos probantes, de que desconhece tais operações, o que não o fez.

Vê-se, ainda, considerações de nulidade por falta de entrega de documentos que fundamentam as infrações, em ofensa do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa, arguindo insuficiência de elementos para comprovar a infração. Também não se observa qualquer razão do defendente nessa afirmação, pois, como bem destacado pelo agente Fiscal Autuante, em sede de informação Fiscal, todos os demonstrativos, que fundamentam as autuações, constam as informações sobre as notas fiscais, inclusive as chaves de acesso dos documentos fiscais, o que permite consultar seu teor no sitio www.nfe.fazenda.gov.br, vez que se tratam de documentos eletrônicos extraídos do SPED, o que ao meu sentir é suficiente para promover qualquer arguição de defesa, por parte do sujeito passivo, que, aliás, assim procedeu, no mérito em relação às infrações de nºs 01, 02, 05 e 06, inclusive com reconhecimento de procedência de alguns dos argumentos, pelo agente Autuante, como veremos no momento oportuno.

Afasto, portanto, todas as arguições de nulidade e passo, então, a manifestar quanto ao mérito.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$ 65.667,67, relativo a cinco irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$ 624,38, relativo a uma irregularidade, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo seis infrações no valor total de R\$ 66.292,05, sendo as infrações 01, 02, 05 e 06 impugnadas parcialmente ou totalmente no mérito, além da

arguição de decadência, como preliminar de mérito, relativo aos fatos tributários ocorridos no período de 01/01/2015 à 30/09/2015, em face do quantum previsto no art. 150, § 4º do CTN, isso em relação as infrações de nºs 01, 02, 05 e 06 do Auto de Infração, em análise. Por sua vez, em relação as infrações 03 e 04, não se observa qualquer arguição de mérito, o que de pronto serão julgadas procedentes.

Em primeiro plano, diz, o sujeito passivo, verificar do Auto de Infração, em tela, que constam lançamentos referentes ao período de janeiro a setembro de 2015 nas infrações 01, 02, 05 e 06, os quais entendem já terem sido alcançados pela decadência, não podendo mais ser exigido o imposto da autuada em relação a este período, face o previsto no art. 150, § 4º do CTN.

Observo, então, que, no âmbito tributário, o instituto da decadência está previsto no Código Tributário Nacional (CTN) editado pela Lei nº 5.172/66, como tal observa-se que, em relação aos termos previstos no CTN, a contagem do prazo decadencial possui duas regras distintas, quais sejam as previstas nos artigos 150, § 4º; e 173, inc. I, do citado diploma legal, definidas em cada caso, conforme a modalidade de lançamento a que é submetido o tributo, se por homologação, de ofício ou por declaração, bem assim observando se ocorreu ou não a antecipação do tributo.

A disposição do art. 150, § 4º remete a contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, declara e efetua o pagamento, ou efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas e não haja a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. É o que se extrai da leitura do citado dispositivo na forma a seguir destacado:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomado conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.”

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” (Grifo acrescido)

Por sua vez, o art. 173, inciso I, do CTN remete a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, isto é, o contribuinte omite a realização da operação tributável; ou, de forma tácita, em situações que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação. É o que se extrai da leitura do citado dispositivo na forma a seguir destacado:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingu-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”

Neste contexto, no que tange ao ICMS, que é um imposto sujeito a lançamento por homologação, hipótese em que o próprio contribuinte apura, declara e recolhe o tributo que entende devido, de fato, na forma posta pelo sujeito passivo, em sede de defesa, o prazo decadencial para que o Fisco realize o lançamento é de 5 (cinco) anos, sendo que o termo inicial desse prazo pode ser o fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN); ou o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN).

No caso do Auto de Infração, em tela, relativamente as infrações nºs 01, 02 e 05, coaduno com o entendimento do sujeito passivo, de que a Fazenda Pública Estadual não tem direito de cobrar o crédito tributário em apreço, isso em relação as datas de ocorrência até 30/09/2015, já que ultrapassou o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º, do CTN, considerando que foi intimado do Auto de Infração em 01/10/2020, data de ciência do presente procedimento fiscal, isto é, data em que foi formalizado, para cobrar crédito tributário decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo a mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção imposto e mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, bem assim recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação devidamente registradas na escrita fiscal, pois, de fato, enseja a aplicação do prazo decadencial então previsto no art. 150, § 4º do CTN, de forma que o termo inicial para a contagem do prazo é com a materialização dos fatos geradores.

Não vejo, então, presente nos autos a situação de ocorrência fiscal que se enquadra nas disposições contidas no inciso I, do art. 173, do CTN, combinado com o § 4º, do art. 150, do mesmo diploma legal, em que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

No caso específico dos autos, o defensor indevidamente utilizou de crédito fiscal lançado no livro fiscal próprio de valores, em que a legislação não autorizava, bem assim deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, decorrente de equívocos na interpretação da legislação competente.

Desta forma, entendendo que não se vê nos autos hipóteses de dolo, fraude ou simulação nas ocorrências das acusações de nºs 01, 02 e 05, como também qualquer manifestação do agente Fiscal Autuante de tais ocorrências, conta-se o prazo decadencial, então, a partir da data do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN destacado acima.

Todavia em relação a infração 06, que trata de cobrança de multa por ter dado entrada no seu estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, vejo que não há que se arguir a decadência de exigência do débito constituído, decorrentes das operações comerciais inerentes ao período de 01/01/2015 à 30/09/2015, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, pois se trata da constituição de um crédito tributário por aplicação de multa de 1% do valor comercial da mercadoria, que deu entrada no estabelecimento, em que o sujeito passivo deveria ter efetuado o lançamento na escrita fiscal e não o fez, moldando, então, essas operações no art. 173, I, do CTN, em que a contagem do prazo dar-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àqueles em que o lançamento poderia ter sido efetuado, logo não há que se falar em decadência em relação ao crédito constituído na infração 06, vez que, o sujeito passivo, foi intimado do Auto de Infração em 26/08/2020, data de ciência do presente procedimento fiscal, então o Estado da Bahia teria até 31/12/2020 para constituir o lançamento, ora em análise, que o fez antes. Assim, refuto a arguição decadência em relação as datas de ocorrência da infração 06.

Aliás, tal entendimento, seja em relação às infrações 01, 02 e 05, ou seja, em relação a infração 06, vem a respeitar a orientação da Procuradoria Geral do Estado, através do Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 42/2016, datado de 22/11/2016, em que promoveu a uniformização de suas orientações jurídicas acerca de alguns temas relacionados ao ICMS na Bahia, dentre eles, o de decadência, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0.

Com isso, em relação a constituição do lançamento fiscal, relativo as infrações nºs 01, 02 e 05 do Auto de Infração, em tela, deve-se proceder a exclusão dos créditos, relativo as datas de ocorrência que, de fato, imperaram a decadência na forma prevista art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, todos os créditos constituídos até a data de ocorrência até 30/09/2015 nos termos arguido pelo sujeito passivo.

Passo, então, a análise do mérito em relação ao saldo das infrações que não foram alcançadas pela decadência nos termos acima discorrido, como também das demais infrações de nºs 03 e 04 nos termos a seguir.

Data ocorr	Data Venc	Valor Histórico Após Informação Fiscal (fl.197)	Valor Histórico Após Julgamento	Ocorrência
31/01/2015	09/02/2015	269,60	0,00	DECADÊNCIA
28/02/2015	09/03/2015	327,95	0,00	DECADÊNCIA
31/03/2015	09/04/2015	100,88	0,00	DECADÊNCIA
30/04/2015	09/05/2015	7,64	0,00	DECADÊNCIA
30/06/2015	09/07/2015	220,32	0,00	DECADÊNCIA
31/07/2015	09/08/2015	24,89	0,00	DECADÊNCIA
31/08/2015	09/09/2015	36,50	0,00	DECADÊNCIA
30/09/2015	09/10/2015	78,14	0,00	DECADÊNCIA
31/10/2015	09/11/2015	108,94	108,94	PROC EM PARTE
30/11/2015	09/12/2015	11,37	11,37	PROC EM PARTE
31/12/2015	09/01/2016	432,07	432,07	PROCEDENTE
31/01/2016	09/02/2016	425,47	425,47	PROCEDENTE
29/02/2016	09/03/2016	15,50	15,50	PROCEDENTE
31/03/2016	09/04/2016	57,56	57,56	PROCEDENTE
30/04/2016	09/05/2016	79,63	79,63	PROCEDENTE
31/05/2016	09/06/2016	88,23	88,23	PROCEDENTE
30/06/2016	09/07/2016	1.358,86	1.358,86	PROCEDENTE
31/07/2016	09/08/2016	182,36	182,36	PROCEDENTE
31/10/2016	09/11/2016	4,54	4,54	PROCEDENTE
31/01/2017	09/02/2017	490,75	490,75	PROCEDENTE
28/02/2017	09/03/2017	363,60	363,60	PROCEDENTE
30/04/2017	09/05/2017	375,30	375,30	PROCEDENTE
31/05/2017	09/06/2017	283,50	283,50	PROCEDENTE
31/07/2017	09/08/2017	4,32	4,32	PROCEDENTE
30/09/2017	09/10/2017	4,65	4,65	PROCEDENTE
Total da Infração 01		5.352,57	4.286,65	

Em relação a infração 03 que diz respeito a ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente ao uso de documentos fiscais falsos, ou inidôneos no ano de 2016, e a infração 04 que diz respeito a ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais nos anos de 2016 e 2017, não há qualquer arguição de defesa, ou seja, o sujeito passivo manteve-se silente.

Logo, não vendo nada que desabone os demonstrativos de débito das infrações de nºs 03 e 04, amparado na disposição do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, onde dispõe que 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, vejo restar subsistente as autuações na sua integralidade.

Em relação a infração 01 que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal do imposto (ICMS) referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto nos anos de 2015, 2016 e 2017, em que foi lançado ICMS no valor de R\$ 5.388,86, o sujeito passivo, em sede de defesa, diz que a empresa contesta a mercadoria “vinagre de álcool” é tributada, sendo legal o direito ao crédito destacado nas notas fiscais de aquisição dessa mercadoria.

O agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, diz reconhecer a alegação e o direito ao crédito destacado nas notas fiscais de aquisição dessa mercadoria, então apresenta novo demonstrativo de débito da infração 01, à fl. 197 dos autos, alterando o valor original de R\$ 5.388,86 para o valor de R\$ 5.344,93.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações efetuadas no demonstrativo de débito da exigência fiscal nº 01, cujo conteúdo foi dado ciência ao Autuado na forma dos documentos de fls. 200/202, inclusive DT-e (fls. 203/204), que se manteve silente, vejo restar subsistente parcialmente no montante de R\$ 4.286,65, já excluído as datas de ocorrência que imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º, do CTN, conforme a seguir:

Em relação a infração 02 que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2015 e 2017, em que foi lançado ICMS no valor de R\$ 2.412,07, o sujeito passivo diz que os produtos “temperos”, “condimentos” e os biscoitos “São Benedito”, “Fortaleza Maria” e “Vitarella Cream Cracker” não estão sujeitos à substituição tributária. Portanto diz ter direito aos créditos constituídos.

O agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, diz reconhecer a alegação e o direito ao crédito destacado em relação as notas fiscais de aquisição dos produtos “temperos” e “condimentos”, por sua vez, a alegação que os biscoitos “São Benedito”, “Fortaleza Maria” e “Vitarella Cream Cracker” não estariam sujeitos à substituição tributária é refutada, pelo agente Fiscal Autuante, que mantém o lançamento referente a essas mercadorias. Então apresenta novo demonstrativo de débito da infração 02 à fl. 197 dos autos, alterando o valor original de R\$ 2.412,07 para o valor de R\$ 2.379,30.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações efetuadas no demonstrativo de débito da exigência fiscal nº 02, cujo conteúdo foi dado ciência ao Autuado na forma dos documentos de fls. 200/2002, inclusive DT-e (fls. 203/204), que se manteve silente, vejo restar subsistente parcialmente no montante de R\$ 930,16, já excluído as datas de ocorrência que imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º, do CTN, conforme a seguir:

Data ocorr	Data Venc	Valor Histórico Após Informação Fiscal (fl.197)	Valor Histórico Após Julgamento	Ocorrência
31/01/2015	09/02/2015	102,77	0,00	DECADÊNCIA
28/02/2015	09/03/2015	151,30	0,00	DECADÊNCIA
31/03/2015	09/04/2015	35,48	0,00	DECADÊNCIA
30/04/2015	09/05/2015	131,89	0,00	DECADÊNCIA
31/05/2015	09/06/2015	183,90	0,00	DECADÊNCIA
31/06/2015	09/07/2015	122,77	0,00	DECADÊNCIA
30/07/2015	09/08/2015	89,36	0,00	DECADÊNCIA
31/08/2015	09/09/2015	182,72	0,00	DECADÊNCIA
30/09/2015	09/10/2015	448,95	0,00	DECADÊNCIA
31/10/2015	09/11/2015	203,12	203,12	PROC. EM PARTE
30/11/2015	09/12/2015	143,79	143,79	PROCEDENTE
31/12/2015	09/01/2016	220,19	220,19	PROC. EM PARTE
31/01/2017	09/02/2017	298,90	298,90	PROCEDENTE
28/02/2017	09/03/2017	8,98	8,98	PROCEDENTE
31/05/2017	09/06/2017	8,99	8,99	PROCEDENTE
31/07/2017	09/08/2017	15,79	15,79	PROCEDENTE
30/09/2017	09/10/2017	10,24	10,24	PROCEDENTE
31/10/2017	09/11/2017	10,08	10,08	PROCEDENTE
30/11/2017	09/12/2017	10,08	10,08	PROCEDENTE
Total da Infração 02		2379,30	930,16	

A infração 05 versa sobre recolhimento a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 66 a 89 dos autos.

O agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, diz que o sujeito passivo alega que os produtos incluídos na categoria “materiais de limpeza” e “açúcar de cana” estavam sujeitos a substituição tributária no exercício de 2015. Aduz, então, que essa afirmação é parcialmente correta, pois os produtos citados constavam na lista de mercadorias sujeitas a substituição tributária até a data de 31/01/2015, porém a partir de 01/02/2015 foram excluídas do regime de substituição tributária.

Neste contexto, diz que se pode observar que no demonstrativo referente a infração de nº 05, no mês de janeiro de 2015, não consta nenhum lançamento referente a essas mercadorias. Mantém o demonstrativo de débito da infração nº 05 em sua integralidade original.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone o destaque na de Informação Fiscal, produzido pelo agente Autuante, relativamente a infração de nº 05 do Auto de Infração, em tela, cujo conteúdo fora dado ciência ao Contribuinte Autuado na forma dos documentos de fls. 200/202, inclusive DT-e (fls. 203/204), que se manteve silente, vejo restar subsistente no montante de R\$ 14.451,86, dado exclusão das datas de ocorrência que imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º, do CTN, acima discorrido, conforme demonstrativo a seguir:

Data Ocorr	Data Vcto.	Valor Histórico	Ocorrência
31/01/2015	09/02/2015	0,00	DECADÊNCIA
28/02/2015	09/03/2015	0,00	DECADÊNCIA
31/03/2015	09/04/2015	0,00	DECADÊNCIA
30/04/2015	09/05/2015	0,00	DECADÊNCIA
31/05/2015	09/06/2015	0,00	DECADÊNCIA
30/06/2015	09/07/2015	0,00	DECADÊNCIA
31/07/2015	09/08/2015	0,00	DECADÊNCIA
31/08/2015	09/09/2015	0,00	DECADÊNCIA
30/09/2015	09/10/2015	0,00	DECADÊNCIA
31/10/2015	09/11/2015	1.730,84	PROCEDENTE
30/11/2015	09/12/2015	1.563,28	PROCEDENTE
31/12/2015	09/01/2016	1.616,66	PROCEDENTE
31/01/2016	09/02/2016	923,24	PROCEDENTE
29/02/2016	09/03/2016	973,57	PROCEDENTE
31/03/2016	09/04/2016	1.098,09	PROCEDENTE
30/04/2016	09/05/2016	1.169,46	PROCEDENTE
31/05/2016	09/06/2016	922,92	PROCEDENTE
30/06/2016	09/07/2016	1.454,24	PROCEDENTE
31/07/2016	09/08/2016	1.281,73	PROCEDENTE
31/08/2016	09/09/2016	219,22	PROCEDENTE
30/09/2016	09/10/2016	131,57	PROCEDENTE
31/10/2016	09/11/2016	130,84	PROCEDENTE
30/11/2016	09/12/2016	366,73	PROCEDENTE
31/12/2016	09/01/2017	740,30	PROCEDENTE
31/01/2017	09/02/2017	28,19	PROCEDENTE
28/02/2017	09/03/2017	14,43	PROCEDENTE
31/03/2017	09/04/2017	6,30	PROCEDENTE
30/04/2017	09/05/2017	5,54	PROCEDENTE
31/05/2017	09/06/2017	4,03	PROCEDENTE
30/06/2017	09/07/2017	1,03	PROCEDENTE
31/07/2017	09/08/2017	11,76	PROCEDENTE
31/08/2017	09/09/2017	17,65	PROCEDENTE
30/09/2017	09/10/2017	11,88	PROCEDENTE
31/10/2017	09/11/2017	6,14	PROCEDENTE
30/11/2017	09/12/2017	15,01	PROCEDENTE
31/12/2017	09/01/2018	7,21	PROCEDENTE
Total da Infração 05		14.451,86	

Por fim a infração 6 que diz respeito a ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias bens ou serviço sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos anos de 2015 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 90 a 141 dos autos, com multa lançada no valor de R\$ 624,00, e enquadramento nos artigos 217 e 247, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, o sujeito passivo não traz qualquer arguição da ocorrência dos fatos imputados.

Registra apenas, sem prejuízo da alegação de ocorrência de decadência dos fatos geradores ocorridos entre 31/01/2015 a 30/09/2015 e da nulidade da infração em razão da falta de prévia intimação para retificar

arquivos magnéticos, que a legislação vigente, na época dos fatos, não penalizava a falta de registro de entradas na escrita fiscal das mercadorias não sujeitas à tributação.

Diferentemente do arguido na peça de defesa, a legislação do ICMS não imputava apenas a multa no caso de entrada de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, também imputava multa no caso de entrada de mercadorias não sujeita a tributação na escrita fiscal do contribuinte; todavia não observo qualquer procedência em tal arguição de mérito, pois a autuação trata de mercadorias bens ou serviço sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, que é o argumento defensivo, do sujeito passivo, de que a Fiscalização só poderia aplicar a multa por falta de registro na escrita fiscal de mercadorias sujeitas à tributação, que é o caso da autuação.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da infração de nº 06, que está perfeita sintonia com a legislação posta, no caso em tela, os artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, com tipificação da multa nos termos do artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores, com a aplicação do benefício da redução da multa de 10% para 1%, relativo ao período de 31/01/2015 a 30/11/2015, por retroatividade em obediência à Lei nº 13.461/2015, c/c a alínea “c”, do inciso II, do art. 106 do CTN, vejo restar subsistente a imputação na sua integralidade, com o afastamento do pedido de decadência já analisado no início deste voto, em sede de preliminar de nulidade. Infração 06 subsistente.

Em relação à alegação da defesa de incidência de multas e juros no Auto de Infração, em tela, que diz ser vedada a cumulação da Taxa Selic com qualquer outro índice de juros de mora, haja vista que a Selic por si só já tem a conotação de juros moratórios e/ou remuneratórios, conforme entendimentos reiterados do Supremo Tribunal Federal, onde aduz impor a decretação da improcedência da autuação, verifico que não pode ser acatada tal arguição.

Observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, ou seja, a multa aplicada é a legalmente prevista pelo art. 42, da Lei nº 7.014/96 e art. 99 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, enquanto que os acréscimos moratórios incidentes são aqueles estabelecidos pelo art. 102, § 2º, inciso II do COTEB, sendo que não se inclui na competência deste foro administrativo apreciar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nem tampouco apreciar decisões do judiciário, conforme assim preconiza o inc. III, do art. 167, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em tela, na forma a seguir destacado:

INFRAÇÕES	VL LANÇADO	VL JULGADO	RESULTADO
01 – 01.02.03	5.388,86	4.286,65	PROC EM PARTE
02 – 01.02.06	2.412,07	930,16	PROC EM PARTE
03 – 01.02.11	171,24	171,24	PROCEDENTE
04 – 01.02.40	32.447,00	32.447,00	PROCEDENTE
05 – 03.02.02	25.248,50	14.451,86	PROC EM PARTE
06 – 16.01.01	624,38	624,38	PROCEDENTE
TOTAL	66.292,05	52.911,29	

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 235 a 256) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Reitera o pedido pelo envio das intimações emitidas no presente processo para a advogada subscritora no endereço da Avenida João Durval Carneiro, 3.665, Edf. Multiplace, 8º andar, sala 813, Boulevard Shopping – Feira de Santana/BA, CEP 44.051-900 e/ou para o e-mail jaciane@jmlaw.adv.br, sob pena de nulidade dos atos processuais.

Inicialmente pede pela Nulidade da intimação acerca da informação fiscal prestada nos autos e também suscita a nulidade da decisão de piso que considerou efetivada a ciência da informação fiscal operada via DTe com base no inciso II, do art. 18 do RPAF.

Diz que ao longo de todo acórdão consta a informação de que a Recorrente foi intimada via DTe da informação fiscal e permaneceu silente, deixando passar “in albis” o prazo para manifestação. Ocorre, que a Recorrente pediu expressamente na impugnação (tópico 1.1 e também na conclusão) para que sua advogada, a qual foi regularmente constituída nos autos inclusive com poderes “ad judicia et extra”, fosse intimada de todos os atos processuais, sob pena de nulidade, pedido estes que não foi indeferido pela JJF.

Tanto é, que esta advogada subscritora foi intimada da decisão proferida em primeira instância, intimação que se efetivou via Correios (cf. AR JU806344831BR, rastreamento reproduzido abaixo),

sendo-lhe inclusive e acertadamente enviada a intimação de ciência e também a íntegra do Acórdão recorrido.

Todavia, no que toca a intimação da informação fiscal prestada pelo autuante não houve cientificação desta advogada subscritora, como requerido na defesa. Diferentemente das demais intimações expedidas no processo, a informação fiscal foi encaminhada ao DTE da empresa.

O fato de a advogada não ter sido científica da informação fiscal certamente acarretou prejuízos à defesa da Recorrente, a qual poderia ter se manifestado sobre os novos demonstrativos elaborados nos autos. Contudo, em razão da falta de intimação da advogada constituída para atuar em sua defesa, o seu direito de se manifestar acerca da informação fiscal foi indevidamente cerceado. Além também da concreta violação de prerrogativa da advogada subscritora em razão da falta de intimação emitida em seu nome para seu endereço físico ou eletrônico, a fim de lhe dar ciência dos atos processuais, como inclusive foi requerido, para assim poder exercer a contento o mister que lhe foi conferido pela Recorrente no instrumento de mandato anexado ao processo.

Neste ponto cabe observar que a matéria da obrigatoriedade de intimar o advogado já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 935004/PE onde ficou assentado que “*Estando a parte representada por advogado regularmente constituído em processo judicial ou administrativo, o nome dele deve constar das publicações dos atos praticados*”. Na mesma linha é o entendimento proferido por outros Tribunais pátrios, conforme exposto ao longo do Recurso Voluntário.

Merece destaque o Voto do Relator proferido nos autos da Apelação Cível nº 200438010001630, no qual aduz que se o contribuinte tem advogado é porque entregou a esta sua defesa técnica, algo que é de seu direito, inclusive, sendo devido e certo intimar o advogado constituído nos autos sobre os atos praticados no processo. Segue abaixo transcrito:

“Ora, se o contribuinte tem advogado constituído no processo mediante instrumento de mandato, as intimações daquele devem ocorrer na pessoa do seu advogado porque é de se supor a transferência a este do jus postulandi no processo administrativo à semelhança do que ocorre no processo judicial, na medida em que é direito do cidadão transferir seu direito de defesa técnica a quem tem habilitação legal e profissional para tanto.

Se assim é, não vem aqui ao caso discutir a legalidade ou não da intimação por edital. O fato é que a partir da constituição de advogado, o contribuinte é intimado na pessoa deste, porque é de supor que sua defesa está entregue ao profissional da advocacia.

O caso é claramente de um desvio de foco, fruto de um natural costume dos contribuintes em não constituírem advogado na esfera administrativa. Mas isso não justifica a equivocada conduta da Administração. A situação é a mesma de um processo judicial no qual o cidadão tem direito ao jus postulandi, mas prefere constituir advogado. Cabe ao escrivão passar a intimar a parte por meio do seu patrono.

Em consequência, a intimação do Autor é nula e caracterizado está o cerceamento de defesa.” (trecho do voto emitido nos autos da Apelação Cível 200438010001630, Data da Decisão 27/08/2012, Publicação e-DJFI de 31/08/2012 p.1263 do TRF1)

Corroborando tudo isto, acrescente-se ainda que o Código de Processo Civil, que nos serve de referencial acerca da matéria, dispõe no art. 105 sobre a outorga de procuração e estabelece que, uma vez outorgada a procuração, estará habilitado o advogado para praticar todos os atos do processo.

Portanto, é forçoso concluir que houve concreto cerceamento do direito de defesa da Recorrente, o que certamente vicia todos os atos processuais praticados após a informação fiscal, daí porque desde já suscitamos para todos os fins a nulidade da intimação da informação fiscal (fls. 200/204) e também do Acórdão JJF Nº 0210-04/21 VD, ora recorrido, com base no inciso II, do art. 18 do RPAF, ao dizer que “*São nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa*”.

Além na nulidade, questiona também a falta de intimação prévia para sanar omissões dos

arquivos eletrônicos violando o art. 247, § 4º do RICMS, da Instrução Normativa nº 55/14, do art. 130 do Código Tributário Estadual, do art. 2º e do art. 18 e art. 41 do RPAF, o que foi fundamento na decisão de piso.

Como dito na impugnação, a infração 6 versa sobre a falta de registro de notas fiscais de entrada na escrita fiscal, em relação à qual foi aplicada a multa de 1% capitulada no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96. Com base nisto, verificamos, portanto, que a infração se referiu a omissões nos arquivos eletrônicos.

Por se tratar de omissões, defendemos na impugnação que o roteiro previsto no art. 247, § 4º do RICMS vigente à época dos fatos e o roteiro previsto na Instrução Normativa nº 55/14 deveria ter sido seguido pelo autuante, como inclusive já foi entendido por este Eg. CONSEF em julgados anteriores. Nos julgamentos da 2ª Câmara, através dos Acórdãos CJF nºs 0389-12/17, 0391-12/18

No caso, fora feita referência específica ao dever de intimar previamente o contribuinte para sanar as omissões em arquivos eletrônicos e ao dever de entregar a listagem diagnóstico como preceituam os dispositivos citados acima. Ocorre como constatado nos autos que não houve prévia intimação, nem entrega da listagem diagnóstico antes da lavratura do auto de infração, daí porque suscitamos a preliminar de nulidade por descumprimento de preceito legal e normativo.

A Decisão recorrida ao se debruçar sobre a matéria refutou a preliminar, mas sem mencionar absolutamente nada quanto ao descumprimento do art. 247, § 4º do RICMS e dos procedimentos previstos na Instrução Normativa nº 55/14, disse apenas que caberia a Recorrente se defender da infração, o que, em seu entendimento, não foi feito.

Data venia, entendem que, ao contrário do exposto na decisão de piso, a Recorrente apresentou defesa específica tanto em preliminar de nulidade quanto no mérito; todavia, como se pode ver não houve pronunciamento específico no v. acórdão quanto ao teor da defesa neste ponto, sendo possível cogitar de lacuna do julgado ou de falta de fundamentação.

Ainda em sede de preliminar, **argui** a nulidade do lançamento em razão da falta de apresentação de documentos que instruem e comprovam as infrações apontadas.

Diz que nas infrações em que o autuante imputou à Recorrente o aproveitamento indevido de crédito de imposto, qual seja o creditamento superior ao destacado na nota fiscal e falta de registro de notas de entrada na escrita fiscal, muito embora o fundamento destas infrações seja as notas fiscais, estes documentos não estão nos autos. Alega que os anexos do Auto de Infração constaram apenas a descrição das mercadorias e as chaves de acesso das notas fiscais. Entretanto, não constaram os respectivos DANFES das notas fiscais que seriam os documentos que de fato comprovariam a ocorrência das infrações imputadas, através do qual seria possível também constatar se há de fato crédito destacado de imposto ou não, por exemplo.

Daí porque insistimos na insubsistência das infrações com base no art. 41 e no art. 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF, e, nos valendo da lição de Hugo de Brito Machado, demonstra que cabe ao Fisco o ônus de comprovar a infração apontada contra o contribuinte, e descabido transferir a este o ônus da prova negativa. Pedido este negado em decisão de piso.

Ademais, o fato de a Recorrente ter se defendido no mérito das infrações não possui o condão de suprir lacuna do ônus probatório, pois enquanto a prova da infração é ônus do Fisco, a defesa é ônus suportado pelo sujeito passivo que quando dele não se desincumbe sofre a preclusão de seu direito e presunção de veracidade dos fatos contra si imputados. Assim sendo, refutamos inteiramente as alegações de que a defesa de mérito apresentada pela Recorrente supriria a falta de elementos probatórios da infração.

Merece reparo também a aplicação do art. 140 do RPAF sob a alegação de que não houve contestação das infrações mencionadas. Na realidade, reiteramos que a preliminar foi arguida também em face das infrações 03 e 04 e não houve menção sobre isto na decisão de piso.

Destarte, merece ser revista a decisão de piso neste aspecto. Oportunamente, com base no todo já

exposto, reitera a arguição de nulidade ante a inexistência de comprovação da materialidade das infrações.

No que tange à infração 04 alega o Autuante que a Recorrente teria utilizado crédito fiscal indevido em valor superior ao destacado na nota fiscal. Ocorre que compulsando o demonstrativo que instrui a infração verifica que constam listados diversos fornecedores beneficiados com redução de base de cálculo nos termos do Decreto nº 7.799. Como exemplos destas ocorrências podemos citar todas as notas fiscais emitidas pelos fornecedores abaixo relacionados.

- ARCOM S.A – CNPJ 25.769.266/0018-72
- SEARA ALIMENTOS – CNPJ 08.855.790/0001-07
- BRF -BRASIL FOODS S.A - CNPJ 01.838.723/0264-36
- PEIXOTO COMERCIO INDUSTRIA SERVICOS E TRANSPORTES S/A – CNPJ 25.757.840/0066-70
- LUTINER DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA – CNPJ 06.189.206/0001-98
- CAMIL ALIMENTOS S/A – CNPJ 64.904.295/0019-32
- TRES CORACOES ALIMENTOS S.A. – CNPJ 63.310.411/0016-80
- DIST DE PROD ALIM SAO ROQUE LTDA – CNPJ 03.705.630/0003-11
- DISTRIBUIDORA DE DOCES E TRANSPORTES
- MASCARENHAS LTDA – CNPJ 13.731.542/0002-67

Pois bem, como se sabe o ICMS é imposto de incidência não cumulativa, garantindo-se ao adquirente da mercadoria o direito de se creditar do imposto incidente na operação anterior nos moldes previstos na Constituição Federal, art. 155, inciso II, § 2º, inciso I, onde é possível ver que o legislador constituinte elevou a não-cumulatividade à condição não só de norma constitucional, mas de verdadeiro princípio, sendo garantia inafastável do contribuinte e legítima limitação do poder do fisco de tributar.

Em razão de tal princípio todo o imposto incidente na operação anterior deve representar um crédito na etapa seguinte, diminuindo-se dessa forma o impacto econômico do tributo, tornando-o assim mais justo e proporcional.

A não-cumulatividade, portanto, é norma cogente, autoaplicável, possui plena eficácia e não pode sofrer restrições, além daquelas previstas expressamente no próprio texto constitucional. Desse modo, a própria Constituição Federal cuidou de prever no inciso II, do § 2º do art. 155 as únicas exceções/limitações ao princípio da não-cumulatividade, no qual se observa que só, e somente só, na hipótese de isenção ou não incidência é que não haverá o direito ao crédito do imposto. O princípio da não-cumulativa não comporta, conseguintemente, outras exceções.

Dito isto e voltando ao Auto de Infração, vemos que o Autuante ao descrever a infração supostamente cometida pela Recorrente alega que ela teria aproveitado crédito de ICMS em valor superior ao destacado na nota fiscal. Não obstante isto, é importante frisar que de acordo com a matriz de incidência delineada na Constituição Federal, o ICMS incide sobre a circulação de mercadoria e não sobre o documento fiscal que retrata a operação. Assim dispõe o RICMS/12 dispõe no § 7º do art. 309 que não será admitido para fins de crédito fiscal o valor do imposto destacado a maior na nota fiscal, demonstrando por assim dizer que o documento fiscal não é superior ao próprio fato tributário quando se trata de gerar direitos ou obrigações.

Dessa forma, cabe registrar que independentemente de o documento ter sido emitido por distribuidor que possui Termo de Acordo para reduzir a base de cálculo do ICMS nos termos do Decreto nº 7.799 ou não, a redução da base de cálculo não está dentre as exceções ou limitações ao princípio da não-cumulatividade nos termos previstos no art. 155, II, § 2º, inciso I da Constituição Federal, já que não figura na hipótese de isenção ou não incidência.

Tal entendimento se justifica no fato de que **o contribuinte beneficiado com a redução da base de cálculo ainda continua na esfera da incidência do ICMS** e segue sendo sujeito passivo da obrigação tributária principal de recolher o imposto, algo que **não ocorre num cenário de isenção ou não incidência do imposto**, quando a operação está completamente fora do alcance do ICMS, como prevê a regra constitucional.

Vale acrescentar, aliás, que a matéria já foi objeto de análise pelo Eg. Supremo Tribunal Federal

que assim se pronunciou:

ICMS – PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE – MERCADORIA USADA – BASE DE INCIDÊNCIA MENOR – PROIBIÇÃO DE CRÉDITO – INCONSTITUCIONALIDADE. Conflita com o princípio da não-cumulatividade norma vedadora da compensação do valor recolhido na operação anterior. O fato de ter-se a diminuição valorativa da base de incidência não autoriza, sob o ângulo constitucional, tal proibição. Os preceitos das alíneas “a” e “b” do inciso II do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal somente têm pertinência em caso de isenção ou não-incidência, no que voltadas à totalidade do tributo, institutos inconfundíveis com o benefício fiscal em questão”. (RE 161031, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/1997, DJ 06-06-1997).

Portanto, imperioso notar que o direito ao crédito do imposto não comporta restrições, nem mesmo pelo fato de a Recorrente ter adquirido mercadorias de contribuinte beneficiado com a redução de base de cálculo nos termos do Decreto nº 7.799.

Demonstrado está, portanto, que ao menos relativamente às notas fiscais emitidas por contribuintes beneficiados com redução de base de cálculo, inclusive aqueles que possuem termo de acordo conforme o Decreto nº 7.799, é legítimo o direito da Recorrente ao crédito do ICMS sobre as entradas.

Diante do exposto, a Recorrente requer a este Eg. Conselho receba o presente Recurso Voluntário com todas as suas razões para declarar a nulidade da intimação da informação fiscal e também da decisão recorrida ou para determinar a reforma do citado acórdão, declarando-se a nulidade do auto de infração ou julgando-o improcedente e que acaso não se cogite da nulidade ou improcedência do auto de infração requer seja determinada a intimação da advogada subscritora acerca da informação fiscal, requerendo-se ainda a reabertura do prazo para apresentação de manifestação.

Por fim, reitera o pedido de envio de todas as intimações dos atos processuais para a advogada subscritora para os endereços anotados acima.

VOTO

O presente Recurso Voluntário foi interposto em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0210-04/21-VD, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2020, sob o amparo do Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, que exige o valor histórico de R\$66.292,05, pelo cometimento de 06 infrações, no período de 2015 a 2017, e que após julgamento foi reduzido para R\$52.911,28.

Passo a analisar a inicial de Nulidade suscitada pela Recorrente, pela falta da intimação acerca da informação fiscal prestada nos autos e nulidade da decisão de piso que considerou efetivada a ciência da informação fiscal operada via DTe com base no inciso II, do art. 18 do RPAF, sob a alegação de que em sua defesa pediu expressamente para que sua advogada, a qual foi regularmente constituída nos autos inclusive com poderes “ad’ judicia et extra”, fosse intimada de todos os atos processuais, sob pena de nulidade, pedido este que não foi indeferido pela JJF.

Diz que tal fato acarretou cerceamento ao direito de defesa, e que a matéria da obrigatoriedade de intimar o advogado já foi inclusive objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 935004/PE onde ficou assentado que “*Estando a parte representada por advogado regularmente constituído em processo judicial ou administrativo, o nome dele deve constar das publicações dos atos praticados*”.

Recorre ao inciso II, do art. 18 do RPAF, ao dizer que “*São nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa*”, porém, se observa que não houve prejuízo a defesa do contribuinte, pois os atos também foram recebidos pelo contribuinte, conforme se observa as fls. 201 a 203 dos autos.

Além na nulidade, questiona também a falta de intimação prévia para sanar omissões dos arquivos eletrônicos violando o art. 247, § 4º do RICMS, da Instrução Normativa nº 55/14, do art. 130 do Código Tributário Estadual, do art. 2º e do art. 18 e art. 41 do RPAF, no tocante a Infração 06 que

versa sobre a falta de registro de notas fiscais de entrada na escrita fiscal, em relação à qual foi aplicada a multa de 1% capitulada no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Ocorre que a infração 6 versa sobre a cobrança de multa pelo não registro de entradas de mercadorias no estabelecimento sujeitos à tributação, portanto, não se trata de inconsistências, mas tão somente de falta de escrituração, em que cabe ao Contribuinte Autuado, trazer considerações de defesa, comprovando que desconhece tais operações, que não foram realizadas, o que não fora encontrado nos autos.

Traz aos autos o disposto no art. 247, § 4º do RICMS/BA, o qual, previa que o contribuinte teria 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, porém, este dispositivo fora revogado pelo Decreto nº 19.274, de 04/10/19, DOE de 05/10/19, efeitos a partir de 01/11/19.

Ainda em sede de preliminar, argui a nulidade do lançamento em razão da falta de apresentação de documentos que instruem e comprovam as infrações apontadas, ao dizer que nas infrações em que o autuante imputou à Recorrente o aproveitamento indevido de crédito de imposto e falta de registro de notas de entrada na escrita fiscal, muito embora o fundamento destas infrações seja as notas fiscais, estes documentos não estão nos autos.

Em análise dos demonstrativos anexados aos autos, não vislumbro razão à Recorrente pois, como já destacado pelo Autuante, em sede de informação Fiscal, e corroborados pela decisão de piso, os demonstrativos, que fundamentam as autuações, constam as informações sobre as notas fiscais, inclusive as chaves de acesso dos documentos fiscais, o que permite consultar seu teor no sitio www.nfe.fazenda.gov.br, vez que se tratam de documentos eletrônicos extraídos do SPED. Não seria, portanto, necessário, anexar os documentos fiscais, visto que estes são de conhecimento do contribuinte e serviu de base para a escrituração fiscal que ensejou a autuação, e que inclusive serviram de base para os argumentos da inicial, e tiveram os argumentos acatados parcialmente em sede de informação fiscal.

No que tange o pedido de reparo, pela aplicação do art. 140 do RPAF sob a alegação de que não houve contestação das infrações mencionadas. Reitera que a preliminar foi arguida também em face das infrações 03 e 04 e não houve menção sobre isto na decisão de piso. Porém, não há questionamento sobre elas no Recurso Voluntário.

No mérito, em relação à infração 04 alega o Autuante que a Recorrente teria utilizado crédito fiscal indevido em valor superior ao destacado na nota fiscal. Ocorre que compulsando o demonstrativo que instrui a infração verifica que constam listados diversos fornecedores beneficiados com redução de base de cálculo nos termos do Decreto nº 7.799/00 e cita as notas fiscais emitidas pelos fornecedores beneficiados com o referido decreto.

Embora reitere esta informação, ao dizer que o ICMS é imposto de incidência não cumulativa, garantindo-se ao adquirente da mercadoria o direito de se creditar do imposto incidente na operação anterior nos moldes previstos na Constituição Federal, art. 155, inciso II, § 2º, inciso I, onde é possível ver que o legislador constituinte elevou a não-cumulatividade à condição não só de norma constitucional, mas de verdadeiro princípio, sendo garantia inafastável do contribuinte e legítima limitação do poder do fisco de tributar, verifica-se não ser cabível tal argumento, pois o crédito do ICMS está limitado aquele destacado no documento fiscal. Assim dispõe o art. 309, Inciso I, combinado com o Art. 312, § 1º, *in verbis*:

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

I - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos: a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;

Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

§ 1º Quando a operação ou prestação subsequente ocorrer com redução da base de cálculo, o valor do estorno será proporcional à redução, sendo que, havendo fixação expressa da carga tributária, o estorno será em relação ao percentual destacado na nota fiscal que exceder ao da carga tributária definida na legislação para a operação subsequente com a mercadoria ou com o produto dela resultante;

Em sede de informação, consultamos por amostragem, o banco de dados da Secretaria da Fazenda, a exemplo da Nota Fiscal nº 97355 de emissão da AGRO INDÚSTRIAS DO VALE DO SÃO FRANCISCO S/A – AGROVALE, foi possível verificar que assiste razão à Autuação, pois o crédito ali constante é de R\$158,40 enquanto que o crédito utilizado pela recorrente foi de R\$237,60 (Fl. 59).

Portanto, não procede a alegação que independentemente de o documento ter sido emitido por distribuidor que possui termo de acordo para reduzir a base de cálculo do ICMS nos termos do Decreto nº 7.799 ou não, a redução da base de cálculo não está dentre as exceções ou limitações ao princípio da não-cumulatividade nos termos previstos no art. 155, II, § 2º, inciso I da Constituição Federal, já que não figura na hipótese de isenção ou não incidência.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 EM PARTE o Auto de Infração nº 206977.0020/20-6, lavrado contra COMERCIAL DE ALIMENTOS JAMILLE OLIVEIRA LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 52.286,91, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 52.115,67 e de 100% sobre R\$171,24, previstas no art. 42, incisos VII, “a”, II, “a” e IV, “j” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 624,38, prevista no inciso IX, da citada Lei e artigo, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS