

A. I. N° - 269130.0030/19-6
AUTUADO - LEIZER APARECIDA FERREIRA BORGES CARIAS EIRELI
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLI
ORIGEM - DAT SUL / INFRAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12.04.2023

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0046-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ISENTAS. É indevida a utilização de crédito fiscal na aquisição de mercadorias isentas. Infração não elidida, mas, de ofício, foram excluídas as operações com arroz integral e pipoca de micro-ondas, produtos que não possuem isenção prevista na legislação baiana. Infração parcialmente subsistente. b) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. c) DESTAQUE DO ICMS A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. É indevida a utilização de crédito fiscal na aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, bem como quando ocorre o destaque a maior que o devido nos documentos fiscais. Infrações subsistentes. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. VALOR DECLARADO NA EFD. Infração caracterizada. Nulidades não acolhidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/09/2019, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 53.743,62, em razão das seguintes imputações:

Infração 01 – 01.02.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de outubro a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.740,32, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “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 meses de outubro a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 12.286,76, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 01.02.41: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque a maior nos documentos fiscais, nos meses de outubro a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.329,81, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – 02.12.02: Deixou de recolher ou recolheu parcialmente o valor declarado em EFD – Escrituração Fiscal Digital referente ao ICMS normal, nos meses de outubro a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 37.386,73, acrescido da multa de 50%, prevista no Art. 42, I, da Lei nº 7.014/96.

Consta Termo de Início de Fiscalização e Termo de Ciência de Lavratura de Auto de Infração, enviados via DT-e, com as respectivas datas de ciência de 06/08/2019 e 29/03/2021, bem como mídia contendo os demonstrativos das infrações, também enviados via DT-e (fls. 05 a 07).

O Autuado apresentou Defesa (fls. 09 a 17), tempestivamente, na qual, preliminarmente, requereu, com fulcro no Art. 272, § 5º do CPC, que todas as intimações sejam dirigidas aos seus patronos, no endereço que indicou, por conta da celeridade processual.

Alegou que a ação fiscal não pode prosperar, na medida em que deixou de observar o devido processo legal, razão pela qual o Auto de Infração certamente deverá ser julgado nulo ou improcedente:

1. Seja porque o procedimento de fiscalização foi iniciado e encerrado sem a intimação do sujeito passivo (Art. 28, I, II e VII, do RPAF/99);
2. Seja porque o procedimento de fiscalização foi iniciado em setembro de 2019 e concluído em 30 de dezembro de 2020, portanto com prazo superior a 90 (noventa) dias (Art. 28, § 1º, do RPAF/99);
3. Seja porque não foram adotadas as medidas cabíveis no sentido de que fossem fielmente observados os prazos processuais para interposição de defesa (Art. 24 do RPAF/99).

Discorreu sobre diversos princípios jurídicos, especialmente os da reserva legal, in dubio pro contribuinte, imparcialidade, legalidade objetiva e atividade vinculada, e afirmou que não foi observado o devido processo legal pelos motivos acima elencados.

Colacionou diversas ementas de Acórdãos deste CONSEF em que o Auto de Infração ou a Infração foram julgados nulos ou improcedentes em virtude da inobservância do devido processo legal: Acórdãos JJF nº 0139-03/15, 0029-06/16, 0197-04/16, 0071-04/19, 0128-05/19, 0137-05/19, 0142-05/19 e 0147-05/19 e Acórdãos CJF nº 0042-12/15, 0179-12/15 e 0179-12/19.

Também transcreveu a ementa do Acórdão JJF nº 0026-04/20, em que o Auto de Infração foi julgado nulo por não ter sido lavrado Termo de Apreensão, Termo de Ocorrência Fiscal ou outro elemento comprobatório da ocorrência do fato à época da autuação, para justificar seu argumento quanto à nulidade pelo descumprimento do Art. 28, § 1º, do RPAF/99.

Requeru a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

A Autuante apresentou Informação Fiscal (fls. 36 a 43), na qual, após relacionar as infrações e as razões apresentadas na Defesa, transcreveu os Arts. 18 a 21 do RPAF/99, e defendeu que não há razão para a nulidade do Auto de Infração, pois:

- a) a servidora que o lavrou é competente;
- b) o Autuado teve, tem e exerceu amplo direito de defesa;
- c) ainda não foi proferida nenhuma decisão a respeito do processo;
- d) o sujeito passivo é legítimo; e,
- e) o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para se determinar, com segurança, infração, o infrator e montante do débito tributário, além de conter as memórias de cálculo relativas a cada infração.

Informou que o Autuado está equivocado ao dizer que não havia sido informado do início da ação fiscal, pois foi cientificado em 06/08/2019, conforme cópia que anexou, e sobre o tempo decorrido para a execução da ação fiscal, que durou menos de 90 (noventa) dias, já que se iniciou em 05/08/2019 e se encerrou com a lavratura do Auto de Infração em 26/09/2019.

Asseverou que, com base no § 1º do Art. 18 do RPAF/99, eventuais inobservâncias de prazos não resultam em prejuízo à capacidade de Defesa do Autuado, e que não foi trazido nenhum fato novo que comprovasse a improcedência das infrações ou a mudança dos valores autuados.

Requeru a manutenção integral do Auto de Infração.

Designado como Relator, após ter efetuado a avaliação dos elementos constantes nestes autos, declarei estar concluída a sua instrução e solicitei a sua inclusão em pauta de julgamento.

VOTO

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/99.

No que concerne à solicitação do Autuado de que as intimações sejam enviadas ao escritório do seu patrono, no endereço indicado na peça impugnatória, para fins de recebimento das ACÓRDÃO JJF Nº 0046-05/23-VD

intimações no presente feito, inexiste óbice ao seu atendimento, mas ressalto que as condições de validade das intimações são as previstas no Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração registra as acusações de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência de destaque a maior nos documentos fiscais e por aquisição de mercadorias isentas ou enquadradas no regime de substituição tributária nas operações interestaduais, e de falta de recolhimento do valor do imposto declarado na EFD.

O Autuado não se insurgiu quanto ao mérito das infrações, apenas suscitou nulidades da autuação, cujos argumentos se mostraram totalmente desarrazoados, já que não houve descumprimento de nenhum dos princípios jurídicos indicados nem das disposições dos artigos citados do RPAF/99.

Afinal o procedimento de fiscalização foi iniciado em 05/08/2019, sendo o Autuado devidamente intimado via DT-e, do qual teve ciência em 06/08/2019, e encerrado com a lavratura do Auto de Infração, que ocorreu em 26/09/2019, prazo inferior a 90 (noventa) dias, também com a intimação do Autuado, realizada via DT-e, do qual ocorreu a ciência tácita em 29/03/2021.

Destaco que o Autuado informou em sua Defesa que teve ciência da autuação em 16/01/2021, a qual foi apresentada em 18/03/2021, estritamente no prazo de 60 (sessenta) dias indicado no Auto de Infração, antes mesmo da data da postagem da intimação no DT-e, em 19/03/2021.

Como se verifica, não houve nenhum prejuízo à sua Defesa que pudesse resultar em nulidade do Auto de Infração, inclusive redução do prazo para interposição da Defesa, muito menos inobservância do disposto nos Arts. 24 e 28, I, II, e VII, e § 1º, do RPAF/99.

Saliento que o descumprimento de prazos pelos servidores, caso tivesse ocorrido, não implicariam em nulidade do Auto de Infração, mas apenas em responsabilização funcional a ser apurada mediante processo administrativo específico.

Os Acórdãos acostados na Defesa não se incluem nas situações descritas neste Auto de Infração.

Ante ao exposto, afasto as nulidades suscitadas.

No mérito, o Autuado não apresentou nenhuma contestação, mas a Infração 01 trata da utilização indevida de créditos fiscais relativos à entrada de mercadorias isentas, como açaí, arroz, feijão e fubá de milho, conforme previsto no Art. 265, I, “a”, e II, “c” e “d”, do RICMS/12, *in verbis*:

“Art. 265. São isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais:

a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80);

...

II - as saídas internas de:

...

c) arroz e feijão (Conv. ICMS 224/17);

d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho (Conv. ICMS 224/17);

...”

Entretanto, os produtos a que se referem o Art. 265, II, “c”, do RICMS/12, devem ser produtos essenciais ao consumo popular, que compõem a cesta básica, não se incluindo nessa descrição o arroz integral, conforme previsto na Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 224/17, transcrita abaixo:

“Cláusula primeira Ficam os Estados do Acre, Amapá, Bahia e Paraná autorizados, na forma e condições definidas em sua legislação, a conceder isenção do ICMS nas operações internas com **produtos essenciais ao**

consumo popular, que compõem a cesta básica.” (grifo nosso)

Também não há isenção para milho de pipoca, apenas para milho verde, conforme disposto na Cláusula primeira, I, “g”, do Convênio ICM nº 44/75.

Sendo assim, de ofício, fiz a exclusão dos produtos MILHO DE PIPOCA GAMEREIRA 500G, NF 278.631 (outubro) e ARROZ URBANO INTEGRAL SAQUINHOS 1KG, NF 111.261 (novembro), os quais não possuem isenção prevista na legislação baiana.

Após as exclusões, a Infração 01 fica reduzida para R\$ 1.693,81, sendo R\$ 1.591,94 para o mês de outubro e R\$ 101,87 para o mês de dezembro, sendo excluída a ocorrência do mês de novembro, todos do exercício de 2018.

Pelo exposto, concluo pela subsistência parcial da Infração 01.

Sigo precedente neste mesmo sentido, Acórdão CJF nº 0403-12/22, do qual fui o Relator.

Verifiquei que as demais infrações estão caracterizadas de acordo com os demonstrativos anexados aos autos, não cabendo nenhuma observação.

Assim sendo, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 53.697,11.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269130.0030/19-6**, lavrado contra **LEIZER APARECIDA FERREIRA BORGES CARIAS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 53.697,11**, acrescido das multas de 50% sobre o valor de R\$ 37.386,73, e de 60% sobre o valor de R\$ 16.310,38, previstas no Art. 42, I, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 3 de abril de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR