

A. I. N° - 232854.0127/04-3  
AUTUADO - ORICA BRASIL LTDA.  
AUTUANTE - MARCELO AUGUSTO CUNHA DE OLIVEIRA  
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 10. 02. 2005

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0016-04/05**

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e escriturado. Infração confessada pelo sujeito passivo. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO ORIGINAL DO DIREITO AO CRÉDITO. A legislação estadual só permite o crédito fiscal através do documento fiscal original. Infração elidida. b) MERCADORIA NÃO ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. c) LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE NA ESCRITA FISCAL DE DOCUMENTO FISCAL. Infração comprovada. d) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. Infração insubstancial em parte. 3. DOCUMENTO FISCAL. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADA. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO E A NÃO TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações parcialmente elididas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Lavrado em 1/7/2004, o Auto de Infração cobra ICMS no valor de R\$93.359,12 acrescido da multa de 60%, mas multa no valor de R\$7.651,88, em decorrência das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do imposto em virtude de desencontro entre o valor recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (novembro de 2000) – R\$2.924,40;
2. Utilização indevida de crédito fiscal através de cópia de nota fiscal (novembro de 1999) - R\$242,33;
3. Utilização indevida de crédito fiscal, por não ter a mercadoria entrado no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado (dezembro de 2001) - R\$11.327,31;
4. Utilização indevida de crédito fiscal, referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade (novembro de 1999) – R\$22,30;
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito (exercícios de 1999, 2000 e 2001) – R\$78.842,78;
6. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento não sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal (dezembro de 1999, abril a maio de 2000, julho de 2000 e janeiro de 2001) - R\$891,20;
7. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias tributáveis entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal (maio de 1999, março, agosto e dezembro de 2000) - R\$6.760,68.

O autuado impugnou em parte o lançamento fiscal (fls. 210/229), por advogado constituído, pois confessou o cometimento das infrações apontadas como 1 e 4.

Em seguida suscitou a decadência de parte do crédito fiscal com base no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN. Neste contexto, entendeu que os lançamentos dos débitos correspondentes a fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a junho de 1999 não mais poderiam ser cobrados.

Trouxe como argumento de nulidade à ação fiscal de que a fiscalização realizou um levantamento superficial e sem a devida cautela, uma vez que toda a autuação trata de matéria estritamente fática, sendo que a documentação necessária existia para desconstituir-lo. Neste sentido, discorreu a respeito da necessidade de investigação profunda e exaustiva por parte do fisco de todos os fatos, para validação do ato de lançamento. Trouxe decisões de tribunais a respeito do assunto. Acrescentou que a fiscalização não havia lhe dado tempo suficiente para apresentação de toda a documentação comprobatória da regularidade de seu comportamento fiscal.

No mérito e quanto à infração 2, anexou aos autos cópia original da nota fiscal, motivo da glosa do crédito.

Em relação à infração 3, apensou ao processo cópias das notas fiscais, do livro Registro de Entradas e de Apuração do ICMS, além dos Conhecimentos de Transporte no caso das operações que se tratavam de transferências de mercadorias. Disse que somente deixava de apresentar o comprovante de pagamento destas mercadorias porque eram todas transferências de sua filial, não sendo adquiridas por terceiros.

Do mesmo modo afirmou insubstancial a infração 5, pois possuía a quase totalidade das notas fiscais, que foram devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas e de apuração do ICMS, conforme cópias que apensou aos autos. Observou que o fisco, mesmo tendo acesso a esta documentação, os desconsiderou.

Atacando as infrações 6 e 7, inicialmente observou que em relação aos fatos geradores ocorridos em 30/4/2000 e 31/7/2000, os registros foram realizados nos livros fiscais para a infração 6 e nos meses de março, agosto e dezembro em relação à infração 7. No mais, mesmo que tenha havido a irregularidade apontada, entendeu que não causou qualquer prejuízo ao erário e sim somente a própria empresa, pois não se creditou do tributo quando das entradas das mercadorias no seu estabelecimento. Neste sentido discorreu sobre o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS.

Prosseguindo, afirmou que como não se podia falar em fraude ou dolo, nem falta de recolhimento do imposto, a irregularidade deveria ser relevada, com base no art. 915, § 6º do RICMS/97. Além do mais, a multa aplicada na infração 7 feria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois no caso estava a ser duplamente penalizado, uma vez que não se creditou do imposto a que tinha direito.

Por derradeiro, requereu a juntada posterior de provas, a nulidade ou a improcedência dos itens impugnados.

O autuante (fl. 704/706) ratificou em parte o procedimento fiscal, aduzindo as seguintes razões:

Em relação à infração 2, disse que o documento apresentado mais se assemelhava a uma cópia xerográfica, e não a uma via original de um documento fiscal. Além do mais, não possuía, na lateral, o picotado de quando é extraído do talonário e que tinha sido aposto um carimbo com o CNPJ e a inscrição estadual com os mesmos números existentes. Por fim, não existia carimbo fiscal que certificasse que a mercadoria havia circulado.

No que concerne a infração 3, informou que o contribuinte, no mês de dezembro de 2001, lançou no livro de apuração, na coluna "outros créditos", o valor de R\$11.327,31. Procurou averiguar a razão

deste lançamento intempestivo, não encontrando seu motivo. Realizou averiguação tanto nos documentos, como no dossiê do contribuinte. Pelas informações prestadas pela contadora, foi dito que se tratava de crédito extemporâneo de exercícios anteriores, e que, pela legislação fiscal (art. 101, § 1º, II, do RICMS) não pode ser considerado, ou seja, não houve comunicação escrita desta utilização e os documentos anexados como prova, na defesa, eram todos datados do início de 1996 e o crédito lançado no final de 2001. Ainda, o somatório dos créditos dos dezesseis documentos arrolados totalizou R\$11.118,32 e não o valor efetivamente lançado no Livro de Apuração e no Auto de Infração (# de R\$208,99), o que comprovava que os documentos arrolados eram resultado de uma combinação de valores para se chegar próximo ao valor lançado.

A respeito da infração 5, observou que a maioria dos documentos havia sido apresentado, os acatando e indicando o débito remanescente para o exercício 1999 de R\$208,88; 2000 no valor de R\$266,67 e exercício de 2001 no valor de R\$2.862,41

Quanto as infrações 6 e 7, concordou com o defendantem em relação aos cinco documentos fiscais (exercício de 2000), que se encontravam escriturados. Refez os demonstrativos, passando o débito da infração 6 para R\$100,00 e da infração 7 para R\$1.058,79 (maio 1999), já que excluiu na sua totalidade o débito referente ao exercício de 2000.

O contribuinte foi chamado para tomar conhecimento da informação prestada pelo preposto fiscal (fls. 733/736) mais não se manifestou.

## VOTO

Inicialmente, cumpri afastar as preliminares de nulidade argüida pelo impugnante por decadência do crédito fiscal dos lançamentos dos débitos correspondentes aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a junho de 1999 com base no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN, bem como a realização de levantamento superficial, sem a devida cautela, uma vez que toda a autuação trata de matéria estritamente fática, sendo que a documentação necessária existia para desconstituí-lo.

O art. 173, I do CTN, incorporado ao RICMS/97 através do seu art. 965, I determina que:

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

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

*II - .....*

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa seu prazo. Os créditos constituídos e contestados foram relativos ao exercício de 1999, e só seriam desconstituídos, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2005. Ressalto, neste momento, que o seu lançamento foi realizado em 1/7/2004, com ciência do autuado em 6/7/2004.

Quanto aos levantamentos fiscais terem sido realizados de maneira superficial, esclareço que o trabalho seguiu os roteiros de fiscalização emanados desta Secretaria da Fazenda e todos os levantamentos elaborados foram fornecidos ao contribuinte. O fato de tratar de matéria eminentemente fática, na ocasião da fiscalização, todos os documentos deveriam ter sido apresentados. No mais, o argumento de que foi dado pouco tempo a empresa para apresentação de documentos, observo que o Termo de Intimação foi lavrado em 18/5/2004 (fl. 10). O preposto da

empresa o assinou no mesmo dia. O Termo de Prorrogação data de 9/6/2004 (fl. 9) e o Auto de Infração somente foi lavrado em 1/7/2004. Ou seja, tempo foi, amplamente, concedido.

No mérito, a infração 1 trata do recolhimento a menos do imposto em virtude de desencontro entre o valor recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de novembro de 2000. O contribuinte confessou a irregularidade. Não existindo lide a ser discutida, mantendo a autuação no valor de R\$2.924,40.

A infração 2 acusa o sujeito passivo de ter utilizado indevidamente crédito fiscal através de cópia de nota fiscal, no mês de novembro de 1999. O impugnante anexou aos autos a via original da Nota Fiscal (fl. 255), não sendo aceita pelo autuante, quando de sua informação fiscal, por entender que o documento mais se assemelha a uma cópia xerográfica, e não a uma via original, pois não possui na lateral o picotado de quando é extraído do talonário. Além do mais, havia sido aposto um carimbo com o CNPJ e a inscrição estadual com os mesmos números existentes e não há carimbo fiscal que certifique que a mesma circulou. No caso, razão assiste ao impugnante. Analisando a nota fiscal emitida no ano de 1999, sendo documento idôneo. O fato de ter sido aposto carimbo com CNPJ já nela consignado e não se saber, com precisão, se ela possuía ou não picote, não pode a descaracterizar. O documento não é cópia xerox. A infração no caso é insubstancial.

A infração 3 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal por não ter a mercadoria entrada no estabelecimento. O contribuinte trouxe aos autos cópias de notas fiscais, do livro Registro de Entradas e de Apuração do ICMS, além dos Conhecimentos de Transporte para casos de operações que tratavam de transferências de mercadorias. Quando da sua informação fiscal, o autuante esclareceu que o impugnante, no mês de dezembro de 2001, lançou no livro de Registro de Apuração do ICMS, na coluna "outros créditos", o valor de R\$11.327,31, lhe sendo informado que se tratavam de créditos extemporâneos de exercícios anteriores, sem comunicação ao fisco de sua utilização (datados de 1996 e utilizados no final de 2001). Observou, ainda, que o somatório dos créditos dos dezesseis documentos arrolados no processo totalizava R\$11.118,32 e não o valor efetivamente lançado no Livro de Apuração e no Auto de Infração. Neste caso, razão assiste ao autuante. O art. 101, I e II, do RICMS/97 determina que a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios no período em que se verificar a entrada da mercadoria, ou no período em que se verificar este direito. E no seu § 1º determina as regras de sua escrituração fora destes períodos, ou seja: (I) feito o lançamento, o contribuinte fará comunicação escrita à repartição fiscal a que estiver vinculado, caso o lançamento ocorra no mesmo exercício financeiro e (II) se o lançamento ocorrer em exercício já encerrado, exigir-se-á, além da comunicação escrita e da observância do prazo de 5 anos: (a) se as mercadorias tenham sido objeto de saída tributada ou ainda permaneçam em estoque inventariado, registra-se o crédito diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos" (redação vigente à época dos fatos geradores) e (b) se esta utilização de crédito fiscal ocorrer concomitantemente com o registro da mercadoria na escrita fiscal, caso da mercadoria encontrar-se fisicamente em estoque. Indo adiante, no seu § 2º, ainda determina que, quando a escrituração do crédito fiscal for efetuada fora do período próprio, a causa determinante do lançamento extemporâneo será anotada na coluna "Observações" do Registro de Entradas ou, quando for o caso, na coluna "Observações" do Registro de Apuração do ICMS. Analisando as provas trazidas aos autos, apenas a determinação quanto a sua escrituração no quadro "Crédito do Imposto – Outros Créditos" foi realizado. Com isto não se pode saber se os documentos fiscais trazidos à lide são de fato àqueles utilizados. Aliado a isto, o valor apresentado dos documentos fiscais difere do valor do crédito apropriado. Nesta circunstância a autuação deste item é subsistente no valor de R\$11.327,31. No entanto, a multa aplicada é aquela determinada no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96, ou seja, 60% e não de 150%, conforme aplicado pelo preposto fiscal.

O item 4 que trata da utilização indevida de crédito fiscal referente a duplicidade de lançamento de CTRC foi confessado pelo impugnante. Mantendo o valor de R\$22,30.

Quanto ao item 5, de igual forma, trata de utilização indevida de crédito fiscal, porém pela falta da apresentação ao fisco dos documentos comprobatórios. O autuado, quando de sua defesa, juntou, aos autos, cópias de notas fiscais objetivando desconstituir o lançamento fiscal. O autuante as analisou e após, concordou com a sua argumentação para quase toda a totalidade do lançamento, vez que parte da documentação não foi apresentada. Elaborou demonstrativo do saldo remanescente. O contribuinte foi chamado para tomar conhecimento da modificação do débito e não se manifestou, o que me leva a entender que concordou com o preposto fiscal. Assim, mantenho a autuação referente a este item no valor de R\$3.337,96 e conforme abaixo indicado.

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 5

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA
<b>EXERCÍCIO 1999</b>				
10	31/05/1999	9/06/1999	30,05	60
10	30/06/1999	9/07/1999	2,53	60
10	31/07/1999	9/08/1999	19,52	60
10	30/09/1999	9/10/1999	10,80	60
10	30/11/1999	9/12/1999	145,98	60
<b>TOTAL 1999</b>			<b>208,88</b>	
<b>EXERCÍCIO 2000</b>				
10	31/03/2000	9/04/2000	242,33	60
10	31/07/2000	9/08/2000	24,34	60
<b>TOTAL 2000</b>			<b>266,67</b>	
<b>EXERCÍCIO 2001</b>				
10	31/01/2001	9/02/2001	133,14	60
10	28/02/2001	9/03/2001	12,33	60
10	31/03/2001	9/04/2001	460,84	60
10	31/12/2001	9/01/2002	2.256,10	60
<b>TOTAL 2001</b>			<b>2.862,41</b>	

As infrações 6 e 7 do Auto de Infração cobra multa de 1% e de 10%, respectivamente, sobre o valor das mercadorias entradas sem a respectiva escrituração. Ao analisar as razões de defesa o autuante concordou com a mesma, pois ficou provado que cinco documentos fiscais, referentes ao exercício de 2000, se encontravam lançados na escrita fiscal da empresa. O impugnante não se manifestou quando ao refazimento do demonstrativo de débito. Na situação, mantenho parcialmente as acusações conforme apresentado pelo preposto fiscal quando de sua manifestação e conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 6

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA
60	31/03/2000	09/04/2000	-	50,00
60	31/05/2000	09/06/2000	-	50,00
<b>TOTAL</b>				<b>100,00</b>

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 7

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA
60	31/05/1999	09/06/1999	-	1.058,79
<b>TOTAL</b>				<b>1.058,79</b>

Por fim, quanto ao requerimento da defesa de que estes itens fossem cancelados diante do art. 915, § 6º do RICMS/97, é situação que não posso atender, diante das determinações da norma legal. E, em relação a sua afirmativa de que a multa aplicada na infração 7 feria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade constitucional já que estava a ser duplamente penalizado, uma vez que não se creditou do imposto a que tinha direito, ressalto que ele poderá utilizá-lo, obedecendo as determinações emanadas da legislação.

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232854.0127/04-3, lavrado contra **ORICA BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.611,97**, sendo R\$3.422,25 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$14.189,72, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso VII, “a” do artigo e lei citados, com os acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$ 1.158,79**, atualizado monetariamente, previstas no art. 42, IX e XI do mesmo diploma legal.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2005

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR