

A. I. Nº - 206837.0015/15-0
AUTUADO - DEVIDES E VIANA LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO SANTOS LEAL
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/07/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0125-03/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTOS INIDÔNEOS. Irregularidade apurada por meio do levantamento de notas fiscais referentes às transferências sem comprovação. Infração subsistente. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Imposto apurado mediante conta corrente do ICMS inexistindo comprovação do pagamento do imposto exigido. Mantida a exigência fiscal. 3. LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES. MULTA. Não ficou comprovado nos autos o cometimento da irregularidade apurada. Infração insubsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 04/12/2015, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$17.171,30, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.11: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, nos meses de março a junho, agosto a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$16.226,69. Multa de 100%.

Infração 02 – 02.01.01: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de março 2010. Valor do débito: R\$804,61. Multa de 60%.

Infração 03 – 16.04.06: Escrituração de livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares. Multa de R\$140,00.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 51 a 54 do PAF. Inicialmente, requer que doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do autuado, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa.

Suscita a decadência do direito de constituição dos créditos fiscais correspondentes ao exercício de 2010, parcelas até 15/12/2015, data da intimação do Contribuinte, alegando ter decorridos mais de 5 anos dos fatos geradores.

Ressalta que, firmado em nossos Tribunais Superiores, como também no Egrégio Tribunal da Bahia, o prazo para a constituição do crédito tributário, em se tratando de ICMS, de 5 anos, contados do fato gerador até a regular intimação do sujeito passivo sobre o lançamento de ofício, consoante decisão que acostou aos autos. Afirma que, se assim não o fosse o Fisco estaria eternizando o prazo decadencial, como destacado na aludida decisão. Entende que todas as parcelas relativas a fatos geradores até 15/12/2010, estão eliminados, pois alcançados pela decadência.

Ainda que não declarada a decadência, alega que são nulos os itens 01 e 03, por insegurança na determinação das infrações e consequente cerceamento do direito de defesa. Diz que no item 01

não foi apontada qual seria a causa da “inidoneidade” ou “falsidade” dos documentos fiscais, o que prejudica a defesa e impede a caracterização de infração (inespecífica).

Ressalta que de acordo com o demonstrativo que instrui o Auto de Infração, as notas foram emitidas pela matriz e filial do autuado, para transferências de mercadorias, de forma regular. Não se sabendo a motivação da declaração, materializada através da autuação quanto à “inidoneidade” ou “falsidade”, e nem mesmo se ocorreu uma ou outra situação. Conclui que o lançamento é nulo de pleno direito.

Sobre a infração 03, alega que é igualmente nula, porque o lançamento não esclarece sequer qual teria sido o livro escriturado irregularmente e qual seria a falha, na escrituração, que caracterizaria o desacordo com a norma.

Quanto à infração 02, cujo valor se refere a março de 2010, alega que se encontra fulminado pela decadência.

Por fim, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 83 a 87 dos autos. Esclarece que de acordo com a programação a fiscalização foi realizada mediante Ordem de Serviço determinando a verificação das operações fiscais relativas aos exercícios dos anos de 2010, 2011 e 2012.

Informa que procedeu à intimação com a solicitação dos livros e documentos fiscais de praxe, assim como, informações complementares, tendo ocorrido sucessivas prorrogações de prazos, sempre no intuito de obter os esclarecimentos para dirimir os indícios de irregularidades e inconsistências nas informações prestadas pelo Contribuinte. Em razão das postergações para apresentação dos livros fiscais, foi efetuada alteração da Ordem de Serviço, para analisar apenas o ano de 2010.

Também informa que ao final do processo de análise e verificação, com prévio encaminhamento das planilhas contendo os procedimentos e valores calculados para as infrações detectadas, foi lavrado o presente auto de infração, e o defendente teve a possibilidade de apresentar alegações prévias de defesa, as quais foram esclarecidas e refutadas, nos contatos via email ou via telefone com os prepostos da empresa.

Diz que foram identificadas as seguintes irregularidades objeto de autuação: (i) Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS; (ii) Omissão de recolhimento de ICMS; (iii) Escrituração com Inconsistência do Livro de Inventário. Todas as infrações elencadas baseiam-se nas informações constantes nos livros fiscais apresentados, nas notas fiscais, nos arquivos magnéticos (AM-SINTEGRA), assim como nas fontes de informações da SEFAZ.

Faz uma síntese das alegações defensivas e reafirma que foram desenvolvidos os roteiros recomendados, sendo utilizados os AM-SINTEGRA presentes no sistema da SEFAZ/BA, e efetuada intimação para correção desses arquivos, em razão da identificação inicial de ausência de registros obrigatórios. Ao mesmo tempo foi o contribuinte intimado a apresentar os livros fiscais de praxe, mesmo tendo a intimação inicial formalmente recebida em 17/08/2015, cujos livros fiscais só foram parcialmente apresentados em 04/09/2015, sem a entrega do livro de Inventário, que somente foi apresentado no dia 06/11/2015, sempre com a solicitação de prorrogação de prazos alegando “problemas no sistema”.

Esclarece que todos os livros fiscais apresentados foram fruto de reimpressão, de modo recente, com resíduos e cheiro de cola, e que, durante todo o período, o contribuinte quando intimado a prestar esclarecimentos, adotou o procedimento de ignorar os *e-mails*, sendo os mesmos enviados para o gestor da empresa e para os prepostos da empresa de contabilidade que o representa.

Ressalta que o fato de ter ampliado o prazo para a apresentação do livro Registro de Inventário, permitiu que os mencionados livros pudessem ser objeto de adequações, sendo necessário o cotejamento das informações com a matriz e a outra filial do grupo.

Quanto à Infração 1 diz que se trata de crédito indevido por transferência fictícia entre Unidades do Grupo através Documento Inidôneo. Afirma que foi configurado o cometimento de fraude ou simulação de crédito, na medida em que o contribuinte, no exercício de 2010, escriturou Notas Fiscais de Entradas a título de Transferências recebidas da Matriz, sem que as mencionadas Notas Fiscais tivessem sido escrituradas como Saídas por parte da Matriz.

Sabedor que o contribuinte utilizou de diferentes subterfúgios para postergar a apresentação dos livros fiscais, documentos fiscais e informações complementares, o autuante diz que buscou utilizar os AM-SINTEGRA da Matriz, relativos ao mesmo exercício de 2010, que como mencionado fora auditado, tendo como resultando o PAF nº 1407790003137, objeto de apreciação pelo CONSEF, com a manutenção das infrações detectadas.

Foi considerando que o referido exercício de 2010 tendo sido homologado através de procedimentos de auditoria, pautada nas informações fiscais contidas nos AM-SINTEGRA, tendo os mesmos sido objeto de correção durante o período da auditoria pelo contribuinte, e os mesmos retratam fielmente a escrita fiscal da Matriz no ano de 2010.

Informa que a planilha constante nas páginas 39 a 41, disponibilizada ao contribuinte em meio magnético, conforme recibo de arquivo eletrônico (pág. 42) relaciona todas as notas fiscais, com todos os dados de identificação, inclusive dos itens de mercadorias constantes nas mesmas e não escrituradas no livro de Saídas da Matriz.

Entende que ficou evidenciada a prática de gerar créditos, aproveitando do fato de que o contribuinte controla a movimentação e emissão de notas fiscais das filiais e da Matriz podendo desse modo, gerar a movimentação fictícia de itens de mercadorias. Configura-se o ato de fraude ou simulação, cuja tipificação da infração e da penalidade está presente no corpo do auto de infração.

Enfatiza que o procedimento adotado de glosar as transferências originárias da Matriz e que não foram identificadas como emitidas pela Matriz, segundo os dados constantes nos AM-SINTEGRA, esse procedimento é respaldado pela legislação, e os arquivos magnéticos são elementos de prova cabal da infração.

Diz que o defendente não se pronuncia ou posiciona sobre a infração fazendo a opção de argumentar a ocorrência da decadência apensando o Agravo nº 48.146-BA do Supremo Tribunal de Justiça (pág. 63 a 67 do PAF), acompanhado de cópia da Apelação Civil nº 15909-0/2006 que antecedeu ou ensejou o Agravo mencionado. Ressalta que o prazo decadencial frui conforme previsto no art. 173, Inciso I do Código Tributário Nacional, nos casos de cometimento de fraude, dolo ou simulação no lançamento fiscal produzido. No mencionado agravo, especificamente na pág. 65 do PAF no segundo tópico de número, o Ministro Luiz Fux se pronuncia nesse sentido.

Salienta que, configurado o ato de fraude ou simulação, não há como acolher o argumento de defesa considerando o prazo de decadência. Pede a manutenção da cobrança de imposto nesta infração.

Quanto a Infração 02 diz que o autuado utiliza como elemento de defesa a fruição do prazo decadencial, e assim arguir a não procedência do valor considerado apurado e recolhido a menos, totalizando R\$804,61 relativo ao mês de março/2010.

Informa que no mencionado mês de março/2010, o autuado cometeu atos de fraude ou simulação de créditos de ICMS via transferência da Matriz, o que impossibilita de considerar o mês em questão como já alcançado pela decadência. Diz que o autuado cometeu um conjunto de atos fraudulentos no ano de 2010, aí incluindo o mês de março, o que invalida o argumento de que já

ocorreu a decadência. Defende a permanência da infração 02, pelos elementos de demonstração e provas produzidos na infração 01.

Em relação à infração 03 repete a alegação defensiva de que há imprecisão da configuração envolvendo a escrituração do livro Registro de Inventário relativo ao ano de 2010, o qual expressa a posição de estoques em 31/12/2010. Diz que o mencionado livro de Inventário, mesmo tendo sido objeto da intimação datada de 14/08/2015 só foi disponibilizado pelo autuado em 06/11/2015 conforme já mencionado, e ainda assim, só após sucessivas intimações e solicitações.

Repete que o livro de Inventário apresentado, mesmo sendo do ano de 2010, foi fruto de impressão recente, com resíduos e cheiro de cola. Persistiram as inconsistências em relação ao Inventário, quando do seu cotejamento com os livros Contábeis, tendo sido objeto de questionamento. Também, foi detectada a utilização de Códigos de padrão distinto, sem qualquer procedimento formal para a mudança e com ausência do que preceitua o art. 330 do RICMS-BA. Pede a procedência desta infração.

Confirma todas as informações constantes no Auto de Infração, em face dos elementos e provas acostadas ao presente processo. Frisa que o autuado, em sua peça de defesa, não apensou documentos que fossem objeto de complementação dos elementos de caracterização e provas produzidas ao longo dos procedimentos de auditoria. Afirma que não há o que ser alterado das Infrações e valores apontados.

VOTO

O defendente suscitou a decadência do direito de constituição dos créditos fiscais correspondentes ao exercício de 2010, parcelas até 15/12/2015, data da intimação do Contribuinte, alegando ter decorrido mais de 5 anos dos fatos geradores.

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em 04/12/2015 para exigir imposto referente fatos ocorridos no exercício de 2010, o defendente fundamentou a sua alegação em decisões do Poder Judiciário.

O entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, chegando-se às conclusões a seguir:

1. Débito tributário declarado e pago: Há homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150, do CTN.
2. Débito declarado com efetivação do pagamento, porém com posterior verificação de dolo, fraude ou simulação: A autoridade, mediante a coleta de provas idôneas apura a ocorrência de ilícito fiscal. Neste caso, o início do prazo de decadência, para o lançamento da diferença, é deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, aplicando-se a regra do art. 173, I.
3. Débito não declarado e não pago: Aplicação também direta das disposições do art. 173, I, do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.

Considerando que no presente PAF houve levantamento fiscal apurando-se imposto não declarado e não pago ou diferença entre o declarado, o devido e o recolhido, implica dizer que não há pagamento a ser homologado, e neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

No presente processo, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2010 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2015. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 04/12/2015, tendo como data de ciência 15/12/2015, nestas datas, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Ainda que não fosse declarada a decadência, o defendente alegou que são nulas as infrações 01 e 03, por insegurança na determinação das infrações e consequente cerceamento do direito de defesa. Disse que no item 01 não foi apontada qual seria a causa da “inidoneidade” ou “falsidade” dos documentos fiscais, o que prejudica a defesa e impede a caracterização de infração.

Observo que embora a descrição da infração 01 não esclareça o que motivou a desconsideração do crédito fiscal utilizado pelo autuado, na RELAÇÃO DE VALORES APURADOS DE DÉBITOS – AUDITORIA (fl. 37), consta que o contribuinte recebeu cópia dessa relação; indica que houve “utilização de crédito de ICMS fruto de transferência sem comprovação”, e no demonstrativo de fls. 39 a 41, consta que o defendente também recebeu cópia, encontrando-se relação das notas fiscais objeto dos créditos glosados. Neste caso, entendo que não ficou configurado cerceamento ao direito de defesa e insegurança da infração, conforme alegado nas razões defensivas, ficando rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado.

Sobre as alegações defensivas de nulidade quanto à infração 03, serão enfrentadas quando for analisado o mérito da autuação neste item.

No mérito, a infração 01 trata de Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, nos meses de março a junho, agosto a dezembro de 2010.

Como já mencionado anteriormente, consta à fl. 37 dos autos, RELAÇÃO DE VALORES APURADOS DE DÉBITOS – AUDITORIA, com a informação de que houve “utilização de crédito de ICMS fruto de transferência sem comprovação”, e no demonstrativo de fls. 39 a 41, encontra-se a relação das notas fiscais objeto dos créditos glosados.

As transferências de mercadorias são as saídas de mercadorias existentes no estoque do estabelecimento remetente para o estoque de outro estabelecimento pertencente ao mesmo titular. Neste caso, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída das mercadorias do estabelecimento remetente, caracterizando a necessidade de lançamento do respectivo débito do imposto e, em decorrência da não cumulatividade, deve ser lançado o crédito no estabelecimento destinatário.

Por outro lado, os créditos fiscais poderão ser transferidos para outro estabelecimento da mesma empresa, situado neste Estado, mediante emissão de Nota Fiscal para esse fim. O valor do crédito fiscal a ser transferido será lançado no campo “Outros Débitos” do Registro de Apuração do ICMS do remetente, e o destinatário lançará o imposto no campo “Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS.

Vale salientar, que o defendente recebeu cópia da RELAÇÃO DE VALORES APURADOS DE DÉBITOS – AUDITORIA (fl. 37) e do demonstrativo referente à “GLOSA DE CRÉDITOS DE ICMS DECORRENTE DE DOCUMENTO INIDÔNEO”, fls. 39 a 41, mas não apresentou qualquer elemento para contrapor o levantamento fiscal, haja vista que a legitimidade dos créditos considerados indevidos deveria ser comprovada com a apresentação dos lançamentos dos respectivos valores a débito no estabelecimento remetente.

O autuante informou que foi apurado cometimento de fraude ou simulação de crédito, na medida em que o contribuinte, no exercício de 2010, escriturou Notas Fiscais de Entradas a título de Transferências recebidas da Matriz, sem que as mencionadas Notas Fiscais tivessem sido escrituradas como Saídas por parte da Matriz. Para essa conclusão, disse que buscou utilizar os AM-SINTEGRA da Matriz, relativos ao mesmo exercício de 2010.

Como foi apurado pelo autuante que o contribuinte, no exercício de 2010, escriturou Notas Fiscais de Entradas a título de Transferências recebidas da Matriz, sem que as mencionadas Notas Fiscais tivessem sido escrituradas como Saídas por parte da referida Matriz, entendo que a glosa foi efetuada corretamente, sendo subsistente a exigência fiscal neste item da autuação.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de março 2010. Valor do débito: R\$804,61.

O autuante informou que diz que o autuado utilizou como elemento de defesa a fruição do prazo decadencial, e assim, arguir a não procedência do valor apurado e recolhido a menos, totalizando R\$804,61 relativo ao mês de março/2010.

Efetivamente, o autuado alegou nas razões de defesa, que o valor exigido neste item do presente lançamento se encontra fulminado pela decadência. Como não se trata de imposto declarado e pago, não se pode falar em homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, não se aplicando o § 4º, do art. 150, do CTN.

Conforme “CONTA CORRENTE ICMS COM BASE NO LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS” à fl. 38 dos autos, indicando que o autuado recebeu cópia deste levantamento fiscal, foi apurado débito de ICMS relativo à diferença entre o imposto apurado e o valor pago. Como não houve comprovação do pagamento do imposto exigido no presente lançamento, concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal.

Infração 03: Escrituração de livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares. Multa de R\$140,00.

O defendente alegou que é nula a exigência fiscal, porque o lançamento não esclarece sequer qual teria sido o livro escriturado irregularmente e qual seria a falha, na escrituração, que caracterizaria o desacordo com a norma.

Na informação fiscal o autuante disse que a irregularidade envolve a escrituração do livro Registro de Inventário relativo ao ano de 2010, o qual expressa a posição de estoques em 31/12/2010. Diz que o mencionado livro de Inventário, mesmo tendo sido objeto da intimação datada de 14/08/2015 só foi disponibilizado pelo autuado em 06/11/2015 conforme já mencionado e ainda assim, só após sucessivas intimações e solicitações.

Informou que o livro de Inventário apresentado, mesmo sendo do ano de 2010, foi fruto de impressão recente, com resíduos e cheiro de cola. Persistiram as inconsistências em relação ao Inventário, quando do seu cotejamento com os livros Contábeis, tendo sido objeto de questionamento. Também, foi detectada a utilização de Códigos de padrão distinto, sem qualquer procedimento formal para a mudança e com ausência do que preceitua o art. 330 do RICMS-BA.

Efetivamente, a descrição da infração não esclarece qual a irregularidade apurada e o livro escriturado irregularmente, o que seria passível de nulidade da autuação, por incerteza quanto à infração apurada, com base no art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF/BA, abaixo reproduzido. Entretanto, com base no Parágrafo único do art. 155 do RPAF/99, analisarei o mérito da autuação.

Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III - as decisões não fundamentadas;

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

O livro Registro de Inventário tem o objetivo de arrolar as mercadorias, matérias primas e os produtos intermediários e demais materiais existentes no estabelecimento quando do levantamento, que deve ser realizado no final do exercício, para ser consignado no balanço da empresa.

A escrituração do mencionado livro deverá ser efetuada dentro de 60 dias, contados da data do balanço ou, se a empresa não mantiver escrita contábil, o inventário será levantado no último dia do ano civil.

O autuante informou que o referido livro só foi disponibilizado pelo autuado em 06/11/2015, após sucessivas intimações e solicitações, fruto de impressão recente, com resíduos e cheiro de cola e persistiram inconsistências em relação ao Inventário, quando do seu cotejamento com os livros Contábeis.

Quanto à falta ou atraso na escrituração de livro fiscal, existe multa específica (art. 42, inciso XV, “d”, da Lei 7.014/96). Como não foi objeto da acusação fiscal originalmente efetuada, não há como aplicar a referida multa por esta irregularidade neste Auto de Infração.

Sobre as inconsistências em relação ao inventário, quando do seu cotejamento com a contabilidade do autuado, essas inconsistências também não foram originalmente relatadas, inexistindo nos autos elementos que permitam essa confirmação.

Pelo que consta nos autos, verificou que não ficou devidamente comprovado o cometimento da irregularidade na forma apontada no Auto de Infração, concluindo pela insubsistência da multa exigida.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206837.0015/15-0**, lavrado contra **DEVIDES & VIANA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.031,30**, acrescido das multas de 60% sobre R\$804,61 e 100% sobre R\$16.226,69, previstas no art. 42, incisos II, “f” e IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA