

PROCESSO - A. I. Nº 298942.0601/16-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e LOJAS SIMONETTI LTDA
RECORRIDOS - LOJAS SIMONETTI LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0082-03/17
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/07/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0137-12/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **c)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Reconhecimento da Decadência. Fiscal autuante reconhece as notas fiscais consumidor eletrônicas (NFC-e) emitidas pelo recorrente. Anulada exigência referente ao exercício de 2015. Reconhecimento do instituto da decadência nas infrações 2 e 3 para os fatos geradores até 06/2011. Levantamento Quantitativo de Estoques. Omissões de Entrada. Limitou-se a recorrente a alegar a existência de subsídio probatório (Livro Registro de Inventário), mas não o produziu nos presentes autos. Mantida a Decisão quanto ao mérito. Modificada Decisão de piso. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário em relação à Decisão da 3ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0082-03/17, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, o qual fora lavrado em 30/06/2016 e refere-se à exigência de R\$586.889,44 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 100%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 07.01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de março, maio, junho, agosto, outubro a dezembro de 2012; setembro de 2014; agosto e outubro de 2015. Valor do débito: R\$913,09. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.02.05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2011; janeiro a dezembro de 2012; janeiro, março, agosto, a outubro de 2013; agosto de 2014. Valor do débito: R\$27.508,41. Multa de 60%.

Infração 03 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a maio, outubro a dezembro de 2011; janeiro, fevereiro, maio, julho, setembro a dezembro de 2012; março a dezembro de 2013; janeiro a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$74.034,58. Multa de 60%.

Infração 04 – 04.05.05: Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de

contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saída de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício de 2011. Valor do débito: R\$54.474,28. Multa de 100%.

Infração 05 – 04.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2011, 2012, 2013 e 2014). Valor do débito: R\$7.614,24. Multa de 100%.

Infração 06 – 04.05.09: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados (2011, 2012, 2013 e 2014). Valor do débito: R\$3.289,31. Multa de 60%.

Infração 07 – 04.05.02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2012, 2013, 2014 e 2015), levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Valor do débito: R\$418.055,53. Multa de 100%.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, fundamentado nos seguintes comentários:

VOTO

O autuado reproduziu nas razões de defesa, o art. 173, incisos I e II, e seu Parágrafo único, do Código Tributário Nacional – CTN, e afirmou que de acordo com a Lei Complementar 87/96, no seu artigo 23, a extinção do crédito ocorre no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da emissão do documento.

Ressaltou que em relação ao presente Auto de Infração, só tomou conhecimento da autuação em 04/07/2016, por isso, alega que “os fatos geradores ocorridos 5 (cinco) anos anteriores a esta data estão prescritos, de acordo com o Código Tributário Nacional”.

A prescrição e a decadência são situações distintas de extinção do direito à exigibilidade do crédito tributário. A decadência extingue o direito; a prescrição tem por objeto a ação. A decadência está prevista no artigo 173 do Código Tributário Nacional - CTN, representa a perda do direito da Fazenda Pública constituir, através do lançamento, o crédito tributário, em razão do decurso do prazo de 5 anos. A prescrição, prevista no art. 174 do CTN, extingue o direito que tem o credor de ajuizar ação de cobrança do crédito tributário, também pelo decurso do prazo de 5 anos, contado da data da sua constituição definitiva.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, “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, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”.

O § 4º estabelece que, “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (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”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

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 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 declarado com efetivação de pagamento parcial: O contribuinte apura o imposto e antecipa o pagamento parcial do montante devido (e declarado), ensejando a aplicação igualmente do § 4º, do art. 150, do CTN.*
4. *Débito declarado e não pago: Neste caso deve ser aplicada a previsão do art. 173, I, do CTN, considerando a interpretação de que, a Administração Tributária homologa é o pagamento e não o lançamento expedido pelo particular. Se não há pagamento, não há o que ser homologado.*
5. *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 levantamento fiscal se apura imposto não declarado e não pago, o que implica dizer que não há pagamento a ser homologado, neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

No caso em exame, foi apurado imposto por meio de levantamento fiscal a partir do exercício de 2011, concluindo-se o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2016. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2016, e o defendente tomou ciência do auto de infração no dia 04/07/2016, resta evidente que não se operou a decadência.

Portanto, com a lavratura do Auto de Infração foi consumado o lançamento do crédito tributário e, na data da ação fiscal não houve decurso do prazo legal, ficando rejeitada a preliminar suscitada nas razões de defesa.

No mérito, o autuado não apresentou qualquer alegação quanto às infrações 01, 03, 05 e 06. Dessa forma, considero procedentes os itens não impugnados, considerando que inexistente lide a ser decidida.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2011; janeiro a dezembro de 2012; janeiro, março, agosto, a outubro de 2013; agosto de 2014.

O defendente alegou que em parte do período, a legislação apontada não estava em vigor, no que tange os produtos constates no item 44 do anexo 88 do RICMS/97 – Decreto 6.284/97. Disse que o mencionado item 44, do anexo 88 do RICMS/97, foi introduzido pelo Decreto 12.534, publicado em 24/12/2010, tendo sua vigência a vigorar somente a partir de 01/03/2011. Sendo assim, afirmou que não poderia ser penalizado neste período, em relação aos produtos em questão.

Alegou, ainda, que sempre que realizava a venda destas mercadorias também a tributava, sendo assim todas as vendas destas mercadorias que foram realizadas neste período com a tributação normal, foram recolhidas de forma irregular, gerando nesta ótica, créditos para o autuado.

Quanto ao direito e escrituração do crédito fiscal, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, observando os limites ou condições para utilização desses créditos fiscais. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias. Neste caso, se o contribuinte lançou débito do imposto de forma indevida, cabe requerer a restituição do indébito.

O autuante disse que o autuado menciona que foi lançado crédito indevido de colchões e travesseiros no período anterior a 01/03/2011, antes da entrada dos produtos na substituição tributária. Informou que à fl. 17 do presente PAF está claro que não foram lançados os mencionados produtos nos meses 01 e 02/2011, por isso, não deve prosperar a alegação do defendente.

O item 44 do Anexo 88 do RICMS-BA/97 inclui na Substituição Tributária, colchões, suportes elásticos para cama, travesseiros, a partir de 01/03/2011. Como o levantamento fiscal foi efetuado a partir de janeiro de 2011, o autuante esclareceu e está comprovado por meio do demonstrativo à fl. 17, que não foram lançados os mencionados produtos nos meses janeiro e fevereiro de 2011. Ou seja, os citados produtos constaram no levantamento fiscal somente a partir do mês de março do referido ano de 2011.

Dessa forma, concluo pela subsistência deste item do presente lançamento, considerando que é vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saída de

mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício de 2011.

O autuado alegou que embora as informações tenham sido extraídas dos arquivos magnéticos enviados através do SINTEGRA transmitido no ano de 2011, as quantidades de estoque final 2011 e, conseqüentemente, inicial 2012, estão divergentes com as quantidades extraídas dos livros fiscais, e em virtude desta diferença é que possivelmente fez com que o autuante lavrasse o presente auto de infração.

Ressaltou que alguns produtos foram lançados com determinada quantidade de estoque final 2011 e inicial 2012, no SINTEGRA consta outra quantidade, mas o livro fiscal consta quantidade correta, ou seja, quantidade real. Apresentou o entendimento de que, se a quantidade de Estoque Final na planilha do autuante fosse a mesma quantidade encontrada no livro fiscal, não teria qualquer omissão a apurar.

Também alegou que não se pode simplesmente extrair dos arquivos magnéticos e considerar que aquelas quantidades informadas são as de fato emitidas pelo estabelecimento autuado. Afirmou que a verdade dos fatos e as informações constantes nos livros fiscais têm uma grande relevância para o deslinde desta autuação, e se forem considerados os números constantes nos livros fiscais certamente o presente auto será totalmente modificado.

O autuante informou que de acordo com as fls. 242 a 291 e fls. 65 a 294 do presente processo, todo o trabalho foi desenvolvido através da EFD transmitida pelo contribuinte, ou seja, não existia mais o livro físico. Entende que não se deve desconsiderar a escrituração fiscal digital substituindo por uma escrituração inexistente, porque não deveria mais estar em uso. Caso fosse possível acatar a alegação defensiva, qualquer divergência encontrada poderia o contribuinte acusar que houve erro e apresentar uma escrituração física como prova.

Na realização de levantamento quantitativo de estoques são conferidas as quantidades de entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento em determinado período ou exercício, tendo como referências o estoque inicial e o estoque final constantes do inventário. O mencionado levantamento pode ser realizado através de contagem física ou físico-documental, podendo ser aplicado a qualquer estabelecimento atacadista ou varejista, exigindo-se o imposto correspondente a cada exercício fiscalizado.

O inventário deve representar o estoque físico, de acordo com a contagem realizada no final do exercício, ou seja, o 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. Devem ser acatadas as correções de inconsistências em arquivo magnético, exceto em relação aos estoques inicial e final, tendo em vista que devem refletir a contagem física, e por isso, já deveriam estar apurados no final do exercício, inexistindo possibilidade de nova contagem física em momento posterior, devido à continuidade das atividades do estabelecimento, e não há como se realizar diligência fiscal para verificar se a apuração do mencionado estoque físico foi efetuada corretamente, à época.

Conforme estabelece o art. 897-A do RICMS-BA/97, e art. 247 do RICMS-BA/2012, a Escrituração Fiscal Digital – EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

Nos referidos artigos consta a informação de que a EFD substitui os seguintes livros: i) Registro de Entradas; ii) Registro de Saídas; iii) Registro de Inventário; iv) Registro de Apuração do ICMS; v) documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte deverá retransmiti-lo com todas as informações. No caso em exame, não ficou comprovado nos autos que o defendente tenha enviado qualquer alteração parcial ou total das informações enviadas por meio da EFD.

Vale salientar que é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal e a remessa dos arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais. No caso em exame, os elementos apresentados pelo autuado são insuficientes para comprovar as alegações defensivas. Mantida a exigência fiscal neste item da autuação.

Infração 07: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2012, 2013, 2014 e 2015), levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

O defendente alegou que a autuação não está a corroborar com a veracidade das quantidades de produtos ali expostas. Disse que ao analisar o levantamento fiscal, constatou que o Sistema Público de Escrituração Digital - SPED fiscal utilizado pelo autuante possui todos produtos e notas fiscais registradas, inclusive a NFC-e, e para sua surpresa, estas notas fiscais de saída não constam no relatório apresentado pelo autuante. Alegou que

entrou em contato com o autuante, e informou que as diferenças encontradas não estavam corretas, pois tais notas e produtos constavam no SPED, e que o Auto de infração deveria ser revisto.

Informou que foi verificado que as saídas de 2015, realizadas através NFC-e, não são aceitas pelo programa de fiscalização, sendo assim, não pode considerar os apontamentos levantados pelo autuante, eis que os dados não transmitem a realidade das operações realizadas, devendo ser o mesmo julgado improcedente.

Quanto ao ano de 2012, alegou inconsistências nos estoques iniciais que são os mesmos do final de 2011, como já informado, por motivo não sabido, está diferente do que consta no livro. Afirmou que a divergência apontada fez com que levasse o autuante a erro, porque o estoque inicial está diferente da realidade, e certamente ocorrerá uma omissão de saída ou de entrada.

O autuante informou que o autuado faz parte do Projeto Piloto para emissão de Nota Fiscal de Venda a Consumidor Eletrônica – NFC-e, não constando no levantamento quantitativo esses documentos e que o sistema utilizado na fiscalização não consegue extrair os dados dessas notas fiscais no SPED.

Esclareceu que antes de lavrar o presente Auto de Infração apresentou a concedeu ao contribuinte prazo de 15 dias para contestação, evitando recursos desnecessários na esfera administrativa ou judicial. Afirmou que não foi apresentado qualquer documento e que, findo o prazo da defesa, o autuado apresentou que fazia parte do Projeto Piloto da NFC-e, e que emitiu esses documentos em 2015 que não constavam na Análise Quantitativa de Estoques esses documentos.

Disse, também, que constatou que os sistemas da SEFAZ não fornecem ainda esses arquivos para auditoria e que o sistema de fiscalização também não está apto a receber esses arquivos, por se tratar de Projeto Piloto, que deveria ser utilizado concomitante com o ECF.

Informou que retirou a omissão de saídas de 31/12/2015, no valor de R\$336.541,98 e que deve ser acrescentado na infração 04, omissão de entrada no valor de R\$585,58, conforme Resumo Geral das Infrações à fl.584 do PAF.

Afirmou que não foi apresentada qualquer justificativa ou prova quanto ao erro referente a omissão de entradas; a infração já estava caracterizada no processo, sendo impossível excluir a infração do presente lançamento.

Vale salientar, que de acordo com as fls. 734/735, o defendente foi intimado quanto à informação fiscal prestada pelo autuante e dos novos demonstrativos elaborados, sendo concedido o prazo de dez dias para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, o autuado não apresentou qualquer contestação.

No caso em exame, foi indicado na infração 07 que foi apurado omissão de saídas de mercadorias tributáveis decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

Ou seja, em relação ao exercício de 2015, foi realizada a exigência do imposto levando-se em conta a omissão de saídas em razão de ter sido o maior valor monetário. Como o autuante apurou que o defendente comprovou a improcedência da omissão de saídas, subsiste a omissão de entradas, implicando presunção legal de omissão de receitas relativas a operações tributáveis, sendo devido o valor de valor de R\$585,58, conforme Resumo Geral à fl.584 do PAF.

Dessa forma, acatando a revisão efetuada pelo autuante, concluo pela subsistência parcial da infração 07, no valor total de R\$82.099,13 em decorrência da redução do débito relativo ao exercício de 2015 para R\$585,58.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	C O N C L U S Ã O	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	913,09
02	PROCEDENTE	27.508,41
03	PROCEDENTE	74.034,58
04	PROCEDENTE	54.474,28
05	PROCEDENTE	7.614,24
06	PROCEDENTE	3.289,31
07	PROCEDENTE EM PARTE	82.099,13
T O T A L	-	249.33,04

A 1ª JF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, recorre de ofício da decisão proferida através do Acórdão nº 0041-0117.

Inconformado com a decisão de piso, o recorrente interpõe Recurso Voluntário para que seja apreciada as seguintes razões:

Suscita preliminar de decadência, alegando que em relação à exigência do ICMS referente aos fatos geradores anteriores à data de 07/2011, deverá ser considerada inexistente pelo direito em todas as infrações do presente Auto.

Alega que só tomou conhecimento do auto em 04/07/2016, assim, os fatos geradores ocorridos 5 (cinco) anos anteriores a essa data estão prescritos, de acordo com o Código Tributário Nacional, transcrevendo o art. 173 do referido dispositivo.

Invoca o parágrafo único do art. 23 da Lei Complementar nº 87/96, por dispor do prazo de 5 (cinco) da extinção do crédito, contados da data da emissão do documento, conforme abaixo transcrito:

Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Parágrafo único. *O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos cinco anos contados da data de emissão do documento.*

Conclui afirmando que o prazo para o cômputo da prescrição quinquenal é da data da emissão do documento fiscal, sendo assim a prescrição em relação ao ICMS, que anterior à data de 04/07/2011, deverão ser consideradas prescritas pelo direito em todas as infrações do presente Auto.

Em relação à Infração 2, onde teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, aduz que em parte do período fiscalizado, a legislação apontada não estava em vigor, notadamente no que tange aos produtos constantes no item 44 do anexo 88 do RICMS/97 – Decreto nº 6.284/97, apontando que a vigência teve termo inicial em 01/03/2011.

Ainda com referência a infração 2, alega não ter trazido prejuízo ao erário, visto que, apesar do uso indevido do crédito na entrada de mercadoria submetida ao regime de Substituição Tributária, submeteu referidas mercadorias a tributação pela sua saída.

Como prova do acima alegado trouxe por amostragem relação dos cupons fiscais que comprovam que os produtos considerados Substituto Tributário, estavam tendo sua saída tributada normalmente:

1. Cupom COO: 027403; Data: 09/05/2011; Código/Produto: 164056/Colchobox Robstus Solt D-50; Valor de Venda R\$ 259,90 (tributado na saída em alíquota de 17%).
2. Cupom COO: 028479; Data 05/11/2011; Código/Produto: 233279/Colchao Sommer Passion 138x1; Valor de Venda R\$ 219,00 (tributado na saída em alíquota de 17%) e Código/Produto: 23328/Colchao Passion Uniface Pillo; Valor de Venda R\$ 480,00 (tributado na saída em alíquota de 17%).
3. Cupom COO: 028245; Data 16/09/2011; Código/Produto: 164113/Colchobox Elite Espuma 138x52; Valor de Venda R\$ 269,00 (tributado na saída em alíquota de 17%).

No tocante à infração 4, em que pese as informações terem sido extraídas dos arquivos magnéticos enviados, através do SINTEGRA, transmitido no ano de 2011, alega que há divergências no quantitativo dos estoques informados.

Anexa o livro Registro de Inventário com o devido Termo de Encerramento registrado na Junta Comercial do Estado da Bahia e aponta para divergências nas quantidades informadas no Demonstrativo AQE-2011 LISTA GERAL DE OMISSÕES.

Cita alguns itens a exemplo do produto: código 011535 – DVD 900hdmi, onde consta um estoque inicial 12, entrada 71, saída de 82 e estoque final de 5. Aduz que o autuante apurou omissão de 4, contudo, se considerado o estoque final no livro do inventário de 2011, poderá ser observado que a quantidade correta de estoque final que é de 1 conforme página 7 do livro fiscal e não de 4 como consta no relatório do autuante.

Entende não restar dúvidas que em nenhum momento houve qualquer omissão por parte da Recorrente. Alega que ficou veementemente provado que o Estoque Final do SINTEGRA traz quantidade final equivocada e que o Livro Inventário anexo é a prova material do referido equívoco.

A conselheira Alexandrina Bispo declarou impedimento devido ter participado da composição da decisão de piso.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário contra a Decisão da 3ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0082-03/17, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, lavrado para exigir o ICMS de R\$585.889,44.

Apreciando o Recurso de Ofício, verifico tratar-se especificamente da redução vinculada à infração 7.

Observo que durante o período fiscalizado a recorrente participou do Projeto Piloto da SEFAZ referente a NFC-e e, durante este período, emitiu inúmeras notas fiscais eletrônicas em substituição às emitidas mediante máquina ECF.

Em Informação Fiscal, o autuante reconhece restar prejudicado a análise quantitativa de estoques, no que se refere à omissão de saídas, por conta da não observância das notas fiscais eletrônicas emitidas pelo autuado, quando da lavratura do auto de infração.

A decisão de piso concorda com a exclusão da base de cálculo presumida do período de 12/2015 da infração 7.

Considerando que, e para fins de êxito no levantamento quantitativo de estoques de mercadorias, é imprescindível o cômputo de todas as notas fiscais de entrada e saídas, especialmente porque não foram levadas em consideração as notas fiscais consumidor eletrônicas (NFC-e) emitidas pela autuada no exercício de 2015, não havendo, portanto, como prosperar o lançamento de ofício realizado.

Comungo com a decisão de piso que excluiu da infração 7 o fato gerador do exercício de 2015.

Diante do acima exposto, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, sinalizo para a pertinência nas razões defensivas que suscitaram o reconhecimento do instituto da decadência na presente demanda fiscal.

Isto porque, observa-se que em 04 de julho de 2016, a Recorrente foi intimada acerca da lavratura do Auto de Infração nº 298942.0601/16-3, por meio do qual o autuante apurou crédito tributário referente ao ICMS, no valor histórico de R\$585.889,44.

Ocorre que, os valores supostamente devidos a título de ICMS são originários dos meses de janeiro a junho de 2011, restando, portanto, alcançado pela decadência o lançamento exigido, haja vista o transcurso de prazo superior a 05 (cinco) anos, com base na aplicação do disposto no parágrafo 4º, inciso I, do art. 150, do CTN. Vejamos:

“Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado 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”.

Registre-se ainda que, nas Infrações 2 e 3, a Recorrente utilizou indevidamente o crédito fiscal e na infração 3 foi imputada pelo recolhimento a menor razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias escrituradas.

Para corroborar com esse entendimento, a Procuradoria Fiscal promoveu a uniformização de sua

orientação jurídica, segundo os requisitos e sistemática do Decreto Estadual n.º 11.737, de 30/09/2009, exarando entendimento quanto ao prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, parágrafo 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, fazendo ressalva apenas para os fatos geradores ocorridos antes de 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante n.º 08 pelo STF.

Diante do acima exposto, e considerando que a Recorrente realizou o pagamento a menor do ICMS devido nos meses autuados, tendo transcorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do fato gerador da obrigação tributária, encontra-se extinto o direito do Estado da Bahia de constituir, por meio de Auto de Infração, valores apurados de janeiro a junho de 2011, operando-se, portanto, a decadência e extinção do crédito tributário.

Considerando que a Recorrente suscitou a preliminar de decadência de forma irrestrita para todas as infrações, afastou, portanto, o seu reconhecimento para as infrações 1, 4, 5, 6 e 7 haja vista que os fatos geradores são posteriores a junho de 2011.

Isto posto, voto pelo acolhimento da preliminar de Decadência suscitada pelo Recorrente, que fulmina parcialmente o lançamento exigido das infrações 2 e 3.

No mérito, a recorrente se limita a promover seu inconformismo quanto às infrações 2, 4 e 7.

Em relação ao alcance da norma que disciplina a infração 2, no período compreendido entre os meses de janeiro a junho de 2011, a infração está parcialmente abarcada pela decadência.

Verifico que para os fatos geradores não alcançados pela decadência, a partir de 07/2011, a recorrente alega que, apesar de ter se creditado do ICMS na entrada dos produtos, submeteu à tributação quando da sua saída.

Ocorre que além de apenas citar alguns cupons fiscais alegando que os produtos ali inseridos foram tributados sob a alíquota de 17%, não traz a recorrente qualquer relação de que os produtos ali inseridos são os mesmos produtos inseridos na infração 2 cujos créditos referentes às suas aquisições foram indevidamente utilizados.

Considerando, portanto, que a recorrente não trouxe aos autos, em sede recursal, prova material de que o imposto fora devidamente recolhido quando da saída das mercadorias objeto da referida infração, julgo procedente a cobrança do imposto na sua integralidade sob alíquota de 17%, não cabendo, portanto, a aplicação tão somente da multa pelo descumprimento da obrigação da antecipação da substituição tributária.

Assim sendo, resta caracterizada a procedência parcial da infração 2, notadamente porque a Recorrente não trouxe com suas razões recursais elementos suficientes que pudessem infirmar o julgamento de piso.

A recorrente se insurge quanto a infração 4 alegando erro nos demonstrativos do fiscal autuante quanto aos valores extraídos do arquivo digital- SINTEGRA. Aduz haver divergências quando comparado os saldos dos estoques constantes do LIVRO INVENTÁRIO aos valores extraídos do arquivo digital e constantes no demonstrativo AQE-2011 LISTA GERAL DE OMISSÕES.

Ex.:

“Código 011535 – DVD 900HDMI, onde consta um Estoque Inicial 12, Entrada 71, Saída de 82 e Estoque Final de 5, tendo o nobre Auditor apurado uma possível Omissão de Saídas de 4. Mas se pegarmos o ESTOQUE FINAL NO LIVRO DO INVENTÁRIO DE 2011, iremos observar que a quantidade correta de Estoque Final é de 1 conforme página 7 do livro fiscal e não de 4 como está no relatório do Recorrido.

Código 0111

60 – TV COLOR 2118USP onde consta um, Estoque Inicial 2, Entradas 60, Saídas de 61 e Estoque Final de 3, tendo o nobre auditor apurado uma possível Omissão de Saída de 2 produtos. Mas se pegarmos o ESTOQUE FINAL DO LIVRO DE INVENTÁRIO DE 2011, iremos observar que a quantidade correta de

Estoque Final é de 1 conforme página 18 do livro fiscal e não de 3 como está no relatório da Recorrido.

Código 015075 – VENTILADOR ALIVIO 30CM VE 30 220V, onde consta um Estoque Inicial 10, Entradas 70, Saídas de 65 e Estoque Final de 32, tendo o nobre auditor apurado uma possível omissão de Saída de 17. Mas se pegarmos o ESTOQUE FINAL DO INVENTÁRIO DE 2011, iremos observar que a QUANTIDADE CORRETA DE ESTOQUE FINAL É DE 15 CONFORME PÁGINA 19 DO LIVRO FISCAL E NÃO DE 32 COMO ESTÁ NO RELATÓRIO DA RECORRIDO.”

Verificando o cadastro da recorrente junto a Secretaria da Fazenda, observo que a recorrente está obrigada ao EFD FISCAL desde 01/01/2011, conforme art. 247 do RICMS/BA. Assim, incorre em engano ao mencionar SINTEGRA como sendo a obrigação acessória enviada. Desde 2011 o Livro Inventário entregue de forma magnética substituiu o Livro impresso.

Ocorre que, passados praticamente 5 anos após o envio do arquivo digital EFD do ano-calendário de 2011, não poderia a recorrente se valer de um livro inventário registrado em 2010 para justificar erro nos seus arquivos, não tendo estes sido submetidos a qualquer retificação ao longo desse período.

Assim, o eventual acolhimento das razões recursais do Autuado, subsidiado apenas com alegação de que os documentos acostados aos autos retratam o Livro Inventário supostamente registrado em Junta Comercial, sem qualquer prova de que as folhas ali presentes são em verdade as encadernadas e sob registro na Junta Comercial do Estado da Bahia, poderia implicar num perigoso precedente para as situações análogas e semelhantes. Admitir-se-ia a hipótese de o contribuinte, após todas as evidências de omissões em seus arquivos enviados, apenas alegar erro para esquivar-se das suas obrigações com o Fisco.

Na infração 7, se insurge trazendo as mesmas alegações em sede de impugnação. Reclama a infração como um todo, trazendo fundamentos já avaliados e acatados na decisão de piso.

Conforme já salientado no Recurso de Ofício, durante o período fiscalizado a recorrente participou do Projeto Piloto da SEFAZ referente a NFC-e e emitiu inúmeras notas fiscais eletrônicas em substituição às emitidas mediante máquina ECF.

Referidas notas fiscais eletrônicas não foram inicialmente consideradas haja vista que os sistemas da SEFAZ à época não estavam aptos a receber os arquivos eletrônicos extraídos do Programa Piloto. Em Informação Fiscal, o autuante reconhece restar prejudicado a análise quantitativa de estoques, no que se refere à omissão de saídas, por conta da não observância das notas fiscais eletrônicas emitidas pelo autuado, quando da lavratura do auto de infração.

A decisão de piso concorda com a exclusão da base de cálculo presumida do período de 12/2015 da infração 7.

Considerando que, e para fins de êxito no levantamento quantitativo de estoques de mercadorias, é imprescindível o cômputo de todas as notas fiscais de entrada e saídas, especialmente porque não foram levadas em consideração as notas fiscais consumidor eletrônicas (NFC-e) emitidas pela autuada no exercício de 2015, não há, portanto, como prosperar o lançamento de ofício realizado.

Comungo, portanto, com a decisão de piso que excluiu da infração 7 o fato gerador do exercício de 2015.

Ressalto, contudo, que a decisão de piso manteve a exigência de R\$585,58 em referência a infração 7, fundamentando sua decisão conforme voto abaixo transcrito:

“Como o autuante apurou que o defendente comprovou a improcedência da omissão de saídas, subsiste a omissão de entradas, implicando presunção legal de omissão de receitas relativas a operações tributáveis, sendo devido o valor de valor de R\$585,58, conforme Resumo Geral à fl.584 do PAF.”

Dirirjo, portanto, da exigência acima mantida, isto porque, o fulcro da autuação é falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurado mediante levantamento quantitativo de estoques. Uma vez comprovada a improcedência da autuação pela recorrente, não poderia a decisão de piso acatar a subsistência da infração tendo como fundamento omissões de entrada.

Considero, portanto, improcedente a infração 7, quanto ao exercício de 2015. Quanto aos demais exercícios de 2012, 2013 e 2014 a infração é procedente.

Diante do acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida na infração 2, julgando o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$241.857,36, após a exclusão do período que operou a decadência nas infrações 2 e 3, conforme demonstrativo a seguir:

Infrações	Vlr. Lançado	Julgamento Junta	Julgamento Câmara	Multa
01	913,09	913,09	913,09	60%
02	27.508,41	27.508,41	15.197,98	60%
03	74.034,58	74.034,58	73.389,51	60%
04	54.474,28	54.474,28	54.474,28	100%
05	7.614,24	7.614,24	7.614,24	100%
06	3.289,31	3.289,31	3.289,31	60%
07	418.055,53	82.099,04	81.513,55	100%
TOTAL	585.889,44	249.933,04	236.391,96	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298942.0601/16-3, lavrado contra a empresa **LOJAS SIMONETTI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$236.391,96**, acrescido das multas de 60% sobre R\$92.789,89 e 100% sobre R\$143.602,07, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

LEONARDO MOTA COSTA ROGRIGUES - REPR. DA PGE/PROFIS