

PROCESSO - A. I. Nº 232943.3004/16-7
RECORRENTE - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0238-04/17
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/10/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0222-11/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO AO DIREITO DO REFERIDO CRÉDITO. O autuado não apresentou documentos ou quaisquer elementos que comprovem a origem dos créditos fiscais utilizados através de registros efetuados no campo “Outros Créditos” no livro RAICMS. Afastadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Recurso Voluntário interpostos pela autuada, em razão do Acórdão da 4ª JF nº 0238-04/17, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 14/12/2016, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$151.920,55, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 01.02.42 *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de abril a julho de 2013, conforme demonstrativo às fls. 01 a 03. UTILIZOU CRÉDITO DO ICMS COMO SE FOSSE TRANSFERIDO DE OUTRO ESTABELECIMENTO DA EMPRESA SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO.*

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Procedência da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Inicialmente, o autuado alegou que não há clareza quanto aos fatos relatados pela autuante, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada.

Não há como prosperar essa preliminar de nulidade pois o ilícito fiscal imputado ao autuado foi descrito de forma clara e precisa: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito”, sendo indicado no demonstrativo de débito o período a que se refere a exigência fiscal. Foi elaborada a planilha analítica a (fl. do PAF), indicando que o contribuinte na apuração do seu conta corrente utilizou créditos fiscais transferidos de suas filiais sem a devida comprovação. Também foram acostadas ao processo fotocópias do livro registro de Apuração do ICMS (fls. 08 a 15), demonstrando o lançamento irregular dos referidos valores lançados sob a rubrica “transferência do saldo credor – entre estabelecimentos da mesma empresa localizados na mesma UF – art. 306, § único do RICMS”.

Dessa forma, afasto essa primeira preliminar de nulidade, pois, ao contrário do sustentado na defesa, a descrição da infração apurada é clara e precisa, permitindo que o sujeito passivo entenda do que está sendo acusado e exerça o seu direito de defesa sem qualquer cerceamento.

Foi arguida a nulidade do lançamento porque não teria sido observado o disposto no §1º do art. 39 do RPAF-BA/99, já que o Auto de Infração não foi lavrado no estabelecimento do infrator. Disse também que somente tomou conhecimento do Auto de Infração quando da sua assinatura, e tal fato é ensejador de nulidade da atuação, nos termos do § 1º do art. 18 do citado Regulamento.

Não há como prosperar este argumento pois, de acordo com o § 1º, do art. 39, do RPAF/99, “o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração”. Por isso, inexistente qualquer irregularidade em decorrência da lavratura do presente Auto de Infração na repartição fiscal.

O autuado afirmou que o mais grave, é o fato de que, nas infrações tipificadas no processo em apreço, não consta o indicativo em que a autuante se baseou para caracterizar as infrações apuradas, já que os “demonstrativos”, além de não fazerem referência a que infração corresponde, nelas também, não consta em que demonstrativo são referidas.

Disse que caberia a autuante explicar, no processo em apreço, em que se baseou para identificar que a infração corresponde ao determinado “demonstrativo” e que o determinado “demonstrativo” se refere a uma determinada infração, sendo este mais um caso de nulidade processual.

Também não acato a alegação defensiva, haja vista que em relação à metodologia aplicada na apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, o demonstrativo da autuante é compreensível, indica os dados relativos aos documentos fiscais objeto da autuação e os valores exigidos. Conforme se depreende da descrição dos fatos e do mencionado demonstrativo elaborado pelo autuante, a referida infração foi apurada com base nos lançamentos efetuados pelo sujeito passivo no seu livro Registro de Apuração do ICMS - RICMS.

Ademais, conforme disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário”.

No caso em exame, a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Quanto ao argumento de que somente tomou conhecimento do Auto de Infração quando da sua assinatura também não pode ser acatado pois apesar de não constar na intimação para apresentação de livros e documentos a ciência do autuado, fls.04 e 05, foi apresentado o livro Registro de Apuração do ICMS-RAICMS por ele escriturado e devidamente assinado, conforme se verifica à fl. 07, o que comprova que anteriormente houve a solicitação dessa documentação.

Ademais, de acordo com o documento de fl. 16, em resposta a mensagem enviada pelo autuante em que solicita o envio das notas fiscais emitidas pelo cedente dos créditos para validar os créditos referentes a transferências de saldos credores escriturados no livro RAICMS, o preposto da empresa assim se pronunciou: “Infelizmente as notas que você está solicitando foi extraviada. Não foi possível localizá-las.”.

Assim, diante dos fatos narrados fica comprovado que o autuado tinha pleno conhecimento de que se encontrava sob ação fiscal.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No que diz respeito ao pedido diligência esta fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

No mérito, conforme já relatado, no Auto de Infração em epígrafe o autuado foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

A irregularidade diz respeito aos lançamentos efetuados pelo sujeito passivo em seu livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 08 a 15), a título de “Outros Créditos sob a rubrica “transferência do saldo credor – entre estabelecimentos da mesma empresa localizados na mesma UF – art. 306, § único do RICMS”, sem a devida comprovação.

O defendente alegou que teria direito a utilização dos créditos objeto da exigência fiscal, nos termos do que dispõe a legislação pertinente e documentos que diz anexar, inclusive comprovando os saldos credores das empresas que efetuaram a transferência dos aludidos créditos.

De fato, de acordo com a legislação baiana existe a previsão de pagamento de débito fiscal através de crédito fiscal acumulado transferido de estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizado neste estado. É o que está previsto no art. 306 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigente à época dos fatos geradores:

Art. 306. A transferência do saldo credor ou devedor entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte será feita mediante a emissão de nota fiscal em nome do estabelecimento destinatário do crédito ou débito, na qual serão indicados o valor do saldo a ser transferido, a data e uma das expressões: “Transferência de Saldo Credor” ou “Transferência de Saldo Devedor”, conforme o caso.

Ocorre que tais créditos somente poderiam ser utilizados se acobertados com documento fiscal idôneo e comprovado o registro do débito lançado na escrita fiscal da empresa remetente, conforme estabelecido no inciso I, alínea “a” do parágrafo único do artigo 306 anteriormente citado, cujo teor transcrevo:

“Parágrafo único. A nota fiscal será lançada no Livro Registro de Apuração do ICMS de uso normal:

I - pelo remetente:

a) a débito, no item “Outros Débitos”, na hipótese de transferência de saldo credor, com a anotação da expressão “Transferência de Saldo Credor”;

b) a crédito, no item “Outros Créditos”, na hipótese de transferência de saldo devedor, com a anotação da expressão “Transferência de Saldo Devedor”;

Dessa forma, como o autuado se limita a negar o cometimento da infração, sem trazer aos autos documento comprobatório do quanto alegado, a acusação subsiste em sua totalidade.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, visando a reapreciação da Decisão de piso pelos fatos e fundamentos abaixo arrolados:

Após tecer um breve relato dos fatos, o recorrente alega a preliminar de nulidade do Auto de Infração, alegando que os Conselheiros da JJF ao proferirem a decisão ora combatida, ao tratar da preliminar suscitada os Conselheiros laboraram em grande equívoco ao não acolher as preliminares apontadas pela Recorrente em sua impugnação.

O recorrente, aponta para a necessidade da lavratura do Auto de Infração, ordinariamente, ser realizada no local onde está estabelecida esta, e, em não sendo possível, por razões fundamentadas e excepcionais, admite-se que também, sejam lavrados na repartição fazendária ou no local onde se apurar a infração.

Afirma que tal obediência a regra geral, deve-se a clara preocupação do legislador é a de não autorizar o agente da fiscalização a adiar a aplicação da penalidade, ao prescrever que se lavre o auto no local da inspeção, sob pena de o auditor fiscal ser responsabilizado.

Aduz que, a lavratura dos Autos de Infração deve, necessariamente, ocorrer no local da inspeção, não tendo sido observado esse requisito, o Auto de Infração é nulo.

Ainda na preliminar, traz que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Fiscal. Tal fato por si só eiva de nulidade os Autos de Infração lavrados, pois desobedece ao Art. 142 do CTN.

Salienta ainda, que a igualdade constitucional que provisiona a plena defesa, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as notificações aqui objeto, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, cerceando a plena defesa.

Desta forma, a Recorrente afirma que tais fatos expostos acima, impõe-se a revisão da decisão proferida no acórdão da JJF, para acolher a preliminar suscitada na impugnação, pelas razões de direito largamente expostas, encerrando o Auto de Infração, por ser flagrante sua nulidade.

No mérito, o contribuinte alega que tem direito ao crédito do imposto em relação às mercadorias adquiridas com o imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta corrente fiscal, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento.

Afirma que, os créditos utilizados pela Recorrente foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal correspondente, todos devidamente comprovado nos autos.

Traz que, ao proceder a importação de produtos, a empresa é obrigada a recolher a alíquota de ICMS sobre o valor da mercadoria, para depois creditar-se deste valor em seus livros fiscais.

Já em relação as multas, a Recorrente traz, que, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a notificada, o qual não consta nos Autos de Infração.

Afirma ainda, que o Auto de Infração esbarra na inexistência de liame legislado entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo essa ausência de liame restar declarada judicialmente.

Traz ainda a recorrente, que o procedimento fiscal ora impugnado trata de operações referentes à circulação de mercadorias, o procedimento natural esperado dos fiscais para detectar se houve a

omissão de saídas seria o levantamento analítico de estoques, que deveria ser feito partindo do estoque inicial registrado no livro de Registro de Inventário, acrescido das aquisições realizadas do período analisado e deduzidas as saídas promovidas no mesmo período.

Salienta que se a diferença dessa movimentação fosse positiva (saldo da movimentação maior do que o saldo escriturado no livro Registro de Inventário), poderiam concluir que ocorreu omissão de saídas, não cabendo questionamentos por parte da reclamante. Se a diferença fosse negativa (saldo da movimentação menor do que o saldo escriturado no livro Registro de Inventário), a conclusão seria que as mercadorias foram adquiridas sem documento fiscal ou que este (documento fiscal) não foi registrado nos livros fiscais. Nesses casos cabe a presunção de que as mercadorias foram adquiridas com recursos não declarados.

Afirma que não foi o que ocorreu no caso concreto, ora combatido. Além das fiscais não terem efetuado o levantamento analítico do estoque, procedimento indispensável para comprovar a infração imputada à empresa, os livros fiscais e contábeis desta comprovam que não houve qualquer infração, estando todas as suas operações registradas, representando seu estoque quantitativamente o saldo de tais operações.

Assevera ainda, que a forma de auditoria citada deveria ter sido trabalhada em atendimento aos critérios de avaliação de estoque adotados pela Contabilidade, pois é essa ciência que determina a sua forma de apuração. Os fiscais, ao optarem em não adotar tal forma e não seguirem a tais mandamentos legais, imputaram ao ato falha na formulação, pois desrespeitaram os fundamentos científico-jurídicos característicos a este procedimento de exame.

Alegando que não foi o que de fato ocorreu. Fruto de uma fiscalização eivada de arbitrariedades, os fiscais presumiram que houve venda de mercadoria sem nota fiscal, não fazendo qualquer prova a respeito. Nem sequer diligenciaram no sentido de proceder ao levantamento analítico do estoque.

Traz ainda, que os documentos juntados ao Auto de Infração carecem de qualquer força probante, posto que, além de se referirem a extratos bancários de terceiro alheio às atividades da reclamante, não comprovam a realização de circulação de mercadorias que pudessem ensejar o pagamento de ICMS.

Assevera que neste sentido, não há validade jurídica para o presente lançamento, uma vez que:

- a) decorre de violação a determinação constitucional, se fundamentando assim sobre prova ilícita;
- b) os documentos apresentados não dizem respeito à atividade da empresa, sendo a ela estranhos;
- c) não há envolvimento de fato gerador de ICMS.

Afirma ainda, que havendo, dúvida razoável, não estamos diante do caráter 'suficiente' exigido na legislação, pelo que não cabe, para fins de imputação de fato gerador, a presunção (insuficiente, diga-se) utilizada pelo Fisco.

Assevera ainda, que as operações mercantis não estão provadas. E não é possível, consubstanciando ilegalidade, tributar de ICMS mero numerário sem prova de circulação, ainda mais quando este numerário extrapola a pessoa do sujeito passivo.

Traz ainda que a eficácia da ação fiscal está apoiada no poder coercitivo que o sujeito ativo detém para exigir o cumprimento da obrigação por parte do sujeito passivo. Contudo, a falta de apresentação de prova ou a falha na elaboração do elemento probante, no procedimento investigatório, vulnera o ato por vício formal, conduzindo-o à insubsistência, devendo assim ser julgado.

Por fim, traz as vedações Constitucionais ao confisco, fazendo um relato sobre a matéria, trazendo que quando se fala em confisco, deve-se ter presente que apenas com a integração desse conceito a outros é possível delimitar quando se estará diante de tal situação, traz alguns

princípios para justificar sua tese de defesa.

Faz o pedido, de acolhimento das razões recursais expostas, para reformar o acórdão ora combatido, para acolher a preliminar suscitada e suas consequências, ou em sendo outro o entendimento, o que não confia a Recorrente, que seja o auto, no mérito, julgado improcedente, pelas razões expostas.

VOTO

O objeto do presente Recurso Voluntário é uma única infração, que foi julgada pela primeira instância Procedente, onde foi lavrado um Auto de Infração para exigir crédito tributário por utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no valor de R\$151.920,55, onde a Recorrente utilizou o crédito do ICMS como se fosse transferido de outro estabelecimento da empresa sem a devida comprovação, nos meses de abril a julho de 2013 que serão objeto da apreciação nas linhas seguintes.

Após tecer um breve relato dos fatos, o recorrente alega a preliminar de nulidade do Auto de Infração, alegando que os Conselheiros da 4ª JJF ao proferirem a decisão ora combatida, ao tratar da preliminar suscitada os Conselheiros laboraram em grande equívoco ao não acolher as preliminares apontadas pela Recorrente em sua impugnação.

Não há como prosperar essa preliminar de nulidade pois a 4ª JJF observou, e testifico do mesmo entendimento, pois o ilícito fiscal imputado ao autuado foi descrito de forma clara e precisa, sendo indicado no demonstrativo de débito o período a que se refere a exigência fiscal. Foi elaborada demonstrativo analítico (fls. 01 a 03), indicando que o contribuinte na apuração do seu conta corrente utilizou créditos fiscais transferidos de suas filiais sem a devida comprovação.

Também foram acostadas ao processo fotocópias do livro Registro de Apuração do ICMS demonstrando o lançamento irregular dos referidos valores lançados, após observação de tal lançamento o Autuante solicitou as notas fiscais que dava fulcro aqueles lançamentos e o recorrente informa que as notas fiscais foram extraviadas (fl. 16).

Dessa forma, afasto essa preliminar de nulidade, pois, ao contrário do sustentado na defesa, a descrição da infração apurada é clara e precisa, permitindo que o sujeito passivo entenda do que está sendo acusado e exerça o seu direito de defesa sem qualquer cerceamento.

Foi também, arguida a nulidade do lançamento por inobservância ao disposto no §1º do art. 39 do RPAF-BA/99, já que o Auto de Infração não foi lavrado no estabelecimento do infrator, e tal fato é ensejador de nulidade da autuação, nos termos do § 1º do art. 18 do citado Regulamento.

Como já analisado e, acertadamente julgado pela JJF, não há como prosperar este argumento, pois, de acordo com o § 1º, do art. 39, do RPAF/99, “*o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração*”. Por isso, inexistente qualquer irregularidade em decorrência da lavratura do presente Auto de Infração na repartição fiscal.

O autuado traz também a arguição, de que, nas infrações tipificadas no processo em análise, não consta o indicativo em que a autuante se baseou para caracterizar a infração apurada, já que os “demonstrativos”, além de não fazerem referência a que infração corresponde, nelas também, não consta em que demonstrativo são referidas.

No caso em exame, a descrição dos fatos (fl. 01) no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, não sendo constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Observe, que conforme a solicitação para apresentação das notas fiscais para comprovação do crédito (fl. 16), para validar os créditos referentes a transferências de saldos credores escriturados no livro de Apuração do ICMS, o preposto da empresa informa que tais notas foram extraviadas.

Diante da análise dos fatos, onde o do autuante solicita as notas fiscais para comprovação dos créditos e da resposta da recorrente fica comprovado que a recorrente tinha pleno conhecimento e entendimento da infração, pois acostou aos autos o livro de Apuração do ICMS e informou o extravio das notas suporte para tais créditos.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Já no mérito, no Auto de Infração em epígrafe o Recorrente foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

A irregularidade diz respeito aos lançamentos efetuados pelo sujeito passivo em seu livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 08 a 15), lançados em “Outros Créditos”, valor referente a transferência entre estabelecimentos da mesma empresa localizada na Bahia, prática em consonância com o a legislação, entretanto, não trouxe as notas para devida comprovação de tais créditos.

A Recorrente alegou que teria direito a utilização dos créditos, objeto da exigência fiscal, nos termos do que dispõe a legislação pertinente e documentos que diz anexar, inclusive comprovando os saldos credores das empresas que efetuaram a transferência dos aludidos créditos.

De fato, de acordo com a legislação Baiana, a transferência do saldo credor ou devedor entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte poderá ser feita mediante a emissão de nota fiscal em nome do estabelecimento destinatário do crédito ou débito, na qual serão indicados o valor do saldo a ser transferido, a data e uma das expressões: “Transferência de Saldo Credor” ou “Transferência de Saldo Devedor”, conforme o caso, ocorre que tais créditos somente poderão ser utilizados se acobertados com documento fiscal idôneo e comprovado, o autuante não está vedando o crédito, e sim, glosando por falta de tal documento que comprova crédito (Nota Fiscal).

Dessa forma, sem trazer aos autos documento comprobatório do quanto alegado, a acusação subsiste em sua totalidade.

Por fim, em face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, e subsistência total do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232943.3004/16-7**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.** devendo o recorrente ser intimado a recolher o imposto no valor de **R\$151.920,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS