

**A. I. N°** - 293575.0004/18-6  
**AUTUADO** - LE BRUT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.  
**AUTUANTE** - TELESSON NEVES TELES  
**ORIGEM** - INFAZ JEQUIÉ  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 13/08/2020

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0108-03/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. Os documentos fiscais não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido. Os cálculos foram refeitos para excluir operações de transferências internas entre estabelecimentos do mesmo titular, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Rejeitada as preliminares de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2018, refere-se à exigência de R\$103.971,74 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto referente a operações não escrituradas nos livros próprios, nos meses de janeiro e setembro de 2013. Infração 02.01.02.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 17 a 22 do PAF. Inicialmente, requer que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do autuado na ação administrativa, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa.

Preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento, alegando insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa, a teor do art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF. Diz que a autuação se reporta a suposta “ausência de pagamento, sobre operações que não teriam sido escrituradas”. Contudo, o demonstrativo de débito apresentado, denominado “Notas de saídas não escrituradas – Demonstrativo analítico”, indica NF-e de estabelecimentos diversos, com CNPJs diversos. Assim, se são notas de saídas, emitidas pelos CNPJs citados, a autuação deveria recair sobre os mesmos.

Também em preliminar, suscita a decadência do direito de constituição do crédito tributário, sobre todos os fatos ocorridos até 30/09/2013, posto que o autuado somente foi intimado da autuação, ainda que forma irregular, dia 05/10/2018, decorridos mais de 5 anos das ocorrências. Ressalta que a autuação se reporta a Notas Fiscais Eletrônicas que teriam sido autorizadas pela SEFAZ, não se podendo dizer que as operações correspondentes não foram declaradas.

Acrescenta que a manutenção dessa parte do lançamento iria colidir com a atual jurisprudência dominante no CONSEF, bem como com a posição da PGE/BA, manifestada através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, e a jurisprudência administrativa impõe o reconhecimento da decadência.

Pede que todas as parcelas cujos possíveis fatos tenham ocorrido até 30/09/2013, sejam de logo excluídas, sem embargo das demais argumentações que seguem. Destaca que, em verdade, as notas citadas no AI foram emitidas “em contingência” e foram lançadas no seu livro Registro de

Saídas (com a numeração correlata à “contingência), o que desfigura a “não declaração dos fatos geradores”, permitindo o reconhecimento da decadência.

No mérito, alega que o demonstrativo do débito é composto, em sua maioria, por documentos fiscais emitidos para acobertar operações de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa (CNPJ BASE 14.595.730), o que expõe se tratar o caso de apuração sobre operações sobre as quais não incide o ICMS, a teor da posição da PGE no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, com o entendimento de que “Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”.

Afirma, ainda, que as operações, embora declaradas ao Fisco quando das emissões das Notas Fiscais, não tenham sido lançadas na escrita fiscal, não há incidência do ICMS sobre as mesmas. A despeito disso, foram as mesmas devidamente lançadas no correspondente livro Registro de Saídas (cópias anexas). Não foram identificadas pelo Fisco em razão das divergências de numerações, decorrentes das “emissões em contingência”.

Informa que anexa aos autos planilha relacionando os “números originais” com os “números de contingência”, ficando ainda demonstrada as coincidências de datas, valores, produtos etc. E mesmo que não tivessem sido as mesmas lançadas, não haveria débito do ICMS, nem crédito pelos destinatários. Somente com a comprovação da apropriação dos créditos pelos destinatários, sem os correspondentes débitos, haveria que se falar em prejuízo ao Erário.

Também alega que as notas são relativas aos dias 20 e 30/09/2013, foram emitidas em situação de “contingência”, sendo registradas na escrita do autuado em consonância com a numeração do sistema da SEFAZ, conforme documentos anexos (notas e LRS). Informa que as operações foram registradas e levadas a débito, e a regularidade dos registros se pode auferir, também, pela data, valores, ICMS debitado etc. Como a conferência realizada pelo autuante não levou em consideração a “contingência”, não foram localizados os registros. Contudo, é improcedente o lançamento, em consonância com as provas anexas e demonstrativo, reflexo do livro Registro de Saídas.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos. Reitera o pedido de nulidade da autuação e pelo reconhecimento da decadência suscitada, ou, ainda, pela improcedência do lançamento.

O autuante presta informação fiscal à fl. 44 dos autos. Diz que o autuado requer nulidade do lançamento alegando “insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa”, e afirmou, equivocadamente, que em se tratando de notas fiscais emitidas por outros contribuintes, a autuação deveria recair sobre os mesmos.

Disse que o defendente, deliberada e convenientemente, induz este Conselho a um entendimento distorcido do lançamento realizado. Afirmou que se pode verificar que a descrição da infração é clara: “deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Trata-se, portanto, de notas fiscais de saída emitidas pelo próprio autuado e não escrituradas em seu registro de saída.

Informa que o demonstrativo do lançamento à fl. 7 do PAF, também é inequívoco ao intitular-se “Notas de saída não escrituradas - demonstrativo analítico”. Todos os elementos necessários ao entendimento do lançamento estão presentes, afastando a alegação de cerceamento de defesa.

Diz que o autuado requer, ainda, nas preliminares, a decadência dos lançamentos realizados sobre fatos geradores ocorridos até 30/09/2013, alegando que a manutenção destes lançamentos vai de encontro com o entendimento/jurisprudência do CONSEF e a posição da PGE/BA. Esclarece que o defendente omitiu suas operações de venda (não declarou a ocorrência do fato gerador) ao não escriturar as notas fiscais de saída, e se restar ainda algum espaço para hesitação, não há dúvidas que a fluência do prazo decadencial se interrompe após a regular intimação do contribuinte, o que ocorreu em 04/07/2018, conforme fl. 04. Portanto, não há que se falar em decadência do lançamento realizado.

Em relação ao mérito, diz que o defendente alega, inicialmente, que uma parte das notas fiscais elencadas no demonstrativo são relativas a transferências internas entre estabelecimentos do próprio contribuinte e que, por isso, não devem ser tributadas com base no incidente de uniformização PGE 2016.169506-0.

Sem adentrar nas consequências desta uniformização (perda de controle por parte do Fisco - pois haverá crédito acumulado na matriz, impossibilidade de cotejar os débitos efetivos pelas saídas com os créditos, necessidade de se auditar todo o conjunto matriz-filiais de uma única vez, etc e dificuldades adicionais para o contribuinte - que deverá transferir créditos da matriz para a filial para compensar os débitos pelas saídas efetivas na filial, etc), observa que o citado incidente de uniformização é de 2016, enquanto as operações de transferências foram realizadas em 2013, portanto, fora do alcance do dispositivo.

Informa que o autuado também alega que as notas fiscais objetos da autuação não constam em seu registro de saída porque foram emitidas em contingência, querendo fazer crer que tais notas foram escrituradas com outros números de chave de acesso. Afirma que não consta a regra de que, após emissão em contingência, a numeração e a chave de acesso da nota fiscal sejam alteradas para fins de escrituração.

Observa, ainda, que conforme cotejo em anexo (referente ao par de notas 7489 e 22, supostamente referentes à mesma operação, segundo o autuado - a situação se repete para as demais notas do levantamento), a data de emissão da nota em contingência é posterior à data de emissão da nota correspondente, bem como, não há referência alguma que vincule um documento ao outro. Assim, entende que tal argumento não deve prosperar, porque não encontra amparo legal/regulamentar.

Diz que o defendente ainda se refere a notas e livro registro de saída anexados à sua impugnação, porém informa que não o localizou, e que, a única escrita que deve ser regularmente reconhecida é a Escrituração Fiscal Digital do autuado, nenhuma outra.

Conclui que não há que se cogitar a improcedência parcial da presente autuação. Espera ter fornecido os elementos necessários a uma justa formação de juízo por parte dos membros desse Conselho, no sentido de julgar integralmente procedente o presente Auto de Infração.

## **VOTO**

O defendente suscitou a nulidade do lançamento, alegando insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa. Disse que a autuação se reporta a “ausência de pagamento, sobre operações que não teriam sido escrituradas”. Contudo, o demonstrativo de débito apresentado, denominado “Notas de saídas não escrituradas – Demonstrativo analítico”, indica NF-e de estabelecimentos diversos, com CNPJs diversos. Entendeu que, se são notas de saídas, emitidas pelos CNPJs citados, a autuação deveria recair sobre os mesmos.

Na informação fiscal, o autuante afirmou que a descrição da infração é clara: “deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Disse que se trata de notas fiscais de saída emitidas pelo próprio autuado e não escrituradas em seu registro de saída, e que o demonstrativo do lançamento à fl. 7 do PAF, também é inequívoco ao intitular-se “Notas de saída não escrituradas - demonstrativo analítico”.

De acordo com o levantamento fiscal, trata-se de exigência de imposto decorrente da falta de lançamento de notas fiscais de saída e o correspondente recolhimento do imposto, estando comprovado por meio do documento à fl. 45 (DADOS DA NF-e), que a nota fiscal objeto do levantamento fiscal tem como emitente o contribuinte autuado e como destinatário o estabelecimento LE BRUT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA, IE 14013380; CNPJ 14.595.730/0003-59. Portanto, o demonstrativo do autuante foi efetuado em relação a notas fiscais de saída, não merecendo prosperar a alegação defensiva.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o demonstrativo acostado aos autos.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento 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.

Também em preliminar, o defendente suscitou a decadência do direito de constituição do crédito tributário, sobre todos os fatos ocorridos até 30/09/2013, alegando que somente foi intimado da autuação no dia 05/10/2018. Afirmou que a autuação se reporta a Notas Fiscais Eletrônicas, que teriam sido autorizadas pela SEFAZ, não se podendo dizer que as operações correspondentes não foram declaradas.

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 55 (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 à conclusão de que, apurando-se 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.

O defendente apresentou o entendimento de que deve ser reconhecido o transcurso do prazo decadencial, e a consequente extinção dos créditos tributários lançados no presente Auto de Infração, considerando a data de sua lavratura e de ciência.

Mesmo em se tratando de NF-e, alegado nas razões de defesa, foi apurada infração referente a imposto não lançado pelo contribuinte, e a consequente falta de recolhimento do imposto. Neste caso, não houve débito declarado com efetivação de pagamento, o que não enseja a aplicação do § 4º, do art. 150, do CTN. Dessa forma, considerando que não há pagamento a ser homologado, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada pelo defendente.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro e setembro de 2013.

O defendente alegou que o demonstrativo do débito é composto, em sua maioria, por documentos fiscais emitidos para acobertar operações de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa (CNPJ BASE 14.595.730), o que expõe se tratar o caso de apuração sobre operações sobre as quais não incide o ICMS, a teor da posição da PGE no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, com o entendimento de que “Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”.

Observo que embora o autuante tenha apresentado o entendimento de que a uniformização mencionada pelo autuado implica perda de controle por parte do Fisco e crédito acumulado na matriz, impossibilitando cotejar os débitos efetivos pelas saídas com os créditos, foi editada a Súmula do CONSEF Nº 8, com a decisão de que “*Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular*”.

Neste caso, entendo que devem ser excluídas todas as operações internas de transferências constantes no levantamento fiscal, permanecendo apenas as notas fiscais que se referem a operações interestaduais.

O defendente também alegou que foram emitidas notas fiscais em situação de “contingência”, sendo registradas em sua escrita, em consonância com a numeração do sistema da SEFAZ. Disse que as operações foram registradas e levadas a débito, e a regularidade dos registros se pode verificar pela data, valores, ICMS debitado etc. Como a conferência realizada pelo autuante não levou em consideração a “contingência”, não foram localizados os registros.

Para melhor entendimento, transcrevo a seguir os arts. 91, 97 e 100 do RICMS-BA/2012:

Art. 91.

Quando em decorrência de problemas técnicos não for possível transmitir a NF-e à Secretaria da Fazenda ou obter resposta à solicitação de Autorização de Uso, o contribuinte deverá gerar novo arquivo, conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, informando que o respectivo documento fiscal eletrônico foi emitido em contingência e adotar uma das seguintes alternativas:

I - transmitir Declaração Prévia de Emissão em Contingência - DPEC, para a Receita Federal do Brasil, observado o disposto no art. 100;

II - imprimir o DANFE em Formulário de Segurança (FS), observado o disposto no art. 97;

III - imprimir o DANFE em Formulário de Segurança para Impressão de Documento Auxiliar de Documento Fiscal Eletrônico (FS-DA), nos termos do Conv. ICMS 96/09.

Art. 97. A fabricação, distribuição e aquisição de papéis com dispositivos de segurança destinados à impressão do DANFE denominados “Formulário de Segurança - Documento Auxiliar” (FS-DA), deverão seguir as disposições do Conv. ICMS 96/09.

§ 1º Fica vedada a utilização de formulário de segurança adquirido na forma deste artigo para outra destinação que não a prevista no caput.

§ 2º No formulário de segurança para a impressão de DANFE, não poderá ser impressa a expressão “Nota Fiscal”, devendo, em seu lugar, constar a expressão “DANFE”.

Art. 100. A Declaração Prévia de Emissão em Contingência - DPEC deverá ser gerada com base em leiaute estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF.

O autuante afirmou que o defendente quer fazer crer que tais notas foram escrituradas com outros números de chave de acesso. Não consta a regra de que, após emissão em contingência, a numeração e a chave de acesso da nota fiscal sejam alteradas para fins de escrituração.

Esclareceu que conforme cotejo em anexo (referente ao par de notas 7489 e 22, supostamente referentes à mesma operação, segundo o autuado - a situação se repete para as demais notas do levantamento), a data de emissão da nota em contingência é posterior à data de emissão da nota correspondente, bem como, não há referência alguma que vincule um documento ao outro.

Acato as conclusões apresentadas pelo autuante, considerando que não restou comprovada a alegação quanto às notas fiscais de contingência e as alegadas notas, sem qualquer referência para vincular um documento ao outro. Assim, prevalece o levantamento fiscal em relação às mencionadas notas fiscais correspondentes a operações interestaduais, de números 7492, 7493, 7494, 7495, 7500, 7502, 7503, perfazendo o débito total de **R\$15.094,17**, referente ao mês 09/2013.

O autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

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 **293575.0004/18-6**, lavrado contra **LE BRUT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.094,17**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 24 de junho de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA