

PROCESSO	- A. I. N° 206958.0007/19-5
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0242-04/20-VD
ORIGEM	- INFAC COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 04/08/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0108-12/21-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGENCIAS ENTRE O VALOR DEBITADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS E O LANÇADO NA EFD. Acolhida a decadência parcial do lançamento relativa aos fatos geradores ocorridos em janeiro a junho de 2014. Quanto aos demais períodos, restou comprovado, através de diligência, inexistência de diferenças entre o imposto apurado pela fiscalização e o lançado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/06/2019, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 05.05.01 – Recolhimento a menor do ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declaração econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro a maio e julho de 2014, janeiro a dezembro de 2015, janeiro e março a dezembro de 2016 e janeiro, fevereiro, abril, maio e julho a dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.571.042,96, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "b", da Lei nº 7.014/96.

A 4ª JJF decidiu pela improcedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0242-04/20-VD (fls. 206 a 211), com base no voto do Relator, a seguir transscrito:

“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 embora o sistema informatizado desta Secretaria de Fazenda para lavratura de Auto de Infração informe de forma genérica a descrição dos fatos da infração no caso: O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos”, os levantamentos elaborados pelo fisco são partes integrantes do Auto de Infração. Eles foram entregues ao contribuinte e nos mesmos, verifica-se claramente que o imposto ora exigido foi decorrente de omissões de saídas, fls. 08, utilizando os dados apurados na tabela de itens tributados, conforme arquivo EFDs e aquele efetivamente escriturado no livro Registro de Saídas, também inseridos nos arquivos EFD transmitidos pelo contribuinte a esta SEFAZ.

Em suma, o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos). O método de fiscalização encontra-se perfeitamente demonstrado nos papeis de trabalho que o notificado recebeu já que neles está respaldado. Dessa forma, afasto essa primeira preliminar de nulidade.

Argui também, o defensor, que não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizado, não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco, e da mesma forma também não foi intimada a apresentar livros ou documentos, nos termos previstos no artigo 26 do RPAF/99, cerceando o seu direito de defesa.

Não é o que observo, pois o procedimento fiscal se iniciou em 24/04/2019, oportunidade em que o contribuinte foi intimado para apresentar os Livros e Documentos Fiscais conforme se verifica através do documento anexado à fl. 07, assinado pelo representante da empresa, com data de ciência naquela data.

Esclareço que, de acordo com o artigo 26, inciso III do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.

Também observo que, à fl. 25 dos autos, consta a cientificação da lavratura do Auto de Infração com envio dos

papéis de trabalho que dão suporte ao presente lançamento.

Assim, o autuado foi cientificado do início dos trabalhos de auditoria na empresa, em cumprimento da Ordem de Serviço respectiva, assim como foi dado conhecimento do encerramento dos trabalhos e da lavratura do Auto de Infração, não havendo que se falar em cerceamento do exercício do direito de plena defesa.

O autuado afirmou que o mais grave é o fato de que a Intimação da lavratura do Auto de Infração consta a Inscrição Estadual nº 74.843.025, pertencente a outra filial da empresa, dificultando o exercício de sua defesa já que os demonstrativos apresentados não informam a qual inscrição referem-se os relatórios.

Também não acato a alegação defensiva, haja vista que, apesar de a Intimação constar o nº de inscrição de outra filial nos demonstrativos que embasam o presente lançamento, foram indicados os documentos fiscais da empresa autuada que se encontram registrados em sua EFD, sendo, portanto de seu conhecimento. Ademais, o referido demonstrativo é compreensível, indica os dados relativos aos documentos fiscais objeto da autuação e os valores exigidos.

Quanto ao argumento de terem sido os arquivos, contendo os demonstrativos entregues pelo autuante, formatados em PDF, tal fato não trouxe qualquer prejuízo à defesa, sequer cerceou seu direito ao exercício do contraditório, pois expressamente se defendeu do que lhe estava sendo imputado, inclusive, apresentando vários equívocos que teriam ocorrido no levantamento fiscal, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais.

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.

O autuado suscitou a decadência relativa aos lançamentos efetuados pelo autuante, tendo como fato gerador todo o período anterior a 09/07/2014, nos termos do inciso V, do art. 156, c/c o § 4º, do art. 150 do CTN.

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”.

Durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150, § 4º do CTN.

Tendo em vista as recorrentes decisões do STJ e a interpretação construída na elaboração da Súmula Vinculante nº 8 do STF, a PGE/PROFIS promoveu uniformização de sua orientação jurídica acerca de alguns temas, dentre estes a questão da decadência, com emissão de parecer em **Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0**, nos seguintes termos:

1 Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

2 O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, 9º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

3 Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando:

- a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento;
- b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;
- c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador.

Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

No caso presente, o autuado efetuou o lançamento dos documentos fiscais que deram causa à referida infração, portanto, declarou o imposto, o qual foi apurado mediante interpretação da norma tributária pelo próprio e o pagamento foi efetuado de acordo com o valor lançado. Assim sendo, vejo que as questões debatidas nestes autos se amoldam, em parte, à regra prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN.

Isto posto, com lastro no entendimento da PGE/PROFIS consignado através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, retro transcrito, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação aos fatos geradores anteriores a 09/07/2014, vez que o contribuinte tomou ciência da lavratura do Auto de Infração naquela data, que é o marco para a contagem do prazo decadencial.

Desta maneira, devem ser excluídos da infração os lançamentos referentes aos meses de janeiro a junho de 2014, totalizando o montante de R\$2.114.490,99.

Em relação à perícia requerida, pontuo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

No mérito, o deficiente alegou que a fiscalização baseou-se no livro Registro de Saídas, entretanto, tal livro não mais existe em virtude da Escrituração Fiscal Digital - EFD.

Tal argumento não se sustenta pois a fiscalização foi efetuada com base na mencionada EFD. Conforme disposto no art. 247 do RAICMS/12 a Escrituração 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. A EFD substitui a escrituração e impressão dos livros fiscais, inclusive o Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS. Portanto, inexiste dúvida que a fiscalização baseou-se nos arquivos que foram transmitidos pelo contribuinte ao Sistema Público de Escrituração Digital - SPED.

No que diz respeito à inclusão de operações de transferências internas entre seus estabelecimentos assiste razão ao autuado, razão pela qual o processo foi convertido em diligência para que tais operações fossem excluídas, face a recente Símula nº 08, editada pela Câmara Superior deste CONSEF, que assim estabelece: “não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular”.

Em atendimento ao quanto solicitado o autuante elaborou novos demonstrativos excluindo as referidas operações, resultando em inexistência de débito a ser imputado ao contribuinte.

Acato as conclusões do autuante, responsável pela análise dos documentos e lançamentos fiscais efetuados pelo contribuinte, que serviram de base para a elaboração das planilhas analíticas inseridas no CD de fl. 111, que resultaram no demonstrativo analítico de fls. 101 a 102 demonstrando claramente a insubstância dos valores não alcançados pela decadência.

Quanto ao argumento de que foram inseridas notas fiscais já lançadas em outros Auto de Infração lavrados contra a empresa deixa de acatá-lo pois não foram trazidos aos autos demonstrativos analíticos dos mencionados Autos, comprovando a alegada bitributação.

Quanto às saídas para baixa de estoque- CFOP 5927 observo que a própria empresa confessa que destacou o imposto nas notas fiscais, a fim de facilitar a obtenção do valor do crédito a ser estornado pelas entradas, entretanto, não comprovou que de fato assim procedeu.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

A 4ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Rebeca Brandão de Jesus - OAB/BA nº 58.327.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa relativo ao recolhimento a menor do ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado na EFD.

Constatou que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou totalmente o presente Auto de Infração, no valor de R\$16.894.845,61, conforme extrato (fl. 159), montante superior a R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Observo que a desoneração decorreu dos seguintes fatos:

1. Reconhecimento da decadência no período de janeiro a junho de 2014, com base no Art. 150, §4º do CTN, conforme externado no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, tendo em vista que a ciência da lavratura ocorreu em 09/07/2019 (fl. 25).
2. Exclusão, pelo Autuante, em atendimento à diligência da 4ª JJF, das operações relativas a transferências internas de mercadorias, quando não há incidência do ICMS, com base na Súmula nº 08 deste CONSEF e no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0.

Não há reparo a fazer quanto ao reconhecimento da decadência no período indicado, pois a acusação foi de recolhimento a menor do ICMS, coadunando totalmente com o entendimento firmado no referido Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, transscrito abaixo:

“Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no Art. 150, §4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.”

Também não há reparo a fazer no tocante à exclusão das operações relativas a transferências internas de mercadorias, também com entendimento firmado pela PGE, agora no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, *in verbis*:

“Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.”

Sensível a esta questão, este CONSEF inclusive já editou a Súmula nº 08 com o seguinte enunciado:

“Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular.”

Ressalto, que também não restou imposto devido após a exclusão das operações relativas a transferências internas de mercadorias, nos meses de janeiro a junho de 2014, período em que foi reconhecida a decadência.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 206958.0007/19-5, lavrado contra DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS