

PROCESSO - A. I. Nº 293575.0004/18-6
RECORRENTE - LE BRUT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0108-03/20-VD
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ (INFAZ CENTRO SUL)
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/10/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0244-11/21-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. Todavia, o contribuinte demonstrou que houve a escrituração das operações autuadas, através das notas de contingência relacionadas, não sendo devido o tributo exigido. Ademais, foram excluídas as operações de transferências internas entre estabelecimentos do mesmo titular. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitada as preliminares de nulidade e decadência. Recurso de ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário em razão de a decisão de piso ter julgado Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2018, o qual se refere 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.

Após a devida instrução processual, assim entendeu a 3ª Junta de Julgamento Fiscal:

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”.

Observe 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.

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, a referida JJF recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Irresignado com o valor remanescente, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário objetivando a reapreciação parcial da Decisão de piso.

Inicialmente requer o reconhecimento de decadência do direito de constituição do crédito tributário, sobre todos os supostos fatos ocorridos até 30/09/2013, posto que somente foi intimada da autuação, ainda que de forma irregular, dia 05/10/18, decorridos mais de 5 anos das supostas ocorrências. Destaca não estar se reportando a Notas Fiscais Eletrônicas, que então teriam sido autorizadas pela SEFAZ, não se podendo dizer que as operações correspondentes não foram declaradas.

Salienta 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.

Salienta que a Junta fundamentou a decisão dizendo que: *“Neste caso, não houve débito declarado com a efetivação do 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”*.

Todavia, assevera que o fato jurídico foi declarado, com a emissão das notas fiscais eletrônicas e, ainda que o pagamento tenha sido “zero”, não pode se afastar a declaração. A JJF trocou “declaração do fato”, ou seja, “da operação”, por “declaração do débito”, que inclusive poderia não existir (se não lançado nas notas). Assim, pede que todas as parcelas cujos possíveis fatos tenham ocorrido até 30/09/13, sejam de logo excluídas, sem embargo das demais argumentações que seguem.

Destaca que, em verdade, as notas citadas no Auto de Infração foram emitidas “em contingência” e foram lançadas no LRS (com a numeração correlata à “contingência”), o que desfigura a “não declaração dos fatos geradores”, permitindo o reconhecimento a decadência. Ademais, o incidente de uniformização, atrela a questão à declaração da ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis).

No mérito, alega que não cabe a manutenção sobre operações que seriam “interestaduais”, pois a recorrente não teve acesso a qualquer comprovação, citada pela Junta, no sentido de que *“a data de emissão da nota de contingência é posterior à data de emissão da nota correspondente, bem como, não há referência alguma que vincule um documento ao outro”*. Entende ainda que existente tal comprovação, de divergência de data, tal fato não desvincula as operações. Ademais, a suposta ausência de referências entre os documentos também não é suficiente, pois a vinculação se pode fazer através dos valores, mercadorias e suas quantidades.

Assevera que os elementos apresentados com a defesa não foram analisados pela JJF, que demonstra sequer ter examinado o PAF e talvez tenha feito o julgamento apenas com base em arquivos da defesa e da informação fiscal, validando apenas os argumentos apresentados pelo Autuante. A recorrente apresentou demonstrativo, as notas e o LRS, os quais não foram examinados e que poderiam, ao menos, dar vazão a uma diligência saneadora.

Aduz que a não alteração da numeração e chave de acesso, para fins de escrituração, também alegada pela JJF, é obrigação acessória que não pode travestida em fato gerador do ICMS, podendo ser punível com multa formal.

Assim, explica que as notas são relativas aos dias 20 e 30/09/13, e foram emitidas em situação de “contingência”, sendo registradas na escrita da recorrente em consonância com a numeração do sistema da SEFAZ, conforme documentos anexados (notas e LRS).

Explica que as operações, portanto, foram registradas e levadas a débito, e a regularidade dos registros se pode auferir, também, pela data, valores, ICMS debitado etc.

Salienta que como a conferência realizada pelo fiscal não levou em consideração a “contingência”, não foram localizados os registros. Contudo, é improcedente o lançamento, em consonância com as provas anexas e vide demonstrativo, reflexo do LRS, inclusive em relação às Notas Fiscais nºs 7492, 7493, 7494, 7495, 7500, 7502 e 7503, mantidos pela JJF, que correspondem, respectivamente, às Notas Fiscais nºs 013, 015, 010, 016, 014, 026 e 009, conforme demonstrativo apresentado:

NFE	901	022	29/09	BA	23.655,20	5151	ICMS	23.655,20	17,00	4.021,38	0,00	0,00
NFE	901	023	29/09	BA	56.807,40	5151	ICMS	56.807,40	17,00	9.657,26	0,00	0,00
NFE	901	024	29/09	BA	54.288,40	5151	ICMS	54.288,40	17,00	9.229,03	0,00	0,00
NFE	901	001	30/09	BA	26.209,00	5151	ICMS	26.209,00	17,00	4.455,53	0,00	0,00
NFE	901	002	30/09	BA	40.678,60	5151	ICMS	40.678,60	17,00	6.915,36	0,00	0,00
NFE	901	003	30/09	BA	26.147,40	5151	ICMS	26.147,40	17,00	4.445,06	0,00	0,00
NFE	901	004	30/09	BA	13.386,00	5151	ICMS	13.386,00	17,00	2.275,62	0,00	0,00
NFE	901	005	30/09	BA	19.812,80	5151	ICMS	19.812,80	17,00	3.368,18	0,00	0,00
NFE	901	006	30/09	BA	19.812,80	5151	ICMS	19.812,80	17,00	3.368,18	0,00	0,00
NFE	901	007	30/09	BA	23.246,00	5151	ICMS	23.246,00	17,00	3.951,82	0,00	0,00
NFE	901	008	30/09	BA	16.695,00	5151	ICMS	16.695,00	17,00	2.838,15	0,00	0,00
NFE	901	009	30/09	SE	23.218,20	6101	ICMS	23.218,20	12,00	2.786,18	0,00	0,00
NFE	901	010	30/09	PE	10.115,60	6151	ICMS	10.115,60	12,00	1.213,87	0,00	0,00
NFE	901	011	30/09	PE	16.695,00	6151	ICMS	16.695,00	12,00	2.003,40	0,00	0,00
NFE	901	012	30/09	PE	28.784,80	6151	ICMS	28.784,80	12,00	3.454,18	0,00	0,00
NFE	901	013	30/09	PE	16.695,00	6151	ICMS	16.695,00	12,00	2.003,40	0,00	0,00
NFE	901	014	30/09	SE	16.695,00	6151	ICMS	16.695,00	12,00	2.003,40	0,00	0,00
NFE	901	015	30/09	RN	13.386,00	6151	ICMS	13.386,00	12,00	1.606,32	0,00	0,00
NFE	901	016	30/09	PE	19.978,40	6151	ICMS	19.978,40	12,00	2.397,41	0,00	0,00
NFE	901	017	30/09	PE	16.179,20	6151	ICMS	16.179,20	12,00	1.941,50	0,00	0,00
NFE	901	018	30/09	PE	15.671,40	6151	ICMS	15.671,40	12,00	1.880,57	0,00	0,00
NFE	901	019	30/09	SE	26.285,60	6151	ICMS	26.285,60	12,00	3.154,27	0,00	0,00
NFE	901	020	30/09	BA	43.959,40	5151	ICMS	43.959,40	17,00	7.473,10	0,00	0,00
NFE	901	021	30/09	BA	16.695,00	5151	ICMS	16.695,00	17,00	2.838,15	0,00	0,00
NFE	901	025	30/09	BA	23.279,00	5151	ICMS	23.279,00	17,00	3.957,43	0,00	0,00
NFE	901	026	30/09	SE	25.696,60	6151	ICMS	25.696,60	12,00	3.083,59	0,00	0,00
NFE	901	027	30/09	BA	40.745,00	5151	ICMS	40.745,00	17,00	6.926,65	0,00	0,00
NFE	901	028	30/09	BA	13.386,00	5151	ICMS	13.386,00	17,00	2.275,62	0,00	0,00
NFE	901	029	30/09	BA	59.156,20	5151	ICMS	59.156,20	17,00	10.056,55	0,00	0,00
NFE	901	030	30/09	BA	2.305,00	5151	ICMS	2.305,00	17,00	391,85	0,00	0,00
NFE	901	031	30/09	BA	2.310,70	5151	ICMS	2.310,70	17,00	392,82	0,00	0,00

Por fim, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos, e revisão para confronto das operações interestaduais e investigação da efetiva relação entre as notas mencionadas, bem como pela reforma da decisão e, por via conexa, pela nulidade da autuação, pelo reconhecimento da decadência suscitada, ou, ainda, pela improcedência do lançamento.

VOTO

O Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de falta de recolhimento do imposto referente a operações não escrituradas nos livros próprios, nos meses de janeiro e setembro de 2013.

Primeiramente, nos cabe analisar o Recurso de Ofício, oriundo da exclusão das operações de transferência interna realizadas pela empresa.

Além do reconhecimento assente no judiciário de que não incide ICMS nas operações de transferência interna entre estabelecimentos de um mesmo titular, a PGE/PROFIS já convalidou esse entendimento, tendo fixado a matéria no Incidente de Uniformização de nº 2016.194710-0.

Ademais, este CONSEF já reconhece tal posicionamento, o que motivou, inclusive, a exclusão realizada pela Junta de Julgamento Fiscal, em decisão consonante com o entendimento atual deste Conselho.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto a preliminar de mérito aventada de aplicação da decadência dos períodos autuados, observo que, em se tratando de acusação de imposto não lançado pelo contribuinte, com ausência de débito declarado, bem como falta de recolhimento, afastando, assim, a aplicação do § 4º, do art. 150 do CTN.

No mérito, quanto às operações remanescentes, a recorrente apresentou demonstrativo, contendo as notas e o Livro Registro de Saída, no intuito de demonstrar que houve a devida declaração, realizada em contingência, conforme demonstram as relações entre as Notas nºs 7492, 7493, 7494, 7495, 7500, 7502 e 7503, com as respectivas Notas de contingência de nºs 013, 015, 010, 016, 014, 026 e 009.

Após discutirmos minudentemente sobre a matéria em sessão de julgamento realizada, esta 1ª CJF observou que as notas são relativas aos dias 20 e 30/09/13, e foram emitidas em situação de “contingência”, sendo registradas na escrita da recorrente em consonância com a numeração do sistema da SEFAZ à época dos fatos. Ademais, analisamos que os valores, mercadorias, e datas

depõem a favor do contribuinte, demonstrando que as operações, portanto, foram registradas e levadas a débito.

Importante salientar que a numeração da nota de contingência não é idêntica à nota a ela relacionada e a data posterior (de um dia para o outro) é totalmente possível, por uma questão de sistema, e não por uma deliberalidade do contribuinte, não sendo esta justificativa suficiente para desconsideração das contingências apresentadas.

Deste modo, pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, reconhecendo as operações de contingência apresentada, julgando IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293575.0004/18-6**, lavrado contra **LE BRUT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS