

A.I. N° - 207090.0008/11-5

AUTUADO - BAHIA PET LTDA.

AUTUANTES - MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO e MARIA CONSUELO PIRES BARROS

ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA

INTERNET - 15/05/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0100-03/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** CRÉDITO DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO UTILIZADO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Lançamento não impugnado objetivamente pelo autuado. **b)** CRÉDITO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE PRESTADO POR MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE INSCRITA NO SIMPLES NACIONAL. Lançamento não impugnado objetivamente pelo autuado. **c)** FALTA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. Lançamento não impugnado objetivamente pelo autuado. **c.1)** NOTAS FISCAIS DE ENERGIA ELÉTRICA. Lançamento não impugnado objetivamente pelo autuado. **c.2)** NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. Lançamento não impugnado objetivamente pelo autuado. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Fato não negado pelo autuado. 3. PROGRAMA DE INCENTIVO AO ESPORTE AMADOR (FAZATLETA). ABATIMENTO EFETUADO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Lançamento não impugnado objetivamente pelo autuado. Corrigido o percentual da multa, pois a pena prevista no art. 4º da Lei nº 7.539/99 se aplica é quando existe fraude ou dolo, e isto não foi acusado neste caso, devendo-se aplicar por conseguinte a multa genérica para a falta de pagamento do imposto na situação deste caso, de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para “quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal”. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Fato não negado pelo autuado. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO ELETRÔNICO DE DADOS. MULTAS. **a)** FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO MAGNÉTICO PELA INTERNET ATRAVÉS DO PROGRAMA TRANSMISSÃO ELETRÔNICA DE DADOS (TED). Fato não negado pelo autuado. **b)** ENVIO DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS PELA INTERNET ATRAVÉS DO PROGRAMA VALIDADOR SÍNTEGRA COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS

FISCAIS CORRESPONDENTES. Excluída a multa, haja vista ser flagrante a inobservância, pela fiscalização, de regra expressa relativa ao devido procedimento legal, pois ao ser intimado o contribuinte para correção dos arquivos não foi observado o disposto no § 5º do art. 708-B do RICMS. Lançamento nulo. Quanto ao Auto de Infração como um todo, não acatada a alegação de que a fiscalização se tivesse baseado exclusivamente em informações prestadas espontaneamente pela própria empresa relativamente a valores que poderiam ser creditados em decorrência de decisão judicial, haja vista que não consta nos autos que a empresa tivesse apresentado qualquer demonstrativo na forma a que se refere a defesa, e se tal demonstrativo existe o autuado não o juntou à sua impugnação. Com relação à alegada “decisão judicial”, não consta nos autos a que decisão se refere a defesa, não tendo sido anexado aos autos qualquer instrumento nesse sentido. Também não acatada a alegação de cerceamento de defesa, haja vista que a discriminação dos valores lançados foi feita em demonstrativos específicos relativamente a cada um dos lançamentos, e o contribuinte na defesa não negou que tivesse recebido tais demonstrativos. Ultrapassadas as preliminares suscitadas. Quanto à reclamação no tocante à aplicação da chamada taxa Selic, este órgão não tem competência para apreciar os aspectos pontuados pela defesa. Não é razoável discutir o direito posto no âmbito administrativo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 15.12.11, diz respeito aos seguintes fatos:

1. utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado em valor superior ao permitido pela legislação, sendo glosado o crédito no valor de R\$ 17.348,89, com multa de 60%;
2. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte prestado por microempresa ou empresa de pequeno porte inscrita no Simples Nacional, sendo glosado o crédito no valor de R\$ 1.932,39, com multa de 60%;
3. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, assim considerado em virtude da falta de exibição do documento comprobatório do direito ao crédito – notas fiscais de energia elétrica –, sendo glosado o crédito no valor de R\$ 5.792,56, com multa de 60%;
4. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, assim considerado em virtude da falta de exibição do documento comprobatório do direito ao crédito – notas fiscais de entrada –, sendo glosado o crédito no valor de R\$ 6.358,74, com multa de 60%;
5. falta de apresentação de documentos fiscais solicitados mediante intimação, sendo por isso aplicada multa de R\$ 175,00;

6. recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de abatimento efetuado em desacordo com a legislação do Programa de Incentivo ao Esporte Amador do Estado da Bahia (Fazatleta), sendo lançado imposto no valor de R\$ 2.483,01, com multa de 200%;
7. recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores, sendo lançado imposto no valor de R\$ 298.447,87, com multa de 60%;
8. falta de entrega de arquivo magnético no prazo previsto na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), sendo por isso aplicada multa de R\$ 1.380,00;
9. envio de arquivos magnéticos via internet através do programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, sendo por isso aplicada a multa de R\$ 13.502,13.

O autuado apresentou defesa (fls. 716/723) em que suscita em preliminar a nulidade do Auto de Infração, alegando falta de verificação concreta dos fatos. Alega que a autuação se baseou exclusivamente nas informações espontaneamente prestadas pela própria empresa, especialmente em um demonstrativo de cálculo utilizado para determinação dos valores do ICMS que poderiam ser creditados em decorrência de decisão judicial, não tendo havido nenhuma verificação fática, em documentos hábeis, da eventual ocorrência das infrações imputadas. Frisa que o auditor sequer analisou as Notas Fiscais que originaram os créditos, nem tampouco verificou se realmente todo o crédito glosado se referia apenas aos valores oriundos de aquisição de insumos não tributados, sujeitos à alíquota zero, isentos ou imunes, e não há prova sequer se o valor glosado é o correto. Argumenta que a total ausência de provas da efetiva ocorrência dos fatos geradores impõe a nulidade do lançamento. Aponta decisão do Primeiro Conselho de Contribuintes, em que, analisando caso similar ao desses autos, afastou o Auto de Infração fundamentado tão-somente em dados eletrônicos. Sustenta que ou o Auto de Infração se baseia em provas concretas e irrefutáveis da infração, ou o lançamento é nulo, pois é dever da fiscalização demonstrar através de documentos irrefutáveis a ocorrência do fato gerador do tributo omitido à tributação. Cita nesse sentido lição do jurista Ricardo Mariz de Oliveira e do prof. Alberto Xavier.

Numa segunda preliminar, alega que o Auto de Infração é nulo porque a ausência de elementos probatórios acabou por cercear o direito de defesa. Reclama que pela leitura do Auto de Infração e do seu relatório se verifica que as glosas feitas pela fiscalização estão demonstradas apenas de maneira global, não havendo individualização e tampouco verificação dos valores de cada um dos créditos apropriados. Alega que essa informação era vital para que a empresa pudesse confrontar os valores da glosa da fiscalização com as Notas Fiscais que lastrearam o creditamento a fim de apurar se de fato todas as glosas efetuadas se referem a créditos real e supostamente não admissíveis. Considera que essa falta grave no Auto ocorreu porque o Auditor sequer analisou as Notas Fiscais que originaram os créditos, de modo que a base de cálculo adotada pela fiscalização não tem fundamento concreto algum, e isto impediu a empresa de verificar se os números refletem a realidade. Protesta que, da forma como foi lavrado o Auto de Infração, foi impossível tal verificação, por não ser possível saber se determinada Nota Fiscal, com créditos legítimos e que, portanto, deveriam ser mantidos, foi ou não incluída na glosa efetuada pela fiscalização, de modo que não foi possível sequer saber se o valor glosado é correto. Afirma que a jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes trilha no entendimento de que a carência de elementos para caracterizar a infração anula o lançamento, conforme acórdão que transcreve.

Conclui as preliminares considerando restar evidente que o lançamento não caracterizou de maneira suficiente a infração, não apontando sequer os valores individuais que foram glosados, impedindo que a empresa pudesse verificar ao menos se os valores estavam ou não de acordo com as Notas Fiscais que lastrearam o creditamento, ficando impossibilitada de exercitar regularmente o seu direito à ampla defesa.

Quanto ao mérito, sustenta ser incabível neste caso a cobrança de juros moratórios, pois a empresa efetuou as compensações amparada em decisão judicial, não havendo por que se falar em qualquer punição, uma vez que, em termos efetivos, a conduta descrita pelo fisco não é tida como obrigatória e nenhum comportamento foi descumprido, de modo que não considera possível se exigir qualquer espécie de penalidade, seja a punitiva, seja a moratória, como pretende a fiscalização. Cita trecho do jurista Alberto Xavier, em comentário acerca das penalidades moratórias.

Questiona também a aplicação da “taxa” Selic, por considerar ilegal o seu emprego em se tratando de crédito tributário, haja vista que ela não foi criada por lei e não respeita direitos fundamentais dos contribuintes, como a segurança jurídica e a própria legalidade, pois a Lei nº 9.430/96 apenas faz menção ao uso da taxa Selic, que é uma criação exclusiva do Poder Executivo Federal, com regras próprias de cálculo e variação e sem qualquer previsão ou delimitação legal. Argumenta que o uso de um índice cujos contornos são definidos exclusivamente pelo Poder Executivo, sem participação do Poder Legislativo, constitui uma afronta ao princípio da legalidade e da repartição dos Poderes. Aduz que a Selic se configura como verdadeiro juro remuneratório do capital investido pelos adquirentes de títulos públicos, não se adequando com o instituto dos juros moratórios, tendo em vista que os juros moratórios têm caráter indenizatório e punitivo, natureza esta que, por constituir em verdadeira majoração do crédito tributário, deve sua incidência ser de conhecimento prévio do contribuinte e veiculado por lei. Pondera que, se a Selic fosse mera correção monetária, seria compreensível que seus índices e valores, bem como seus métodos de aferição, não fossem de antemão conhecidos do contribuinte, haja vista que a correção pretende recompor à realidade o crédito defasado, porém, como juro moratório, ela tem natureza e finalidade bem diversa, qual seja, a indenização do credor e a punição do devedor, tendo caráter de majoração do crédito, e, por majorar o crédito tributário, a maneira, o “quantum” e o limite dessa majoração devem ser obrigatoriamente de conhecimento prévio do contribuinte falso, em atenção aos princípios da legalidade e da anterioridade tributária. Argumenta que não é isso o que ocorre com a aplicação da taxa Selic, ficando o contribuinte submetido ao exclusivo arbítrio das decisões administrativas do Comitê de Política Monetária (COPOM), que pode aumentar ou diminuir tal taxa, sem que, de antemão, possa vislumbrar o quanto progride sua dívida, tendo em passado recente havido decisões do COPOM elevando a taxa Selic a patamares próximos a 45% ao ano, sem qualquer previsão aos contribuintes. Frisa que nesse sentido já decidiu o STJ, ao entender que, aplicada a taxa Selic, há aumento de tributo, sem lei específica a respeito, o que vulnera o art. 150, I, da Constituição, além de ofender também os princípios da anterioridade, da indelegabilidade de competência tributária e da segurança jurídica, nos autos do REsp nº 215.881/PR, 2ª Turma.

Requer que seja afastada a aplicação da taxa Selic como juros moratórios incidentes sobre o crédito tributário objeto deste Auto de Infração, para que sejam utilizados os juros de 1%, previstos no art. 161, § 1º, do CTN.

Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo por não ter sido lavrado com base em provas contundentes da ocorrência da infração, e por ausência de elementos imprescindíveis à correta verificação da infração, cerceando o direito de defesa, ou que no mérito os lançamentos sejam julgados improcedentes. Protesta pela juntada de novos documentos e declarações, bem como pela produção de outras provas, como perícia, ofícios, declarações, constatações e diligências, tudo em atendimento ao princípio da verdade material.

Os fiscais autuantes prestaram informação (fls. 728/733) assegurando que a autuação se baseou em irregularidades encontradas após exame de documentos e livros fiscais arrecadados do contribuinte, conforme termos de arrecadação anexos, ficando assim provado que houve verificação concreta dos documentos e livros fiscais. Observam que, de acordo com os arts. 88 e 89 do RICMS/97, o lançamento do imposto constitui atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte, ficando sujeito a posterior homologação pela autoridade fazendária. Consideram que

a doutrina e jurisprudência invocada pela defesa não tem nenhuma pertinência com as infrações imputadas ao contribuinte, e no Estado de Direito a doutrina e a jurisprudência, por mais abalizadas que sejam, não obrigam, pois tal poder vem única e exclusivamente da lei. Observam que, de acordo com o art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. A seu ver, não se configura neste Auto nenhum dos elementos do art. 18 do RPAF, que trata das nulidades, e os lançamentos contêm elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, tendo o procedimento decorrido da lei e estando nela baseado e exaustivamente comprovado e documentado.

Quanto à aplicação da “taxa” Selic, o autuante diz que, na qualidade de preposto fiscal, no exercício de atividade vinculada, foge de sua alçada questionar constitucionalidade de norma aplicada pelo Estado da Bahia para correção de débitos tributários, como também foge da competência do órgão julgador.

Considera não haver motivo para realização de diligência, por estarem presentes os requisitos para o deslinde das questões.

Tece considerações acerca da descrição dos fatos e do enquadramento de cada infração.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Este Auto de Infração é composto de 9 lançamentos.

A defesa suscitou duas preliminares. Na primeira, alega que as auditoras não fizeram qualquer verificação nos livros e documentos, tendo se baseado exclusivamente em informações que teriam sido prestadas espontaneamente pela própria empresa em um demonstrativo de cálculo utilizado para determinação dos valores do ICMS que poderiam ser creditados em decorrência de decisão judicial.

Porém não consta nos autos o demonstrativo a que se refere a defesa, que teria sido elaborado pelo próprio contribuinte informando espontaneamente os valores que poderiam ser creditados em decorrência de decisão judicial. Se existe tal demonstrativo, o autuado não o juntou à sua defesa.

Mais adiante, com relação à alegada “decisão judicial”, o autuado, ao questionar a cobrança de juros moratórios, alegou que efetuou as compensações amparado em decisão judicial, não havendo por que se falar em qualquer punição neste caso.

A que decisão judicial se refere a defesa? Este caso foi ou é objeto de alguma decisão judicial? A defesa não juntou qualquer elemento nesse sentido.

Ultrapasso por essas razões a primeira preliminar.

Quanto à segunda, o autuado alega cerceamento de defesa, reclamando que pela leitura do Auto de Infração e do seu relatório se verifica que as glosas feitas pela fiscalização estão demonstradas apenas de maneira global, não havendo individualização e tampouco verificação dos valores de cada um dos créditos apropriados. Alega que por isso a empresa não pôde confrontar os valores da glosa da fiscalização com as Notas Fiscais que lastream o creditamento a fim de apurar se de fato todas as glosas efetuadas se referem a créditos real e supostamente não admissíveis, e isto impediu a empresa de verificar se os números refletem a realidade. Protesta que, da forma como foi lavrado o Auto de Infração, foi impossível tal verificação, por não ser possível saber se determinada Nota Fiscal, com créditos legítimos e que, portanto, deveriam ser mantidos, foi ou não incluída na glosa efetuada pela fiscalização, de modo que não foi possível sequer saber se o valor glosado é correto.

De fato, lendo-se apenas as descrições feitas no corpo do Auto de Infração, os valores ali lançados são globais, não havendo especificação das Notas Fiscais e dos valores correspondentes a cada documento. Porém a discriminação dos valores lançados foi feita em demonstrativos específicos relativamente a cada um dos lançamentos. Na descrição de cada uma das infrações consta menção ao respectivo demonstrativo, explicitando que ele é “parte integrante” deste Auto. O contribuinte não negou que tivesse recebido tais demonstrativos, pelo que se deduz que os recebeu. Embora as auditoras, ao intimar o contribuinte, tenham colhido sua assinatura apenas no Auto de Infração (fl. 5) e no demonstrativo de débito (fl. 9), não tendo o cuidado de colher sua assinatura em cada demonstrativo, parto do pressuposto de que foram entregues cópias dos aludidos demonstrativos, haja vista que as autuantes declararam tratar-se de “Parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte”. É certo que prepostos fiscais não têm fé de ofício, mas foram feitas afirmações no corpo do Auto, dando conta da entrega daqueles papéis ao contribuinte, e a defesa não negou que o contribuinte os tivesse recebido.

Ultrapasso por essas razões também a segunda preliminar, salvo no tocante ao 9º lançamento, haja vista ser flagrante a inobservância, pelas autuantes, de regras expressas relativas ao devido procedimento legal, bem como no tocante à multa do item 6º, pelas razões que declinarei adiante.

O item 9º deste Auto diz respeito a multa por envio de arquivos magnéticos via internet através do programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes.

Nota que as autuantes incorreram em equívoco ao intimar o contribuinte para correção dos arquivos enviados via internet, pois em vez de conceder o prazo de 30 dias, conforme prevê o § 5º do art. 708-B do RICMS, concedeu apenas 5 dias: fls. 331 e ss.

Tendo em vista que, nos termos do § 5º do art. 708-B do RICMS os fiscais deveriam ter estipulado o prazo de 30 dias, mas concederam apenas 5 dias, não chegou a haver infração. O procedimento é nulo no tocante ao item 9º. A repartição fiscal verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento relativamente ao item 9º. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

No caso do item 6º, consta no Auto que a multa é a prevista no art. 4º da Lei nº 7.539/99. O art. 4º dessa lei tem a seguinte redação:

“Art. 4º. A empresa que se utilizar indevidamente dos benefícios previstos nesta Lei, mediante fraude ou dolo, estará sujeita à multa correspondente a duas vezes o valor do abatimento que tenha efetuado, independentemente de outras penalidades previstas em lei.”

Observe-se que, de acordo com a lei, a multa de duas vezes o valor do abatimento que tenha efetuado é para os casos em que tiver havido fraude ou dolo. Para que se caracterize fraude ou dolo, é preciso que isso seja acusado e fundamentado pela autoridade fiscal. Fraude e dolo não se presumem. Não consta na descrição do fato, nem nos elementos que integram os autos, qualquer declaração nesse sentido.

Não se aplica, por conseguinte, a multa especial prevista no art. 4º da Lei nº 7.539/99, e sim a multa genérica para a falta de pagamento do imposto na situação deste inciso 6º, de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para “quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal”.

O autuado reclama da aplicação da chamada taxa Selic. Este órgão não tem competência para apreciar os aspectos pontuados pela defesa. Não é razoável discutir no âmbito administrativo o direito posto.

Quanto aos fatos e aos elementos materiais dos lançamentos, não houve impugnação objetiva nesse sentido.

Considero caracterizadas as infrações, exceto a do item 9º. Corrida a multa do item 6º.

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 **207090.0008/11-5**, lavrado contra **BAHIA PET LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 332.363,46**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” e “f”, e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 1.555,00**, previstas nos incisos XIII-A, “j”, e XX, do art. 42 da supracitada lei, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 7 de maio de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA