

A. I. Nº - 207090.0007/11-9
AUTUADO - BAHIA PET LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS e MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET 10.09.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0247-05/12

EMENTA: ICMS. 1. ZONA FRANCA. FALTA DE PROVA DE INTERNAMENTO DE PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Sujeito passivo não apresenta razões de mérito de forma a elidir a acusação fiscal. Item subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENTRADA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO; APROPRIAÇÃO SUPERIOR AO VALOR PERMITIDO. **b)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO PRESUMIDO DA MERCADORIA PRODUZIDA, QUANDO DEVOLVIDA. Razões de defesa insuficientes para elidir a imputação. Itens subsistentes. 3. OPERAÇÕES TRIBUTADAS, SAÍDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Exigências não elididas. Itens subsistentes. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTA. Item não elidido. O sujeito passivo não se manifesta, quando da reabertura do prazo de defesa. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/2011, reclama o débito no valor de R\$ 49.448,43, consoante documentos às fls. 10 a 736 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 7.103,65, em virtude de saída de produto industrializado para Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, uma vez que o contribuinte, regularmente intimado, deixou de comprovar internamento da mercadoria em Zona de Livre Comércio, infringindo os artigos 29, II e III, c/c 50, II, 52, 597 e 598 do RICMS (Dec. 6.284/97);
2. Utilizou crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 18.361,66, referente a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, infringindo o art. 93, § 17, do RICMS;
3. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 5.817,12, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, através das notas fiscais nº 13627 e 13632, respectivamente em 31/10/07 e 06/11/07;
4. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 9.491,24, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, através da nota fiscal nº 11316, de 04/11/05, sob alegação de sinistro, invocando o art. 533 do RICMS, porém, sem apresentar a respectiva ocorrência policial para convalidar a operação;
5. Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$ 8.660,96, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, uma vez que, por se tratar de contribuinte beneficiário do BAHIAPLAST - Dec. 7439/98 e Resolução 14/99, ao receber em devolução mercadoria que produziu e vendeu, utilizando-se de crédito presumido de 41,1765% para operações estaduais e de 70% para operações interestaduais, apropriou-se integralmente do crédito destacado. Assim, a falta de estorno do crédito no recebimento de mercadoria produzida e devolvida, resultou em

recolhimento a menor do ICMS devido, infringindo o art. 114 do RICMS, assim como o art. 1º, I, da Resolução 14/99 e art. 7º e 9º do Dec. 7439/98;

6. Deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no exercício de 2010, submetendo a multa de R\$ 13,80.

O autuado, às fls. 739 a 746 dos autos, apresenta defesa tempestiva, na qual, preliminarmente, arguiu a nulidade do Auto de Infração pela falta de verificação concreta dos fatos, uma vez que as autuantes utilizaram como substrato fático de suas apurações, somente as informações oferecidas pelo próprio contribuinte, supostamente corroboradas em análise dos livros de Registro de Apuração do ICMS, especialmente em um demonstrativo de cálculo utilizado para se determinar os valores de ICMS que poderiam ser creditados em decorrência da decisão judicial, não havendo qualquer verificação fática em documentos hábeis da eventual ocorrência da infração imputada à impugnante, do que entende que “Nada de concreto foi feito”, já que sequer analisaram as notas fiscais que originaram os créditos, de maneira que sequer verificaram se realmente todo o crédito glosado se referia apenas aos valores oriundos de aquisição de insumos não tributados, sujeito à alíquota zero, isentos ou imunes, ou seja, não há prova sequer se o valor glosado é o correto. Diz que, no caso concreto, deixaram de fazer qualquer menção a documentos reais que pudessem efetivamente demonstrar que a base de cálculo para a incidência do tributo era realmente aquela adotada da autuação. Portanto, a ausência de provas da efetiva ocorrência impõe a nulidade do lançamento. Transcreve doutrina e a jurisprudência acerca do assunto.

Alega ainda nulidade por cerceamento do direito de defesa, salientando que a ausência dos elementos probatórios acabou por cercear o direito de defesa da impugnante, visto que as glosas feitas estão demonstradas apenas de maneira global, não havendo individualização e tampouco verificação dos valores de cada um dos créditos apropriados, informação vital para o exercício do direito de defesa, impedindo o autuado de verificar se os números refletem a realidade e se o valor glosado é correto. Transcreve jurisprudência.

No mérito, alega a inaplicabilidade da taxa SELIC, pois entende que é absolutamente incabível na espécie o lançamento dos juros moratórios, uma vez que efetuou as compensações amparadas em decisão judicial, não havendo o que se falar em qualquer punição, uma vez que a conduta descrita pelo fisco não é obrigatória. Diz que nenhum comportamento foi descumprido, não sendo possível exigir qualquer espécie de penalidade, seja a punitiva, seja a moratória. Cita doutrina.

Sustenta ser ilegal a aplicabilidade de TAXA SELIC sobre créditos tributários, por afrontar a Constituição Federal, em razão de não ter sido criada por lei e por não respeitar direitos fundamentais dos contribuintes, como a segurança jurídica e a própria legalidade, uma vez que a Lei nº 9.430/96 apenas faz menção ao uso da taxa SELIC, cuja criação é exclusiva do Poder Executivo Federal, com regras próprias de cálculo e variação e sem qualquer previsão ou delimitação legal, a qual se configura como verdadeiro juro remuneratório do capital investido pelos adquirentes de títulos públicos, não se adequando com o instituto dos juros moratórios, os quais têm caráter indenizatório e punitivo, natureza esta que, por constituir em verdadeira majoração do crédito tributário, deve sua incidência ser de conhecimento do contribuinte e veiculado por lei, em atenção ao princípio da legalidade e da anterioridade tributária.

Registra que o STJ já decidiu que “*Aplicada a Taxa SELIC há aumento de tributo, sem lei específica a respeito, o que vulnera o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, a par de ofender também os princípios da anterioridade, da indelegabilidade de competência tributária e da segurança jurídica*” (RESP nº 215.881/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, 13/06/2000).

Por fim, pede que o Auto de Infração seja declarado nulo, por não ter sido lavrado com base em provas, ou pela em razão de ausência de elementos imprescindíveis à correta verificação da infração, o que cerceou o direito de defesa da impugnante, e caso assim não entendido, no mérito, que seja julgado improcedente, do que protesta pela juntada de novos documentos, perícia ou diligência em atendimento ao princípio da verdade material.

As autuantes, em sua informação fiscal às fls. 751 a 755 dos autos, aduz que o autuado, de maneira genérica, contesta o Auto de Infração alegando, inicialmente, a nulidade do lançamento de ofício pela falta de verificação concreta dos fatos. Contudo, entendem que os argumentos da defesa não guardam correlação com a autuação, parecendo inclusive referir-se a outro procedimento fiscal, pois o Auto de Infração examinado baseou-se em irregularidades encontradas após exame de documentos e livros fiscais arrecadados do contribuinte, consoante Termo de Arrecadação, às fls. 67 a 68 e 70 a 72, o que comprova que houve verificação concreta dos documentos e livros fiscais, contrariando a alegação defensiva. Esclarece que desde abril de 2011, a SEFAZ vem fazendo contato com a empresa para viabilizar a entrega dos documentos necessários ao desenvolvimento desta fiscalização, conforme intimações às fls. 60 a 63, 65 e 82 a 90 dos autos.

Salientam que, conforme artigos 88 e 89 do RICMS (Dec. 6284/97), o lançamento do imposto será feito nos documentos e nos livros fiscais, com descrição das operações ou prestações, na forma prevista neste Regulamento, e o lançamento constitui atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte, ficando sujeito a posterior homologação pela autoridade fazendária.

Afirmam que a autuada junta doutrina e jurisprudência sem nenhuma pertinência ou ligação com as infrações que lhe são imputadas, até porque, por mais abalizada que sejam, não obrigam, pois tal poder vem única e exclusivamente da lei.

Destacam que o art. 143 do RPAF BA (Decreto nº 7.629/99) ratifica a autuação ao prevê que a simples negativa do cometimento da infração não desonera a o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Assim, por não existirem nos autos elementos do artigo 18 que trata das nulidades, mantêm na íntegra o lançamento de ofício.

Dizem que todo o procedimento decorreu da lei e nela está baseado e exaustivamente comprovado documentalmente, sendo que, desde a data da ciência, e por 30 dias, o contribuinte pode refletir sobre as infrações, tendo no prazo legal apresentado defesa, logo, seria inconsequente atribuir à falta de argumentos defensivos do autuado o cerceamento de defesa. Assim, reafirmam todas as infrações.

Em relação à inaplicabilidade da taxa SELIC, asseveram que, na qualidade de prepostos fiscais, foge da competência questionar a constitucionalidade da norma aplicada pelo Estado da Bahia para correção de débitos tributários.

Quanto ao pedido de realização de diligência, defendem que não deve ser deferido, uma vez que estão ausentes os requisitos (utilidade / necessidade), previstos nos artigos 145 e 147, já que todos os elementos necessários para o deslinde da questão estão anexados ao processo.

Ressaltam, ainda, que o enquadramento legal, de cada infração, consta em destaque do Auto de Infração, cujo teor de cada imputação fiscal reproduz, concluindo que as infrações não foram contestadas, mantendo na íntegra em todos os termos e valores.

Por decisão desta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, à fl. 759 dos autos, o PAF foi convertido em diligência para que se reabrir o prazo de defesa, fornecendo ao autuado cópia dos demonstrativos e documentos fiscais, às fls. 91 a 149 dos autos, os quais embasaram as acusações fiscais, para querendo apresentar suas razões de defesa, tendo em vista que nos referidos documentos não consignam o recibo de que os mesmos foram entregues ao contribuinte, de modo a proporcionar o pleno exercício do direito de defesa. Contudo, intimado o sócio em seu endereço residencial, consoante documentos às fls. 765 e 766 dos autos, uma vez que o estabelecimento autuado encontra-se na situação “INAPTO” (fl. 760), não tendo sido localizado no endereço cadastral, decorrido o prazo disponibilizado para a apresentação de suas razões de defesa, o mesmo não se manifestou.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor de R\$ 49.448,43, relativo a seis infrações, sendo todas impugnadas pelo sujeito passivo, o qual se limita a argüir a nulidade do lançamento

de ofício sob a alegação de que não houve qualquer verificação fática em documentos hábeis da eventual ocorrência da infração imputada à impugnante, já que sequer analisaram as notas fiscais que originaram os créditos, do que defende que a ausência de provas da efetiva ocorrência impõe a nulidade do lançamento e cerceia o direito de defesa, além de questionar constitucionalidade e legalidade da aplicação da taxa SELIC.

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que todas as acusações constam os dispositivos legais tidos como infringidos e estão devidamente lastreadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, conforme se pode observar às fls. 91 a 149 do PAF.

Assim, vislumbro que as provas documentais das acusações fiscais estão apensadas aos autos, as quais foram todas fornecidas ao sujeito passivo, na pessoa do sócio da empresa, consoante diligência fiscal, possibilitando o pleno exercício do direito de defesa ao contribuinte, o qual se absteve de fazê-lo, mantendo-se silente.

Há de se ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Portanto, não tendo o contribuinte se manifestado nem apresentado suas razões de defesa, apesar de intimado neste sentido, considero como houvesse a aceitação tácita pelo sujeito passivo dos fatos que lhe são imputados, inexistindo lide.

Da análise das peças processuais se verifica que as alegações defensivas iniciais são impertinentes, uma vez que as acusações fiscais se basearam em dados da escrita do próprio contribuinte. Também se observa que inexistiu o cerceamento de defesa, razão para rejeitar o pedido de nulidade do Auto de Infração, como também de se constatar a desnecessidade para realização de diligência fiscal.

Quanto à taxa SELIC tem previsão legal, não tendo este órgão julgador competência para análise da constitucionalidade e legalidade da sua aplicação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207090.0007/11-9, lavrado contra **BAHIA PET LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$49.434,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$13,80**, prevista no inciso XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 agosto de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR