

A. I. Nº - 271148.0007/13-7
AUTUADO - COPENOR COMPANHIA PETROQUÍMICA DO NORDESTE
AUTUANTE - RICARDO MARACAJÁ PEREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 25.05.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0080-04/15

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS NO LIVROS REGISTRO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E O REGISTRO NO LIVRO DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Autuada apresentou argumentos eficazes que desconstituíram a exigência fiscal. Item insubsistente. 2. IMPOSTO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL, PORÉM ESCRITURADO SEM DÉBITO DO IMPOSTO. Item reconhecido pelo autuado. Mantida a exigência. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Restou comprovado que parte do valor escriturado foi estornado tempestivamente. Acusação parcialmente subsistente. 4. OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Parte do ICMS reclamado se refere a notas fiscais devolvidas/canceladas, e a outra parcela se refere a notas denegadas pelo sistema da SEFAZ quando da tentativa de emissão, não ocorrendo fato gerador que autorize a manutenção da cobrança em comento. Item insubsistente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO DE MERCADORIAS SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS NÃO ESCRITURADAS NA EFD - ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Multas de 10% e de 10% do valor comercial das mercadorias não registradas. Apesar de restar comprovado a falta do registro das notas fiscais pela autuada em sua EFD, situação esta que se configuram as infrações imputadas, o fato de ter sido feito o registro em livro fiscal ao qual não mais estava obrigada [livro Registro de Entradas de Mercadorias] e, sobretudo, em razão de ter ocorrido a escrituração contábil dessas notas fiscais, fato este que não contestado pelo autuante, se configura uma situação onde não houve a presença de dolo, fraude ou simulação por parte da autuada, com o fito de se eximir de pagamento de tributo. Infrações mantidas, porém com as penalidades reduzidas com fulcro no § 7º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADOS AO USO/OU CONSUMO PRÓPRIO. FALTA DE PAGAMENTO. Item reconhecido. Infração mantida. Não acolhidas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, foi lavrado em 30/06/2014 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$547.868,64 em decorrência de 07 (sete) infrações à legislação tributária estadual, conforme abaixo:

1 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Apesar de constar no livro de apuração o valor igual ao do livro de saída, a soma dos valores no CFOP 5101 não bate com o apurado, segundo o programa de fiscalização da SEFAZ - SAFA, confirmado pelo arquivo de notas de saída fornecido pelo próprio contribuinte. Demonstrativo Anexo 2. Valor lançado R\$6.105,43. Enquadramento: Artigos 116, 124, 323 e 331 do RICMS/97, com multa de 60% tipificada no art. 42, II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

2 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Débito escriturado sem o destaque do ICMS, quando a nota fiscal eletrônica está com destaque. Demonstrativo Anexo 3. Valor lançado R\$12,90. Enquadramento: Artigo 124, inciso I, do RICMS/97, com multa de 60% tipificada no art. 42, II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96.

3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is). A nota fiscal eletrônica está com o ICMS diferente do valor utilizado para o crédito na Escrituração Fiscal Digital. Demonstrativo Anexo 4. Valor lançado R\$10.010,26. Enquadramento: Artigos 93, §§ 2º e 5º e 124, do RICMS/97, com multa de 60% tipificada no art. 42, VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

4 - Deixou de recolher, no(s) prazo (s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Notas de Saída não escrituradas. Demonstrativo Anexo 5. Valor lançado R\$14.028,27. Enquadramento: Artigos 50, 124, inciso I, [322 e 323, incisos e parágrafos a depender do livro] (sic) e 936 do RICMS/97, com multa de 100% tipificada no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

5 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais eletrônicas não escrituradas na EFD - Escrituração Fiscal Digital. Demonstrativo Anexo 6. Valor lançado R\$23.524,75. Enquadramento: Artigo 322, incisos e parágrafos, do RICMS/97. Multa de 1% tipificada no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96.

6 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais eletrônicas de entrada não lançadas na Escrituração Fiscal Digital. Demonstrativo Anexo 1. Valor lançado R\$492.342,72. Enquadramento: Artigo 322, incisos e parágrafos, do RICMS/97. Multa de 10% tipificada no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

7 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Diferença apurada em conjunto com o Ativo Imobilizado uma vez que o contribuinte declara o pagamento da diferença de alíquota num só lançamento. Demonstrativo Anexo 7. Valor lançado R\$1.844,31. Enquadramento: Artigo 1º, § 2º, inciso IV e arts. 5º, inciso I, 36 § 2º, inciso XIV, 69, 72, 111, inciso III, alínea "a", 124, inciso I e 132 do RICMS/97, com multa de 60% tipificada no art. 42, II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96.

Devidamente cientificado do lançamento, o autuado ingressou com "Defesa Administrativa", fls. 73 a 93, onde, inicialmente, argui a tempestividade da mesma, elabora uma síntese da autuação e, em seguida, informa o pagamento integral das infrações 02 e 07 e parcial da infração 03, esta no que se refere a nota fiscal nº 7343, passando a defender-se em relação aos demais itens da autuação.

Neste passo suscita a nulidade do auto de infração ao argumento do mesmo *"não conter os elementos suficientes à determinação segura das infrações, uma vez que promove a indicação do enquadramento legal das infrações de forma GENÉRICA indicando tão somente os artigos em que*

entende enquadrar-se o ato ilegal do contribuinte, sem contudo, especificar/individualizar os incisos, parágrafos e alíneas que fundamentam a exigência fiscal e que teriam sido infringidos, como mesmo determina o art. 18, II e IV, "a", do RPAF/BA, comprometendo o pleno exercício do direito de defesa e a garantia do devido processo legal no âmbito administrativo (art.5º, LIV e LV, da CF/88)".

Cita, a título de exemplo, infração 01, que imputa recolhimento à menor de ICMS, indicando como enquadramento legal apenas os arts. 116, 124, 323 e 331 do RICMS/BA. Todavia, a mera indicação *genérica* dos referidos artigos não é suficiente para individualizar e determinar de maneira segura a infração, haja vista que o art. 116 é composto de 3 incisos (cada um com diversas alíneas) e três parágrafos, o art. 124 é composto por 2 incisos (o primeiro com 2 alíneas); o art. 323 é composto por três incisos e dez parágrafos e, por fim, o art. 331 é composto por nove parágrafos, conforme transcrição anexa. DOC.03

Diz que situação semelhante ocorreu em relação a infração 03, onde se imputa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, indicando como enquadramento legal apenas os arts. 93, §§2º e 5º e 124 do RICMS/BA, destacando, em seguida, situação idêntica para as infrações 4 e 5.

Diante da situação acima posta, assevera que o autuante deixou de cumprir o quanto prescrito na legislação tributária, violando especificamente o art. 39, V, "a" e "b", do RPAF/BA, sendo, conseqüentemente, nulo o auto de infração conforme aponta o art. 18, IV, do RPAF/BA, haja vista se tratar de ato administrativo *vinculado*, nos termos do art. 142 do CTN.

Defende, ainda, que tais elementos, os elencados no referido art. 39 do RPAF/BA, se mostram essenciais, a fim de assegurar o devido conhecimento da violação que está sendo imputada ao contribuinte em toda sua inteireza, e uma vez ausentes elementos fundamentais (como o devido enquadramento legal) o contribuinte estará em situação desvantajosa sem a devida certeza da infração que lhe está sendo imputada, comprometendo o direito de defesa e a garantia do devido processo legal no âmbito administrativo, em violação ao art. 5º, LIV e LV, da CF e art. 2º do RPAF/BA.

Cita decisões deste CONSEF e do Conselho de Contribuintes do Estado de Sergipe para respaldar seus argumentos, afirmando que nestes autos, ante a ausência do dispositivo preciso, ficou fazendo verdadeiro exercício de adivinhação em face das notas para identificação do ocorrido e da real ocorrência de violação à lei, o que não se verificou.

Observa que eventual manutenção da autuação implicará em nova nulidade, desta vez prevista no art. 18, I, do RPAF/BA, uma vez que qualquer ato neste processo praticado desconsiderando a insuficiência do AI na determinação segura das infrações incorrerá em preterição do direito de defesa, vício insanável que impede a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, nos termos do art. 119 do COTEB, o qual transcreveu, voltando a citar decisões deste órgão julgador com o fito de corroborar seus argumentos.

Conclui seus argumentos preliminares, pugnando que o Auto de Infração *"deve ser declarado nulo, seja por não conter os elementos necessários à determinação segura das infrações nele contidas, seja porque eventual manutenção do mesmo violará o pleno exercício do direito de defesa da Autuada, haja vista a insuficiência das informações constantes no lançamento de ofício (art. 18, II e IV, a, do RPAF/BA)".*

Adentra ao mérito em relação a infração 1, ressaltando haver contradição incorrida pelo autuante ao dizer que o ICMS cobrado deriva de DIVERGÊNCIA entre os valores do livro Registro de Saídas e de Apuração do imposto, para logo a seguir apontar que os dados constantes do livro são iguais, levando ao entendimento pelo enquadramento equivocado da infração.

Diz que pesquisando o que teria sido levantado pelo fiscal, encontrou uma única divergência, referente a NF-e 230 (CFOP 5101), emitida pela Petrobrás (fornecedora) em 05/2010, com ICMS destacado no valor de R\$6.105,43. Todavia, tal Nota foi objeto de cancelamento pela referida

empresa, ensejando o ESTORNO do débito do imposto, em 07/2010, acrescentando que o ICMS devido em razão da referida nota está incluído no valor de R\$159.987,88 na 1ª linha da 2ª folha do livro Registro de Apuração de 05/2010, compondo o total do “imposto debitado” de R\$9.736.040,44, como demonstra o livro Registro de Apuração de ICMS em anexo e planilha anexa (DOC.04). Cita jurisprudência acerca de cancelamento de documento fiscal.

Em vista disto, pede a exclusão da infração 01 por sua manifesta improcedência, seja porque ausente a divergência entre os valores dos livros fiscais, seja porque a NF-e 230 emitida para a Companhia foi posteriormente cancelada pelo próprio emitente (Petrobrás) e estornado o respectivo débito pela Autuada em seu livro Registro de Apuração do ICMS.

Adentra a seguir, aos argumentos relacionados com a infração 3, onde se exige imposto no valor de R\$10.010,26 por uso indevido de crédito de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, no período de 31/03/11, destacando que segundo o anexo do AI, as notas fiscais eletrônicas n. 7978 e 7343 estão com o ICMS diferente do valor creditado Escrituração Fiscal Digital.

Após observar o reconhecimento do débito em relação à NF nº 7343, cujo ICMS cobrado corresponde a R\$16,80, surge-se quanto à NF nº 7978, cujo ICMS cobrado corresponde a R\$9.993,46. Diz se tratar de nota de remessa simbólica de mercadorias para armazém, emitida em 14/03/11, pela empresa de CATTALLINI TERMINAIS MARÍTIMOS LTDA., sem destacar ICMS, por se tratar de operação que não configura fato gerador do imposto (DOC.05), citando que, apesar de ter registrado o ICMS de R\$ 9.993,46 em seu livro Registro de Entradas ESTORNOU o referido crédito em momento posterior, conforme cópia do referido livro de apuração, especificamente no campo 003 onde aponta o estorno do valor referente a NFe 7978, em anexo (DOC.5). Cita legislação e jurisprudência administrativa para respaldar seu procedimento. Pede a improcedência desta parcela da autuação.

Quanto a infração 4, no valor de R\$14.028,27, pelo não recolhimento do imposto no prazo regulamentar, relativo a Notas Fiscais de Saída não escrituradas nos livros fiscais, sustenta que parte do ICMS reclamado se refere a notas fiscais DEVOLVIDAS/CANCELADAS, e a outra parte se refere a notas DENEGADAS pelo sistema da Sefaz quando da tentativa de emissão, não ocorrendo fato gerador que autorize a manutenção da cobrança em comento.

Aponta notas fiscais que foram canceladas pelos fornecedores e outras que foram denegadas pelo sistema da Sefaz quando tentou emití-las, denegação esta, que, ao seu argumento, impediu a emissão das mesmas ou mesmo o aproveitamento de seus números para quaisquer operações, conforme registrado no livro Registro de Saídas de 09/2010, constando o informativo de cancelamento das notas em questão, (DOC.07).

Diante disto, por entender não ter ocorrido o fato gerador do imposto em nenhuma das duas situações acima descritas sustenta que não há imposto a ser recolhido. Questiona, também, a multa de 100% aplicada, ao argumento de que se reveste em caráter confiscatório, pois tal percentual já foi reconhecidamente assim declarado pelo Supremo Tribunal Federal (STF - RE: 748257 SE, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 06/08/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 19-08-2013 PUBLIC 20-08-2013).

Aduz, ainda, que art. 150, IV, da CF expressamente veda a cobrança fiscal com efeito confiscatório, a multa aplicada à infração em tela é inconstitucional, sendo imperioso seu cancelamento ou, sucessivamente, sua redução, até mesmo por aplicação analógica do §7º do art. 42 da Lei 7.014/96. Pugna, ao final, pela improcedência da infração 4.

Em seguida, passa a se defender em relação às infrações 5 e 6, que tratam de penalidades de 1% (R\$23.524,75) e de 10% (R\$492.342,72), aplicadas sobre operações de entradas de mercadorias não tributáveis e tributáveis, respectivamente, sem o registro na escrita fiscal *digital*.

Defende-se afirmando que fez o devido registro de tais notas em sua escrita fiscal, conforme demonstra o livro Registro de Entradas (DOC.08 – referente a infração 05) e (DOC.10 – referente a infração 06), em anexo, situação esta que, ao seu entender, deve ser considerada pelo fisco, haja

vista os *Princípios da Verdade Material e do Informalismo*, previstos no art. 2º do RPAB/BA, o qual transcreveu, destacando que o Fisco não pode desconsiderar a realização do registro na escrita fiscal simplesmente porque este registro não foi também encaminhado pelo sistema eletrônico. Cita decisão administrativa envolvendo questão ao seu ver semelhante à presente.

Aliado ao argumento acima, defende que também é necessário considerar que a realidade fática da época do fato gerador (01/2011 a 12/2011) da infração coincide com o período em que teve início para si da obrigatoriedade da NF eletrônica, conforme documento anexo (DOC.09), momento em que estava realmente aprendendo a lidar com a nova forma de escrituração fiscal, e apurando seus controles para a geração dos arquivos eletrônicos, frisando que todas as notas apontadas pela fiscalização encontram-se registradas na sua escrita fiscal sendo que por erro de digitação ou do sistema, ao enviar os relatórios eletrônicos, tais notas foram deixadas de fora, porém sem que pretendesse de qualquer forma excluí-las, em especial porque o ICMS relativo às operações tributadas (infração 06), foi devidamente pago e escriturado, denotando a completa ausência de intenção ou má fé da sua parte no ocorrido, ou mesmo do cumprimento de suas obrigações com o Fisco.

Considera não se demonstrar razoável lhe punir já que "*promoveu a escrituração fiscal das notas em sua escrita contábil*", aplicando-lhe multas que são previstas tão somente para a hipótese de NÃO realização do registro, quando o regulamento não faz qualquer menção específica à escrituração física ou *digital*. Transcreve o Art. 42, incisos IX e XI da Lei nº 7.014/96.

Aduz que a autuação não se sustenta, devendo ser cancelada a multa aplicada, tendo em vista a ausência de cometimento de infração, em prestígio dos *princípios da boa fé e da razoabilidade*, acrescentando, ainda, ser necessário considerar que a realidade fática da época do fato gerador (01/2011 a 12/2011) da infração coincide com o período em que se iniciou a obrigatoriedade da NF eletrônica para a Autuada momento em que a empresa estava aprendendo a lidar com a nova forma de escrituração fiscal.

Defende não se mostrar razoável a punição vez que fez a escrituração contábil de suas notas e recolheu devidamente os impostos devidos, principalmente porque esta penalidade é prevista apenas para a hipótese de não realização do registro, não havendo qualquer menção específica à escrituração digital, mas tão somente, com relação à escrituração fiscal, o que foi feito.

Observa que o legislador estadual não foi insensível a questões como as tais, orientando no sentido da redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigação acessória (como se vê no caso), quando demonstrada a inexistência de dolo, fraude, simulação por parte do Contribuinte, conforme permite o § 7º do art. 42 e 112, da Lei nº 7.014/96, bem como o art. 158 do RPAF/BA, os quais transcreveu.

Pede, ainda, que caso se opte por *reduzir* a multa, que lhe seja aplicada a penalidade de 5% prevista no art. 47, XI, do COTEB para a infração em tela, uma vez que o art. 112 do CTN determina a interpretação mais favorável ao contribuinte quanto à legislação tributária que comina penalidades:

Art. 47. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

XI - 5% (cinco por cento) do valor comercial da mercadoria, sujeito à tributação, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

Em conclusão, suscitando a observância dos *princípios da boa fé e da razoabilidade*, pede que as multas exigidas nestas infrações 05 e 06, sejam canceladas ou, sucessivamente, reduzidas, tendo em vista a existência de escrita fiscal de todas as notas e a ausência de prejuízo ao erário.

Finalmente, requer a realização de perícia técnica contábil, com o fito de comprovar suas alegações, de acordo com os quesitos que formulou, indicando Assistente Técnico, protestando desde já, pela juntada de quesitos suplementares acaso necessários.

Finalmente, requer que seja declarada NULA a autuação em comento, nos termos do art. 18, II e IV, "a", do RPAF/BA, por não conter os elementos suficientes à determinação segura das infrações, vez que a maioria dos enquadramentos legais apontados é GENÉRICA, o que compromete o *pleno exercício do direito de defesa* e a garantia do *devido processo legal* no âmbito administrativo (art.5º, LIV e LV, da CF/88), e, caso seja vencida a preliminar de nulidade requer seja declarada a EXTINÇÃO TOTAL das infrações 02 e 07 e a EXTINÇÃO PARCIAL da infração 03 pelo *pagamento* comprovado nesta peça (art. 156, I, do CTN – DOC.); analisadas todas as questões inerentes ao mérito levantadas nesta defesa, realizando a PERICIA TÉCNICA solicitada, com a possibilidade de apresentação de novos documentos necessários à comprovação dos fatos, para que, ao final, sejam confirmados os argumentos da defesa, julgando IMPROCEDENTE a presente autuação.

O autuante presta informação fiscal, fls. 274 a 280, destacando que verificou todos os enquadramentos das infrações e não observou qualquer dúvida quanto ao entendimento do que foi cobrado, e que inclusive colocou uma descrição complementar que facilita a compreensão, tanto que o contribuinte efetuou sua defesa interpretando corretamente o que foi cobrado.

No que se refere a infração 1 cita que o levantamento consiste em comparar os totais constantes no livro Registro de Saídas de Mercadorias com o livro de Registro de Apuração do imposto, observando que, no primeiro, consta no CFOP 5101 o valor de R\$159.987,88 enquanto no seguinte, Registro de Apuração diz que "*carregamos os valores constantes no seu arquivo magnético para verificar o lançamento*", sendo que só apurou no CFOP 5101, no mesmo período, o valor de R\$153.882,45.

Cita que, objetivando "*checar a diferença*" solicitou da empresa uma relação completa das notas utilizadas no seu livro de apuração, o que foi fornecido, sendo que o total apurado neste arquivo é igual ao totalizado pelo sistema SAFA. Sendo assim foi efetuada a cobrança. Faz juntada de telas do livro RS do autuado, da apuração feito pelo SAFA e da soma realizada no arquivo enviado pelo contribuinte, concluindo que nas suas argumentações a empresa não demonstra a diferença no mês. Mantém a autuação quanto a este item.

Em relação a terceira infração, reconhece que o valor cobrado relativamente a NFe 7978 foi devidamente estornado no livro de apuração do autuado e, sendo assim, como o contribuinte pagou a outra nota nada mais resta a se exigir nesta infração.

Por igual, no que pertine a infração 4, diz que a autuada demonstrou em sua defesa os motivos pelos quais não encontrou o registro das referidas notas fiscais na sua escrita e dessa forma reconhece a improcedência total desse item da autuação.

Passa a se pronunciar em relação as quinta e sexta infrações, citando que a autuada anexa a sua defesa cópias de um livro de Registro de Entradas diferente do apresentado em sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, livro oficial desde 01/01/2011, como reconhece o próprio contribuinte em sua defesa à fl. 247 do AI, juntando em seguida, tela referente ao arquivo do mês de janeiro/11 da Escrituração Fiscal Digital - EFD do autuado, onde não contém a escrituração dos documentos objeto da autuação.

Considerando que a autuada não apresentou qualquer prova concreta que comprove a escrituração das referidas notas fiscais eletrônicas modelo 55, tanto na infração 5 como na infração 6, mantém a autuação para ambas as infrações.

Em conclusão requer que o Auto de Infração em discussão seja julgado Parcialmente Procedente.

Intimado para se pronunciar acerca da informação fiscal, o autuado apresentou manifestação de fls. 285 a 297, onde, após breve relato dos fatos, volta a arguir a nulidade do Auto de Infração, repetindo os mesmos argumentos já apresentados nas Razões de Defesa inicial, ou sejam, preliminar de nulidade por indicação genérica do enquadramento legal e cerceamento ao direito de defesa, enquanto que em relação ao mérito traz também os mesmos argumentos já constantes da peça de impugnação inicial.

O autuante volta a se pronunciar à fl. 301, observando que a autuada apresenta nova defesa, sem contudo acrescentar nada de novo ao apontado anteriormente. Mantém integralmente a primeira informação fiscal e conclui requerendo que o Auto de Infração em discussão seja julgado Parcialmente Procedente.

VOTO

De início destaco que a autuada reconheceu integralmente o débito em relação às infrações 2 e 7, nos valores respectivos de R\$12,90 e R\$1.844,31, e parcialmente o valor de R\$16,80 (nota fiscal nº 7343) relativo a infração 3, tendo efetuado os respectivos pagamentos conforme DAE juntado à fl. 101 e extratos SIGAT fls. 304 a 306, os quais deverão ser homologados pelo órgão competente, inexistindo lide quanto aos mesmos.

Quanto a preliminar de nulidade do Auto de Infração suscitada pela autuada ao argumento da ausência de elementos suficientes à determinação segura das infrações, uma vez que o autuante promoveu a indicação do enquadramento legal das infrações de forma genérica, comprometendo o pleno exercício do seu direito de defesa e a garantia do devido processo legal, não vejo como dar guarida a estes argumentos.

Em primeiro lugar, vejo que a descrição das infrações foram feitas de forma que possibilitou ao autuado o amplo entendimento das acusações, e foram elaborados para cada infração anexos analíticos que ofereceram todos os meios à prática segura da defesa.

Por outro lado, apesar da ausência no enquadramento legal das infrações dos incisos, alíneas e parágrafos, este fato não é motivo para se decretar a nulidade do Auto de Infração, à luz do que estabelece o Art. 19, do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia - RPAF/BA, *verbis*:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

E tanto a descrição dos fatos quanto os anexos elaborados pelo autuante evidenciaram o enquadramento legal que o autuado reconheceu e pagou integralmente o imposto exigido em duas das infrações e parte de outra. Desta maneira, não acolho a preliminar de nulidade do Auto de Infração, pois não se concretiza nestes autos a previsão contida no Art. 18, "a", do RPAF/BA.

Quanto ao pedido de perícia formulado pelo autuado, posiciono-me pelo seu indeferimento, com fulcro no Art. 147, inciso II, letras "a" e "b" do RPAF/BA, visto que as questões debatidas nestes autos não necessitam de conhecimento especial de técnicos, enquanto que os elementos probatórios carreados aos autos são suficientes para a formação de minha convicção.

Adentrando ao mérito, vejo que em relação a infração 1 a exigência no valor de R\$6.105,43 segundo a autuação, é decorrente de divergência entre os valores lançados no livro RSM e o escriturado no livro RAICMS. Vê-se, entretanto, que na própria acusação, o autuante acrescenta que *"apesar de constar no livro de apuração o valor igual ao do livro de saída a soma dos valores no CFOP 5101 não bate com o apurado, segundo o programa de fiscalização da SEFAZ - SAFA, confirmado pelo arquivo de notas de saída fornecido pelo próprio contribuinte"*. Diante disto, de fato, existe uma contradição por parte do autuante pois consta na acusação a existência de divergência entre os citados livros, porém, logo em seguida, o próprio autuante afirma em contrário.

Em sua informação fiscal o autuante cita que consta no livro RSM, no CFOP 5101 o valor de R\$159.987,88 enquanto que no livro de apuração, de acordo com o constante nos arquivos magnéticos, contém no mesmo CFOP 5101, para o mesmo período, o valor de R\$153.882,45, razão pela qual foi exigido o imposto da diferença.

Vejo que na situação presente caberia uma apuração mais detalhada pelo autuante, com verificação na documentação fiscal que embasou os lançamentos do autuado no mês de maio/2010 para poder se certificar do real motivo da dita diferença.

Analisando a cópia dos livros fiscais apresentados pelo autuado, fls. 109 a 122, verifico que no livro RAICMS, mês maio/2010, consta o débito de ICMS para o código 5101 o valor de R\$159.987,88 que corresponde ao mesmo valor lançado no livro RSM.

Ocorre, todavia, que a NF nº 230 de 12/05/2010, com ICMS no valor de R\$6.105,43, valor autuado, segundo a defesa foi objeto de cancelamento, fato não contestado pelo autuante, sendo efetuado o estorno do débito no livro RAICMS no mês de julho/2010 conforme se verifica à fl. 121.

Diante deste fato, não vejo motivação para que a exigência fiscal se mantenha, até porque, mesmo que acaso prevalecesse a divergência, tal ocorrência não resultaria em imposto a ser exigido porque a empresa apresentou em seu livro RAICMS "*saldo credor para o período seguinte*" no montante de R\$419.758,75 inexistindo, portanto, recolhimento do imposto a menos na quantia autuada. Item insubsistente.

No que tange a infração 3, que trata de uso indevido de crédito de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, a insurgência do autuado prende-se unicamente a nota fiscal nº 7978, cujo ICMS reclamado corresponde a R\$9.993,46.

Alegou a autuada que se trata de nota de remessa simbólica de mercadorias para armazém, emitida em 14/03/11, pela empresa de CATTALLINI TERMINAIS MARÍTIMOS LTDA., sem destacar ICMS, por se tratar de operação que não configura fato gerador do imposto, citando que, apesar de ter registrado o ICMS de R\$9.993,46 em seu livro Registro de Entradas estornou o referido crédito em momento posterior. O autuante, por sua vez, ao prestar a informação fiscal, reconheceu que o valor exigido relativamente a NF 7978 foi devidamente estornado no livro de apuração do autuado, afastando, consequentemente, a exigência do imposto.

Desta maneira, após examinar os documentos apresentados pelo autuado, acolho o posicionamento do autuante no tocante a exclusão do valor de R\$9.993,46 em razão dos fatos acima mencionados, restando esta infração 3 parcialmente procedente no valor de R\$16,80 que foi objeto de reconhecimento do débito pelo autuado [NF nº 7343], cujo valor já foi pago e deverá ser homologado pelo setor competente deste SEFAZ.

No que se relaciona a infração 4, que cuida de falta de escrituração nos livros fiscais de notas fiscais de saídas de mercadorias, com exigência de imposto no valor de R\$14.028,27, a autuada sustentou que parte do ICMS reclamado se refere a notas fiscais DEVOLVIDAS/CANCELADAS, e a outra parte se refere a notas DENEGADAS pelo sistema da Sefaz quando da tentativa de emissão, não ocorrendo fato gerador que autorize a manutenção da cobrança em comento. Por sua vez, o autuante confessa que a autuada demonstrou em sua defesa os motivos pelos quais não encontrou o registro das referidas notas fiscais na sua escrita e dessa forma reconhece a improcedência total desse item da autuação. Diante dos fatos aqui delineados e, principalmente, ante ao posicionamento do autuante, desnecessário se torna maiores considerações a respeito desta infração, a qual se mostra insubsistente. Por esse motivo deixo de me pronunciar acerca dos argumentos do autuado quanto ao caráter confiscatório e da inconstitucionalidade da multa de 100% aplicada nesta infração, até porque, não se incluiu na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade (Art. 167, I, do RPAF/BA).

As infrações 5 e 6, tratam de penalidades aplicadas por falta de registro pelo autuado na Escrita Fiscal Digital - EFD de entradas de mercadorias não tributáveis e tributáveis, com multas respectivas de 1% no valor de R\$23.524,75 e de 10% no valor de R\$492.342,72.

Em sua defesa a autuada, reconhece que não "*encaminhou o registro das notas fiscais pelo sistema eletrônico*", e alegou, em síntese, que: a) efetuou o registro das notas fiscais que deram causa à autuação em seu livro Registro de Entradas, fato este que ao seu entender não pode ser desconsiderado; b) que à época do fato gerador (exercício de 2011) coincidiu com o período que

estava obrigada a emitir nota fiscal eletrônica, e que estava "aprendendo a lidar com a nova forma de escrituração fiscal"; c) que o imposto relativo às operações tributadas (infração 6) foi devidamente pago e escriturado, denotando a completa ausência de intenção ou má fé da sua parte no ocorrido; d) que promoveu a escrituração das notas em sua escrita contábil; e) que a penalidade aplicada é prevista apenas para a hipótese de não realização do registro, não havendo qualquer menção específica à escrituração digital.

Já o autuante, mantém as penalidades, por entender que a autuada anexou a sua defesa cópias de um livro Registro de Entradas diferente do apresentado em sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, livro oficial desde 01/01/2011, como reconhece o próprio contribuinte em sua defesa à fl. 247 do AI, juntando, em seguida, tela referente ao arquivo do mês de janeiro/11 da Escrituração Fiscal Digital - EFD do autuado, onde não contém a escrituração dos documentos objeto da autuação.

Dúvidas não existem quanto ao fato do não registro pela autuada em sua EFD das notas fiscais que motivaram a autuação, situação em que se encontrava obrigada a partir do exercício de 2011. A legislação pertinente a esta matéria (RICMS/BA), então vigente, estabelecia que:

Art. 897-A. A Escrituração Fiscal 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 (Conv. ICMS 143/06).

§ 1º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:

I - Registro de Entradas;

II - Registro de Saídas;

III - Registro de Inventário;

IV - Registro de Apuração do ICMS;

V - documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP.

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

Apesar de restar comprovado que não ocorreu o registro das notas fiscais pela autuada em sua EFD, situação esta que se configuram as infrações que lhe foram imputadas, entendo que o fato de ter sido feito o registro em livro fiscal ao qual não mais estava obrigada e, sobretudo, em razão de ter ocorrido a escrituração contábil dessas notas fiscais, fato este que não foi contestado pelo autuante, se reflete uma situação onde não se comprovou a presença de dolo, fraude ou simulação por parte da autuada, com o fito de se eximir de pagamento de tributo. Aliás, a própria escrituração contábil dessas notas fiscais, afasta a presunção de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, fato afastada pelo próprio autuante ao aplicar a penalidade prevista pelo inciso IX do art. 42. Em vista disto, invoco o estabelecido pelo § 7º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito, para propor a redução das penalidades de ambas as infrações para o percentual de 10% do valor original aplicado:

Art. 42

(...)

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Desta maneira, as infrações 5 e 6, são procedentes, porém, reduzidas para o patamar de 10% do seu valor original, remanescendo para a infração 5 a multa no valor de R\$2.352,47 e para a infração 6 a multa no valor de R\$49.234,27.

Quanto ao pedido da autuada de que lhe seja aplicada a penalidade de 5% prevista no art. 47, XI, do COTEB para as infrações em tela, ao amparo do art. 112 do CTN, não há como se atender ao pleito da autuada uma vez que o Título II do COTEB, onde se incluía o referido artigo, foi revogado tacitamente pela Lei 4.825/89, de 27/01/89, DOE 28 e 29/01/89, efeitos até 28/02/89,

prevalecendo portanto, a penalidade prevista pelo Art. 42 da Lei nº 7.014/96, aplicada na presente autuação.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, restando o débito com a seguinte configuração:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO			
Infração	Valor lançado	Valor julgado	Resultado
1	6.105,43	0,00	Improcedente
2	12,90	12,90	Procedente - Valor pago para homologação.
3	10.010,26	16,80	P.Parte - Valor pago para homologação.
4	14.028,27	0,00	Improcedente
5	23.524,75	2.352,47	Procedente com redução da multa em 90%.
6	492.342,72	49.234,27	Procedente com redução da multa em 90%.
7	1.844,31	1.844,31	Procedente - Valor pago para homologação.
Total	547.868,64	53.460,75	

Observe, finalmente, que os valores já recolhidos referentes às infrações 2, 7 e parte da infração 3, acima indicados, deverão ser homologados pelo órgão competente desta SEFAZ.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **271148.0007/13-7** lavrado contra **COPENOR COMPANHIA PETROQUÍMICA DO NORDESTE**, com imposto devido no valor de **R\$1.874,01** acrescido de multas de 60% previstas no Art. 42, incisos II, alíneas "f" e VII alínea "a" da Lei nº 7.014/96, cujos valores já recolhidos deverão ser homologados pelo setor competente desta SEFAZ, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no montante de **R\$51.586,74** previstas no art. 42, incisos XI e IX do mesmo diploma legal já citado, as quais foram reduzidas com base no § 7º, da mesma lei, com incidência dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento 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 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, em 14 de maio de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR