

A. I. Nº - 269191.0006/14-0
AUTUADO - MAXUM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO ARAÚJO MAGALHÃES
ORIGEM - DAT/SUL IFEP
INTERNET - 27/10/2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0202-04/15

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADA DE MERCADORIA NA ESCRITA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Os argumentos trazidos pela autuada carecem da devida prova, motivo pelo qual não podem ser acolhidos. **Infrações mantidas. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. OMISSÃO DE LANÇAMENTO DE DOCUMENTOS FISCAIS.** A falta do elemento de prova inviabiliza qualquer apreciação. **Infração mantida. 3. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA. Infração não impugnada. 4. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Infração não contestada. Não acolhida a preliminar argüida. Negado o pedido de diligência Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 26.12.14 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$953.050,04, pela constatação das seguintes infrações

Infração 01. 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio a dezembro de 2009, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$653.918,68, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias.

Infração 02. 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de maio a dezembro de 2009, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$81.173,06, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias.

Infração 03. 05.05.03 Omissão de saídas de mercadorias ou serviços decorrentes do não lançamento de documentos fiscais nos livros próprios, nos meses de maio, junho e agosto de 2009, no valor de R\$39.548,83, acrescido da multa de 70%.

Infração 04. 16.04.08 Deixou de escriturar livros fiscais, no mês de dezembro de 2009, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00, constando a seguinte informação: *"O contribuinte apresentou como seus livros fiscais de entrada de mercadorias escriturados do exercício de 2009, livro fiscal de entrada impresso por processamento de dados e encadernado adequadamente, com número 14, com termo de abertura em 01/01/2009 e termo de encerramento em 31/12/2009, ambos assinados por preposto da empresa e contador responsável, todavia escriturado apenas os meses de janeiro a agosto de 2009, visados tais termos e páginas iniciais e finais impressos e encadernados dos respectivos livros de entrada de 2009 por esta fiscalização. Para fins de apuração das apurações de infração do presente processo que consideram registros escriturais de entrada do contribuinte para os meses de setembro a dezembro de 2009, a ação fiscal que ora se encerra notificou o contribuinte a apresentar os registros escriturais emitidos a partir do sistema autorizado ao contribuinte*

para escrituração em processamento de dados de seus livros fiscais (SEPD), relativo aos livros de entrada não impressos e encadernados no citado livro 14, sistema de escrituração esse executado no estabelecimento do contribuinte, de responsabilidade de Stefanini Consultoria e Assessoria em Informática, CNPJ 02.227.267/0001-41, código de livro autorizado 90, em uso, a partir de 24/09/2002, apresentado assim à fiscalização pelo contribuinte em formato de relatório impresso, direcionado para arquivo texto sem formatação, codificação ANSI, enviado por email pelo contribuinte à fiscalização, cujas cópias constam anexas ao presente processo fiscal na forma dos arquivos texto, integrando-se a CD (Compact Disk) que contém os papéis de trabalho produzidos e considerados na ação fiscal ora encerrada, cuja cópia foi entregue ao contribuinte, mediante recibo".

Infração 05. 01.06.01 Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, apurado através do demonstrativo analítico que apura por totais mensais por CFOP o estorno indevido de débitos relativos a saídas com ICMS Substituição Tributária Total para outras UF e que tiveram Substituição Tributária Total paga para a Bahia, conforme Anexo V, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, no montante de R\$177.949,47, bem como multa de 60%.

Tempestivamente, a autuada, por intermédio de seu advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 49 a 72, onde argüi em sua defesa, equívoco cometido pelo autuante em seu procedimento fiscal, diante do fato de que as notas fiscais consideradas como não lançadas, foram sim registradas, aplicando roteiro que indica, tendo verificado que os valores devidos nas infrações 01 a 03, foram reduzidos, senão zerados.

Para a infração 01, diz que foram localizada como registrada operações da ordem de R\$6.506.449,30, o que resulta no abatimento de R\$650.644,93, sobre o valor da multa devida, restando apenas devido como multa apenas R\$3.446,92, constatando que parte das notas fiscais foram lançadas em 09/2009, 01/2010, 02/2010 e 03/2010, outra parte trata-se de notas fiscais canceladas.

Como prova, elaborou demonstrativo e juntou documentos da seguinte forma no anexo da infração 01:

- Notas Fiscais lançadas em 2009 (emissão 08 e 09/2009) – Relação de Notas Fiscais apontadas no auto de infração que localizamos seu lançamento no Livro de Entradas de 09/2009;
- Notas Fiscais lançadas em 2010 (emissão nos meses 01, 02, e 03/2010) - Relação de Notas Fiscais apontadas no auto de infração que localizamos seu lançamento no Livro de Entradas 01/2010 a 03/2010;
- Cópia dos Livros Fiscais de Entradas de 09/2009, 01/2010, 02/2010 e 03/2010;
- Cópia das Notas Fiscais não escrituradas – Notas Fiscais que não se localizou o registro.

Na infração 02, da mesma forma, indica que foram localizadas R\$7.180.592,00 em operações não tributadas como devidamente registradas, o que representa uma redução em R\$71.805,92 do valor da multa cobrada, restando como devido apenas R\$9.367,14.

Observa que parte das notas fiscais foi lançada em 09/2009, 01/2010 e 02/2010, outras são notas fiscais canceladas ou notas fiscais emitidas pelos fornecedores e posteriormente realizado uma emissão de entrada (em nome da MAXUM) para acobertar a devolução das mercadorias. Mas o fato é que não deveriam ser lançadas mesmo na escrita, pela devolução das mercadorias.

Também elabora demonstrativo acompanhados de documentos da seguinte forma no anexo da infração 02:

- Notas Fiscais lançadas em 2009 (emissão 08 e 09/2009) – Relação de Notas Fiscais apontadas no auto de infração que localizamos seu lançamento no Livro de Entradas de 09/2009;
- Notas Fiscais lançadas em 2010 (emissão 12/2009) - Relação de Notas Fiscais apontadas no auto de infração que localizamos seu lançamento no Livro de Entradas 01/2010 a 03/2010;
- Cópia dos Livros Fiscais de Entradas de 09/2009, 01/2010 e 02/201;

- Cópia das Notas Fiscais não escrituradas – Notas Fiscais não localizado no registro,

Quanto à infração 03, aduz que através de levantamento por ela realizado, foram localizados os registros de todas as notas fiscais, pois refere-se a notas fiscais emitidas para a MAXUM, as quais não foram escrituradas porque a mercadoria não foi aceita e o fornecedor procedeu com uma emissão de entrada (em nome da MAXUM) para receber de volta estas mercadorias numa operação não tributada.

Trata, a seguir, da impropriedade de aplicação da taxa SELIC como índice para acréscimo moratório na infração 01 a 05, vez que a mesma é manifestamente ilegal e inconstitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (artigo 150, I, da CF), anterioridade (artigo 150, III, “b” da CF), anterioridade nonagesimal (artigo 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (artigos 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF).

Após breve digressão acerca dos dispositivos criadores da taxa SELIC, inclusive com a sua transcrição, fala que a mesma foi adotada pela Lei 7.753 de 13 de dezembro de 2000, que alterou a redação do Código tributário do Estado da Bahia, também transcrita.

Assevera que o que se pode perceber da simples leitura dos dispositivos transcritos, assim como das outras leis não citadas, é que nenhuma delas define o que seja a TAXA SELIC. Destarte, mesmo nas hipóteses em que é dada a opção ao contribuinte pelo pagamento parcelado com quotas acrescidas com juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, tem-se como inconstitucional.

Diz mais: a Taxa não é calculada sobre a diferença entre o valor de compra e de resgate dos títulos, no seu cômputo leva-se em consideração os juros cobrados nas operações de venda de título negociável em operação financeira com cláusula de compromisso de recompra e não sobre a diferença entre valor de compra e de resgate dos títulos, sendo diária, pois as negociações dos títulos são realizadas no overnight (que tem como objetivo superar as deficiências de reservas bancárias entre instituições, de modo que, diariamente, estas negociam títulos públicos entre si, lembrando, ainda, a obrigatoriedade de revenda do título no dia após a compra), assim a taxa é acumulada para formar uma taxa mensal. Em sendo assim, a Taxa SELIC é utilizada para remunerar determinada instituição financeira que empresta recursos a outra, empréstimo este realizado por meio de negociação de títulos públicos. Reflete, portanto, a remuneração dos investidores pela compra e venda dos títulos públicos.

Transcreve decisão judicial a favor do seu entendimento, concluindo que ao adotar a taxa que não foi criada por lei para fins tributários, acaba por aumentar o valor tributo, uma vez que não representa, como se disse, os rendimentos do Governo com a negociação da dívida mobiliária. Admitir a aplicação da taxa é conceber a figura do tributo rentável, “os títulos podem gerar renda, mas os tributos não”.

Fala que ao utilizar a malsinada taxa, cria-se um acréscimo, aumento do tributo mensal sem que haja previsão em lei, pois a malsinada taxa acaba por dar rentabilidade ao tributo, figura anômala e incompatível com o Sistema Tributário Nacional. A função da taxa SELIC é remunerar o capital, gerando, portanto um aumento mensal do tributo sem que a taxa tenha sido criada para tal fim.

Entende indubitável que, se somente a lei pode criar, somente a lei pode aumentar um tributo, a não ser nas hipóteses ressalvadas pela própria Constituição às quais não estão inseridas o poder de o BANCEN criar taxa de juros por circulares, ainda mais, quando estas não geram apenas a atualização do tributo, mas um ganho. Admitir fora dessas hipóteses, que o tributo possa ser aumentado por norma inferior é admitir que essa norma inferior modifique o que em lei foi estabelecido, o que constitui evidente absurdo.

Entende, pois, que apenas mediante lei são possíveis a criação e a majoração de tributos, e não por decreto, portaria, instrução normativa, ou circular do BANCEN que criou a Taxa SELIC, ou qualquer ato normativo que não seja lei, em sentido próprio, restrito, transcrevendo doutrina.

Chama a atenção para o fato de não existir lei em sentido formal (artigo 151, I) que institua a Taxa SELIC para fins tributários, mesmo assim, as adoções nos diversos diplomas ordinários tributários não poderiam conceber a aplicação de taxa (juros) superiores ao previsto em Lei Complementar, trazendo decisão da 2ª Turma do STJ, datada do ano de 2000, cujo teor transcreve trechos, para concluir restar demonstrado que a Taxa SELIC está eivada de inconstitucionalidades, devendo ser excluída do montante do débito consoante levantamentos em anexo.

A seguir, chama atenção para a da necessidade de realização de diligência, caso pare ou reste alguma dúvida a este Colendo Conselho Estadual de Fazenda, por preposto estranho ao feito, caso entenda necessário, a fim de que sejam conferidos os lançamentos das notas fiscais nos respectivo livros, diante dos documentos apresentados, tecendo uma série de considerações teóricas acerca de tal instituto, bem como da perícia, requerendo, ao final, posterior juntada do instrumento de mandato no prazo de 15 dias, como faculta o Estatuto da Advocacia, e solicitando a improcedência do lançamento.

Informação fiscal prestada às fls. 1307 a 1323 pelo autuante, após indicar que foi confeccionada e entregue cópia ao contribuinte, quando da ciência ao Auto de Infração, de mídia CD (“Compact Disk”, folha 42 do PAF, volume 01), contendo os anexos elaborados no curso da ação fiscal (Anexos I a V, em formato de planilha eletrônica editável), arquivos de registros “Sintegra” considerados, cópias de todos os DANFES em formato “PDF” de todas as notas fiscais mencionadas no Auto de Infração como sem registro na escrita fiscal do contribuinte, cópias dos respectivos XML das mesmas notas fiscais não registradas, cópias de livros fiscais de entrada e saída do exercício de 2009 e dos meses de janeiro e fevereiro de 2010, entregues ao autuante pelo contribuinte por email de preposto da empresa (como assim atestam as cópias dos emails trocados no curso da ação fiscal, anexos também à mídia CD).

Nota que constam no “CD” da ação fiscal, como arquivos de texto sem formatação, codificação ANSI (arquivos “txt”), cópias elaboradas pelo contribuinte de seus livros fiscais de entrada e saída de janeiro de 2009 a fevereiro de 2010, apesar de ter a ação fiscal se detido apenas a documentos fiscais emitidos no exercício de 2009, e tais cópias foram apresentadas no atendimento de solicitação específica nesse sentido, no curso da ação fiscal, como assim atestam cópias de emails entre a fiscalização e prepostos do contribuinte, constantes cópias de tais emails também no mesmo “CD” da ação fiscal.

Essas cópias de livros fiscais de entrada e saída, do exercício de 2009 e de janeiro e fevereiro de 2010, que representam a escrituração dos respectivos livros fiscais de entrada e saída do contribuinte, foram aceitos pela fiscalização não sem antes ter seus totais conferidos com os respectivos totais dos livros fiscais de apuração do ICMS do mesmo contribuinte (folhas 12 a 40 do volume I do presente PAF sob informação) e os respectivos livros fiscais impressos disponibilizados à fiscalização, e foram emitidos a partir do uso do SEPD (“Sistema Eletrônico de Processamento de Dados”) autorizado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para escrituração de livros fiscais do contribuinte, o que tornaria até desnecessário a anexação de meras impressões do conteúdo desses arquivos como cópias de livros fiscais à impugnação, como inutilmente assim fez o contribuinte na impugnação das infrações relativas a falta de registro escritural de documentos fiscais. Observa que ao optar em anexar cópia impressa dos arquivos já existentes no processo, o que é desnecessário e redundante, mas que é um direito do contribuinte, deveria ter nelas indicado, um a um, os documentos fiscais ditos pela fiscalização como não registrados, o que não o fez, em nenhum momento.

Ademais, teve essa fiscalização o critério e o cuidado de verificar se documentos fiscais ditos não registrados nos meses de sua emissão o foram em meses subsequentes, notadamente como

assim é possível e até comum para os meses de dezembro, relativamente ao mês de janeiro subsequente. Como margem adicional para verificação, foi acrescida à busca de registro o mês de fevereiro de 2010.

Os documentos fiscais indicados pela fiscalização, como não registrados na escrita fiscal, não foram assim localizados no registro de livros fiscais tanto do próprio mês de emissão do documento como nos meses subsequentes, até no máximo o mês de fevereiro de 2010, o que é um critério bastante coerente diante da realidade das operações do contribuinte, não sendo razoável supor a necessidade de possível registro no terceiro mês subsequente à emissão do documento fiscal, notadamente no registro de operações de entrada de mercadorias.

Salienta que o contribuinte tem a seu inteiro dispor, desde o momento da ciência ao auto de infração, através do “CD” da ação fiscal que lhe foi entregue (folha 42 do PAF), da totalidade de seus livros fiscais de entrada e saída objeto da ação fiscal, além de cópia “DANFE” de todos os documentos ditos pelo processo como não registrados em sua escrita fiscal, bem como possui até mesmo os arquivos “XML” de todas as notas fiscais objeto das infrações elencadas no processo, de não registro nos seus livros fiscais, ou seja, tem em mãos todos os elementos capazes de lhe permitir a confecção de uma ampla e completa defesa, se assim fosse possível, bastando indicar onde estariam os registros dos documentos fiscais em seus livros fiscais, para quaisquer das infrações do auto de infração relativas a tais faltas de registros.

Quanto à impugnação da infração 01, ao alegar o contribuinte que “foi localizada como registrada operações da ordem de R\$6.506.449,30”, seria de se esperar que o mesmo indicasse, nas cópias dos livros fiscais de entrada que anexou à impugnação, onde se localizariam (em que página e em que linha) as notas fiscais que alega possuírem o registro fiscal competente, afirmado inexistentes pelo autuante (esse é o cerne dessa infração: a ausência de registro escritural).

Constata que a dita anexação de demonstrativos e provas de não cometimento da infração se deu a partir, exclusivamente, de cópias impressas de parte dos demonstrativos originais da ação fiscal, mais especificamente seu “Anexo I”, que relacionaria os documentos fiscais que teriam sido registrados na escrita fiscal do contribuinte, não apresentam qualquer informação complementar capaz de indicar onde estariam os registros na respectiva escrita fiscal considerada no curso da ação fiscal (os arquivos constantes no “CD” original da ação fiscal, folha 42) ou mesmo nas cópias da escrita fiscal impressas pelo contribuinte e anexadas à sua impugnação, mais especificamente onde estariam tais registros em páginas e linhas dos “Livros de Entrada” do contribuinte.

Aduz que apesar de ter afirmado que anexou cópias dos “Livros de Entrada” (ou parte deles, nas folhas que teria considerado necessárias), onde estariam os registros das notas fiscais que relacionou como identificados seus registros (folhas 100 a 110 do PAF), todavia também em tais cópias não há qualquer referência ou marca indicativa das notas fiscais relacionadas nas folhas 74 a 99, ou seja, não há indicação, menção, descrição, anotação, identificação, ênfase, sublinhe, negrito, destaque, ou qualquer outro instrumento de localização do registro nos ditos “Livros de Entrada” impressos anexados, que dirá comprovação de registro das notas que relaciona como registradas nas folhas 74 a 99, único elemento possível de rechaçar a afirmação de cometimento de infração contida no processo, para as notas fiscais de seu “Anexo I”.

Frisa que não basta apenas relacionar notas fiscais (folhas 74 a 99) e dizê-las registradas, e sim, comprovar o registro no “Livro de Entrada”, por qualquer instrumento de identificação que se faça válido, pois a infração advém da ausência do registro obrigatório, sendo variadas as formas de se fazer isso, caso exista o registro: poderia o contribuinte simplesmente ter indicado a página e linha do registro nos livros fiscais anexados à ação fiscal pelo próprio autuante, livros esses que constam do “CD – Compact Disk” original da ação fiscal (folha 42); ou poderia ter anexado livros impressos (como assim procedeu) e neles indicar a localização do respectivo registro de cada documento fiscal (o que não fez). Ou seja, optou por um método de comprovação de registro que

exigiria, por óbvio, a identificação dos documentos fiscais nas páginas impressas dos livros fiscais que anexou ao processo. Logo, não comprovou que fez o registro, não refutou a infração.

Assim, não indicou o contribuinte tais registros de documentos fiscais em seus respectivos livros, provando, por via de consequência, que não existe o registro e que apenas se limitou em meramente alegar o não cometimento da infração (artigo 143 do RPAF), como, obviamente ao contrário do que pretendia, fez prova do seu cometimento, ao anexar relação de documentos fiscais dito registrados mas sem indicar o registro nas cópias de livros fiscais que trouxe ao processo, não vendo como ser elidida a infração, ao contrário, ela foi confirmada pelo contribuinte em sua impugnação, quando anexou cópias de livros fiscais ao processo nas quais não indica onde estariam os registros dos documentos fiscais constantes do Anexo do Auto de Infração.

Para a infração 02, constata a utilização da mesma estratégia de simplesmente relacionar documentos fiscais e alegar que os mesmos estariam registrados na escrita fiscal, como atestaria a cópia dos livros fiscais na sequência, e teriam sido localizadas R\$ 7.180.592,00 em operações não tributadas como devidamente registradas, e que parte das notas fiscais foi lançada em 09/2009, 01/2010 e 02/2010, outras são notas fiscais canceladas ou notas fiscais emitidas pelos fornecedores e posteriormente realizado uma emissão de entrada (em nome da MAXUM) para acobertar a devolução das mercadorias.

Acredita alegar o contribuinte que algumas notas fiscais foram lançadas em 09/2009, outras em 01/2010 ou 02/2010, e que outras foram canceladas pelos fornecedores emitentes (e por isso não precisariam de registro nos Livros de Entrada) e outras ainda foram efetivamente emitidas pelos fornecedores (ou seja, não foram canceladas) e que a MAXUM registrou as entradas respectivas através de emissão de documento fiscal próprio (“emissão de entrada”?) para posteriormente efetuar a devolução das mercadorias, não vislumbrando qualquer argumento defensivo específico, apenas afirmações vagas e imprecisas.

Argumenta que o sujeito passivo apenas apresenta relação de documentos fiscais, em relação aos quais afirma estarem registrados em sua escrita fiscal, na forma de um demonstrativo que seria de “Notas Fiscais lançadas em 2009 (emissão de 08 e 09/2009)”, bem como “Notas Fiscais lançadas em 2010 (emissão 12/2009)”, que se relaciona a partes do “Anexo III” original do auto de infração (folhas 127 e 128, total de R\$65.759,66) e a partes do “Anexo IV” original do PAF (folhas 129, totalizando R\$15.413,39). O total desses demonstrativos que relacionariam notas fiscais impugnadas da infração 02 perfaz R\$81.173,06 (que é o total histórico lançado da infração 02), a despeito do contribuinte afirmar ter contestado na impugnação dessa infração o valor de R\$71.805,92.

Diz ainda, que como não relacionou especificamente as notas fiscais relacionadas à infração 02, das quais contesta a ausência de registro fiscal, mas mencionou aquelas que reconhece como devida a cobrança da falta do registro fiscal (no total de R\$9.367,14 do lançamento original, parte do “Anexo III” original), conclui que as demais notas fiscais integrantes do “Anexo III” foram impugnadas como não registradas na escrita fiscal, tendo sido também impugnadas a totalidade das notas fiscais relacionadas no “Anexo IV” original da ação fiscal, e a exemplo do ocorrido na infração anterior, tudo se resume a alegação de ter efetuado o registro, sem provar esse registro nas “Cópias dos Livros Fiscais de Entrada” que anexou à impugnação. No caso desta infração, sequer é possível identificar nesse item da impugnação (folhas 126 a 186) onde estariam as cópias de livros fiscais com os registros dos documentos fiscais (se existisse o registro, constariam nas cópias dos livros fiscais existentes no “CD” da ação fiscal). Não havendo, portanto, como dizer que comprovou que fez os registros fiscais.

Ou seja, a conclusão do contribuinte ao encerrar seus argumentos de defesa relativos à infração 02, de que estaria “*indicado e comprovado, portanto, que houve sim o registro dos documentos fiscais na escrita fiscal*” e que “*não se pode aplicar a multa*” prevista no lançamento da infração 02, não tem como prosperar.

Quanto aos argumentos de impugnação da infração 03, indica que a mesma se refere a operações tributadas, e não a “não tributadas”, como afirmam os argumentos de defesa, salientando serem são quatro as notas fiscais relacionadas na mesma, sendo uma de R\$417.100,71 (NF 2451), outra de R\$208.550,36 (NF 2452), a terceira de R\$338.725,28 (NF 4176), além de uma de valor de R\$148,05 (NF 3409), não negando o autuado a realização das operações discriminadas nas mesmas, tanto é que foram emitidas em seu nome e, certamente, houve a entrada no estabelecimento do emissor.

A afirmação de ter havido registros dessas notas (no seu livro de saída é que não ocorreu, afinal o autuado não emitiu tais documentos fiscais e a fiscalização assim mesmo buscou o registro de tais documentos fiscais nos livros de saída do autuado ou qualquer outra estratégia de oferecimento das mesmas à tributação, como a partir de ajustes diretamente no Registro de Apuração do ICMS, sem sucesso; registradas então foram exclusivamente no estabelecimento emissor da mesma, no Estado de São Paulo, sem comprovação de recolhimento do ICMS destacado nas mesmas para o Estado da Bahia, de operações realizadas no Estado da Bahia, com débito de ICMS, em nome e responsabilidade do autuado).

Fala que se “as notas foram emitidas em nome da MAXUM” e “a mercadoria não foi aceita”, se trata de devolução de entrada da MAXUM, através do uso de nota fiscal de entrada emitida pelo fornecedor original, onde caberia exclusivamente a emissão para o autuado MAXUM de nota fiscal de saída em devolução, com registro em seu livro fiscal para possibilitar o recolhimento do ICMS devido, entendendo confessada pelo autuado que houve a omissão do recolhimento do ICMS de tais operações realizadas “em nome da MAXUM” em prejuízo ao Estado da Bahia, tendo certamente ocorrido o registro no livro de entrada do emissor, localizado no Estado de São Paulo, notadamente para permitir o crédito do ICMS dessas vultosas operações.

Quanto as alegações relativas à Taxa SELIC na correção de tributos, fala serem de atendimento impossível na via administrativa, por proibição expressa disposta no artigo 167, Inciso I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e as demais alegações quanto a diligência e perícia não se referem a fatos objetivos da ação fiscal, do auto de infração ou mesmo dos argumentos da impugnação, sendo meras disposições esparsas de natureza doutrinária, que em nada se relacionam a fatos da ação fiscal.

Afirma ser é desnecessária qualquer diligência ou perícia no presente processo administrativo fiscal, posto que, à luz do artigo 147, incisos I e II do RPAF, estão presentes no processo todos os elementos capazes de fundamentar a ação fiscal, tais como cópias de livros fiscais pertinentes, cópias de documentos fiscais, em seus arquivos “XML” e “DANFE”, arquivos “SINTEGRA”, planilhas de anexos, emails trocados com o contribuinte, tudo agrupado e identificado de modo a facilitar a compreensão do contribuinte e dos próprios julgadores na formação de sua convicção, além de que para os fatos relacionados à escrituração do próprio contribuinte, na impugnação o mesmo apenas atestou sua recusa em apresentar comprovações relativas às suas alegações, simplesmente contrárias ao cometimento das infrações, sem acrescentar quaisquer fatos novos ou argumentos de contestação que necessitem de documentos ou fatos que não os já existentes nos autos, limitando-se o impugnante em sobrecarregar o processo de cópias e cópias desnecessárias, que em nada suscitam para a realização de diligências ou perícias ou mesmo acrescentam ou sustentam o que o próprio impugnante afirma, nem sequer se contesta o que se obtém de todo o conjunto probatório original do processo fiscal.

Conclui, solicitando a procedência do lançamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, sendo contestadas pelo sujeito passivo as de número 01, 02 e 03.

Diante de tal fato, ou seja, do sujeito passivo não impugnar as infrações 04 e 05, as mesmas reputam-se procedentes, frente a tal silêncio.

Quanto às demais, as analisarei após apreciar o pedido de realização de diligência, formulado pela autuada em sua peça defensiva, o qual, indefiro de plano, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea "a" do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável.

É preciso se observar que o não deferimento da mesma não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo serem suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável.

Ainda que atendidos todos os requisitos para a sua concessão, caso a autoridade julgadora entender que o pedido é prescindível, deverá fundamentar o indeferimento, sob pena de nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa. Como decorrência do princípio da livre convicção, as diligências ou perícias também podem ser requeridas de ofício pela autoridade julgadora, quando as entender necessárias, conforme autorização normativa, e ocorrida neste processo.

Diante de tais considerações, impende dizer-se que embora obedeça aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão do julgador, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente do julgador.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa do relator, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Por outro lado, o pedido deveria ter sido feito, com base em fatos objetivos anotados pela defendente, lastreado em indicações, vez que, havendo prova a ser produzida, a empresa deveria fazê-lo, ainda mais se considerarmos que os elementos necessários para tal, a saber, os livros e documentos fiscais foram emitidos por ela, e permanecem em seu poder.

Ademais, não observou a empresa autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum apesar da longa exposição, conseguiu figurar na peça apresentada..

Digno de registro, é o fato da jurisprudência vir se posicionando no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo das decisões abaixo transcritas:

"TST - RECURSO DE REVISTA RR 862 862/2003-002-10-00.1 (TST)

Ementa: RECURSO DE REVISTA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA E DE PERÍCIA. PROVA DOCUMENTAL NÃO IMPUGNADA PELO RECLAMANTE NO MOMENTO OPORTUNO. Documentos colacionados por uma parte e não impugnados pela outra. Artigos 368 e 372 do CPC . Não caracteriza cerceamento de defesa o indeferimento de oitiva de testemunha e de realização de perícia grafodocumentoscópica objetivando desconstituir a validade e a eficácia de documentos não impugnados. Recurso a que se nega provimento."

" TJRS - Agravo de Instrumento AI 70046629127 RS (TJRS)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GRAFODOCUMENTOSCÓPICA. INDEFERIMENTO. Cabe ao Juiz, como destinatário da prova e para formar seu convencimento, decidir acerca da pertinência da prova pericial. Desnecessária a perícia contábil. Em decisão monocrática, nego seguimento ao agravo de instrumento. (Agravo de

Instrumento Nº 70046629127, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein - Data de Publicação: 16/01/2012"

"TJSP - Apelação APL 9126802752009826 SP 9126802-75.2009.8.26.0000

Data de Publicação: 18/01/2013

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA Prova pericial requerida Anatocismo alegado Indícios inexistentes Alegações genéricas Julgamento antecipado autorizado. Sem qualquer indicação precisa acerca da irregularidade havida nos cálculos apresentados pelo credor, de rigor o indeferimento da prova pericial genericamente requerida. Cerceamento de defesa não caracterizado. Recurso não provido".

Assim, conclui-se que a garantia da ampla defesa, seja qual for à natureza do objeto do processo, compreende não só o direito de ser informado, como de igual forma o exercício do contraditório, além do direito à prova legitimamente obtida ou produzida. No caso presente, verifica-se ausente qualquer elemento de prova que venha a contradizer ou contrapor o lançamento realizado, ainda assim, houve a oportunidade da autuada produzi-la. Logo, não pode a mesma arguir qualquer prejuízo à sua defesa.

Ademais, os livros e documentos fiscais encontram-se em poder da autuada, e esta poderia muito bem indicar quais documentos estariam registrados, enumerando-os, e estabelecendo correlação com o período e data de registro, para as infrações cometidas. Desta forma, aplica-se o regramento contido nos artigos 142 (a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária) e 143 (a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal) ambos do RPAF/99.

Quanto ao mérito, o deslinde das infrações impugnadas prende-se, única e exclusivamente, à análise dos elementos de prova existentes no processo, diante do fato da autuada, quando da apresentação da sua peça defensiva, ter argumentado haver encontrado o registro da maioria das notas fiscais constantes do lançamento.

Isso em nome do princípio da verdade material, o qual, na lição de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro. 37ª edição. São Paulo: RT, 2011, p. 581), "*o princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade julgadora ou processante tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve cingir-se às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela*".

O processo administrativo é figura indispensável no controle de mérito e da legalidade dos atos administrativos. A atividade fiscalizadora da Administração Tributária nunca poderá violar os direitos e garantias individuais do contribuinte, desta feita, é garantido ao particular o direito ao devido processo legal e todas as demais garantias constitucionais. Este processo tem por finalidade garantir soluções para conflitos entre Administração e Administrados, praticando a revisão da legalidade de seus atos, no sentido de discutir uma possível ilegalidade no ato administrativo e de minimizar os efeitos de possíveis equívocos que, por ventura, os agentes da administração possam ter cometido, durante a execução das atividades de sua competência, sem que para isso, tenha que recorrer ao judiciário.

A ampla possibilidade de produção de provas no curso do Processo Administrativo Tributário alicerça e ratifica a legitimação de tal princípio.

Desta forma, analiso a tese defensiva, estribado nos elementos constantes do processo. A defesa indica o registro de diversos documentos fiscais nos livros próprios, os quais constam em relação de fls. 74 a 99. Acostou, de igual forma, registros fiscais nos quais estariam tais documentos

lançados. Todavia, não trouxe qualquer individualização de lançamento que pudesse correlacionar nota fiscal com o seu respectivo registro, acaso existente, o que torna a função do julgador bastante ingrata, em tentar localizar os documentos arrolados, tal como tentado, sem qualquer sucesso.

O correto seria que houvesse a necessária indicação, a fim de que ao menos por amostragem, se pudesse constatar a veracidade das alegações defensivas, o que não se tornou possível, diante da pura juntada de uma massa de documentos, sem qualquer relação aparente entre os mesmos, sequer indicação de registro, feito apenas de forma genérica, o que torna a tese defensiva extremamente frágil e desprovida da necessária credibilidade, conforme analisado linhas acima.

A prova, então, deixou de ser trazida ao feito, o que reforça a tese do autuante de que a autuação deve ser mantida, à falta de tais elementos probantes que pudessem elidir as infrações 01, 02 e 03, principalmente se considerarmos que esta última se refere a apenas quatro documentos fiscais, que certamente não demandariam maior trabalho à empresa para apontar os locais de registro.

Desta maneira, estando o julgador impossibilitado de analisar qualquer documento específico da autuação, por falha da defesa em não indicá-los, a autuação fica mantida para as infrações 01, 02 e 03, tal como inicialmente lançada.

No tocante à aplicação da taxa SELIC, em que pese o entendimento da defendente, e a longa dissertação a respeito, a matéria já tem o entendimento pacificado, sendo amplamente aceita a sua cobrança, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, à vista de várias decisões no sentido de que a taxa SELIC pode ser aplicada para atualização de débitos tributários. Como exemplo, cito decisão do ministro Marco Aurélio Melo ao abordar esta questão, assim decidiu:

AI 760894 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 02/12/2010

No que tange à taxa SELIC, dispõe o § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional (CTN):

“Art. 161, do CTN: O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês (...)” (grifei).

A taxa SELIC compreende correção monetária e taxa de juros reais, não tendo qualquer natureza remuneratória, mas representa apenas o custo que a Fazenda tem para captar recursos no mercado.

Ademais é pacífica orientação do STJ no sentido de que o artigo 161, §1º, do CTN, autoriza a previsão por lei diversa dos juros moratórios, o que permite a adoção da taxa SELIC, não havendo falar em ofensa ao art. 150, I, da Constituição Federal.

Conforme acima demonstrado, a Corte Maior da justiça pátria aceita a aplicação da taxa SELIC nos débitos tributários, esquivando-se de apreciar a sua constitucionalidade, por entender que a matéria é de natureza infraconstitucional, não havendo ofensa a princípio constitucional, conforme explicitado no voto acima mencionado, nada mais nos cabe argumentar ou acrescentar à discussão, senão concluir pela coerência e base legal do procedimento da Fazenda Pública Estadual, não podendo prevalecer o entendimento da autuada, respondendo tal voto aos argumentos trazidos na peça defensiva.

Quanto as arguições de inconstitucionalidade avocadas pela autuada, lembro da vedação contida no artigo 125, inciso I, da Lei 3.956/81 (COTEB), e repetida no artigo 167, inciso I, do RPAF/99, o qual

determina que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, restando prejudicada qualquer apreciação quanto a tais argumentos.

Por tudo quanto exposto, julgo o lançamento PROCEDENTE, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269191.0006/14-0** lavrado contra **MAXUM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimada a autuada para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$217.498,30**, acrescido das multas de 60% sobre R\$177.949,47, e de 70% sobre R\$39.548,83, previstas no art 42 ,II "f" e III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais além das multas por descumprimento de obrigação acessória o valor de **R\$735.551,74**, previstas nos incisos IX, XI e XV, "d" do art.42 da citada Lei, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR