

A. I. Nº - **279266.0602/15-3**
AUTUADO - AIR PRODUCTS BRASIL LTDA.
AUTUANTE - WALMIR SALDANHA FEIJÓ
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23.08.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0116-02/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 10%. Elidida em parte a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2015, exige MULTA por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$ 8.476.496,23**, sob acusação do cometimento da seguinte infração: **01 - 16.01.01** - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2011, conforme demonstrativos às fls.04 a 11.

O lançamento tributário foi cientificado, em 21/08/2015, através das intimações e AR dos Correios às fls.18 a 21, mediante a entrega de cópia do auto de infração, demonstrativo de débito fiscal, Anexo A – Entradas Tributáveis não escrituradas no livro fiscal REM - SPED fiscal, intimação para apresentação de livros e documentos, e CD com Recibo de Arquivo Eletrônicos.

O sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído nos autos, no prazo legal, em sua defesa às fls.22 a 40, após transcrever o objeto da autuação, impugnou as infrações com base nas razões de fato e de direito a seguir expostas:

O Impugnante reconheceu que não efetuou o registro das notas fiscais nº 13932, 57055, 11254, 149429, 67268, 32 e 96532, constantes nos quadros à fl.24, e informou que foi recolhido valor parcial da infração no valor de R\$7.402,76, calculado à alíquota de 10%. (doc.05, fl.72)

Em seguida, invocou o artigo 18, inciso II, do RPAF/99, para arguir nulidade da autuação com base na preliminar de que não foi obedecido o disposto no artigo 39 do RPAF/99, pois o processo não contém elementos suficientes para determinar a infração, cujos os atos praticados durante o procedimento fiscalizatório, segundo o defendant, demonstram que o auto de infração foi lavrado com preterição do direito de defesa do contribuinte.

Prosegue alegando que não está comprovada a imputada falta de registro das notas fiscais, pois das informações constantes do auto de infração não é possível compreender a origem da infração, haja vista quem não deixou de escrutar suas Notas Fiscais.

Comenta que para o atendimento ao princípio da tipicidade é preciso que a situação descrita pela autoridade corresponda exatamente à hipótese descrita pela legislação invocada e indispensável, ainda, que haja perfeita correlação entre o fato descrito e a norma tida como violada. Transcreve decisões do CONSEF/BAHIA e de tribunais administrativos de outros Estados, em que foram julgadas nulas autuações que não continham elementos suficientes para determinar a infração.

Aduz que, em que pese a superficialidade da descrição da infração, passa a tecer algumas considerações a respeito do procedimento que antecedeu a autuação.

Como segunda preliminar, a pretexto de ausência de legitimidade do auto de infração, esclarece que é uma empresa que possui como atividade econômica principal o serviço de engenharia (71.12-0-00), e que nesse contexto, a fim de desempenhar suas atividades, adquire mercadorias/produtos com regularidade e cumpre com todas as obrigações inerentes ao negócio.

Considerou totalmente descabida a autuação, seja porque todas as informações necessárias à verificação da inocorrência da infração foram/serão prontamente demonstradas, seja porque se poderá comprovar que o procedimento fiscal adotado não respeitou ao devido processo legal e por isso, a autuação fiscal foi lavrada com preterição do direito de defesa da Impugnante.

Discordou da informação do autuante que após o encerramento do procedimento fiscalizatório, verificou-se a ocorrência da infração, pois os documentos solicitados foram entregues pela Impugnante quando da intimação para apresentação de livros e documentos em 12/05/2015.

Comenta que o procedimento fiscal não respeitou ao devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV da Constituição Federal, pois não houve um procedimento de fiscalização regular, ou seja, foi realizado sem que houvesse apurado os fatos e analisados os documentos apresentados, destacando os princípios da verdade material, da legalidade, etc.

Destaca que o auto de infração não está adstrito ao formalismo do processo judicial, no qual o juiz deve se limitar a analisar as provas indicadas no devido tempo, mas, sim, a busca da verdadeira realidade, ou seja, valer-se de novas provas até o julgamento final da decisão, inclusive, daquelas produzidas em outro processo ou em decorrência de fatos supervenientes. Transcreve trechos de lições de renomados professores de direito tributário sobre o princípio da verdade material.

No mérito, alega que as notas fiscais objeto da autuação foram devidamente escrituradas pela Impugnante (Docs. 06, fls.76 a 343, e 07, fls.345 a 408), e diz que em razão da quantidade de documentos, apresenta, via planilha digital anexa (Doc. 08, fl.410) listagem completa das notas fiscais e as especificações.

Observa que, das 282 notas fiscais discriminadas no auto de infração, somente sete não foram escrituradas (57055, 11254, 149429, 67268, 32 e 96532), cujo valor correspondente ao descumprimento da obrigação acessória foi devidamente recolhido (Doc. 05, fl.72).

Diz que das 275 notas fiscais restantes, sete foram recusadas no ato de recebimento, motivo pelo qual não poderia constar a escrituração no livro de registros da Impugnante.

Assim, reafirma que das 282 notas fiscais, 268 foram devidamente escrituradas, de modo não há que se falar na cobrança da multa imposta, pois não houve fato gerador da obrigação tributária acessória, pelo que pugna pelo cancelamento da multa aplicada.

Ressalta que caso assim não se entenda, requer a conversão do julgamento em diligência para a realização de perícia, tendo em vista a quantidade dos documentos envolvidos, com o escopo de aferir e verificar toda documentação apresentada pela Impugnante que originou as divergências de informações que culminaram na presente autuação.

Quanto às notas fiscais de nº 38472, 13614, 13985, 45183, 014554, 55060, 55063, alega que as notas fiscais apontadas foram recusadas pela Impugnante, motivo pelo qual não há que se falar na exigência de escrituração fiscal, posto que as mercadorias nunca entraram no seu estabelecimento.

Salienta que de fato, conforme consta na autuação fiscal, as notas fiscais acima mencionadas não foram escrituradas e nem poderiam, afinal, foram todas RECUSADAS pela Impugnante. A fim de corroborar com a informação, anexou as notas de entrada dos fornecedores que comprovam o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem (Doc.09, fls.412 a 441).

Frisa que não se trata de devolução de mercadoria e sim do retorno da nota fiscal por motivo de recusa da Impugnante, conforme previsão do artigo 450 do RICMS-BA, que dispõe:

“Art. 450. O contribuinte que receber, em retorno, mercadoria que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário deverá:

I – Emitir nota fiscal, por ocasião da entrada, com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário: número, série, data da emissão e valor da operação. (...)"

Salienta que o artigo supramencionado trata do retorno de mercadoria/nota fiscal e não da devolução, e diz que, eventual descumprimento de obrigação acessória não seria da Impugnante, mas sim do fornecedor que deixar de encriturar a entrada da mercadoria em retorno.

Argumenta que prestou todas as informações a que está obrigado por Lei, seguiu os procedimentos indicados pela norma e, definitivamente, não deu entrada em qualquer bem em seu estabelecimento e não estava obrigada a emitir notas de saídas, já que se tratava de RECUSA e não devolução.

Ratifica que as empresas emitentes das Notas Fiscais, em vista da sua recusa e retorno ao estabelecimento de origem, emitiram novas notas de entrada com menção aos dados das notas fiscais e o motivo da recusa, conforme faz prova as notas fiscais de entrada anteriormente citadas (Doc. 09, fls.412 a 441).

Repisa que as notas de entrada posteriormente emitidas pelos fornecedores decorreram da REJEIÇÃO de suas notas fiscais de saída e não de devolução das mercadorias, ou seja, consiste em absurdo jurídico presumir o ingresso de algum produto no estabelecimento da Impugnante.

Elaborou o quadro abaixo, relacionando as notas fiscais vinculadas originalmente às operações:

Fornecedor	Nf Recusada	Nf de Entrada	CFOP Nf Recusada	CFOP de Entrada	V. de Nf Recusada	V. de Nf Entrada
01.009.681/0003-83	38472	42291	6101 ¹	2201 ²	17.447,10	17.449,61
60.435.351/0020-10	13614	13964	5102 ³	1201 ⁴	1.864.881,28	1.864.881,28
60.435.351/0020-10	13985	17736	5102	1201	1.976.031,29	1.976.031,29
01.009.681/0003-83	45183	46702	6101	2201	10.467,36	10.467,36
60.435.351/0020-10	14554	14965	5102	1201	1.496.398,10	1.496.398,10
43.843.358/0014-03	55060	57255	6101	2201	5.765,76	5.765,76
01.009.681/0003-83	55063	57256	6101	2201	8.141,28	8.141,28

Prosseguindo, conforme mencionado, argui que foi aplicada penalidade de 10% sobre o valor da operação indicado nas notas fiscais, majorando de forma significativa o crédito tributário pretendido pela Autoridade fiscal.

Prosseguindo, sustenta que as demonstrações dos tópicos anteriores são suficientes para a extinção / cancelamento da cobrança da multa de 10% sobre o valor da operação indicado nas notas fiscais, e que, *ad argumentandum*, na eventualidade de manutenção da cobrança, a multa aplicada com base no valor da operação, mostra-se completamente abusiva e indevida, com nítido caráter confiscatório, ferindo o disposto no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal. Cita a jurisprudência no âmbito judicial e lições de professores de direito, para demonstrar o alegado efeito confiscatório da multa.

Conclui que, caso não se entenda pelo cancelamento integral da multa aplicada, ao menos seja reduzido o valor imposto, já que jamais poderia alcançar patamar tão elevado, uma vez que comprometem demasiadamente as suas economias.

Ao final, requer seja julgada procedente a sua defesa, com o respectivo cancelamento integral do Auto de Infração em voga, por ser medida de direito e justiça.

Aduz que em vista do volume dos documentos, protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, especialmente a prova documental e/ou pericial contábil, em atenção

¹ Venda de produção do estabelecimento

² Devolução de venda de produção do estabelecimento

³ Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros

⁴ Devolução de venda de produção do estabelecimento

ao princípio da verdade material, requerendo, desde já, a conversão do julgamento em diligência para melhor se apurar a suposta infração lavrada pela d. Autoridade Fiscal.

Na informação fiscal à fl.445, o autuante rebate as razões defensivas dizendo que o autuado não comprovou o devido registro na escrita fiscal dos documentos autuados ou a sua desobrigação em fazê-lo. Assevera que os lançamentos no livro Registro de Entrada têm que ser realizados, operação a operação e prestação a prestação, em ordem cronológica das efetivas entradas de mercadorias e as efetivas utilizações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e intermunicipal e de comunicação. Destaca que a ordem cronológica deve ser observada em função da data de aquisição ou do desembarque aduaneiro ou, ainda, da data de emissão dos documentos fiscais. Ressalta que para assegurar a fiel observância dessa ordem cronológica das entradas, o autuado precisa apresentar em sua defesa anotações, inclusive por meio de carimbo aposto no verso de cada documento fiscal, com a data do efetivo recebimento em seu estabelecimento. Com base nisso, aduz que as informações trazidas na defesa, a partir da folha 32 do processo, não fornecem elementos fáticos que eliminem o cometimento da infração imputada ao autuado. Conclui mantendo em sua integralidade os termos do Auto de Infração.

Constam às fls. 448 a 449, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$7.402,76.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 30/06/2016, visando a realização de diligência, sendo decidido pela sua desnecessidade, uma vez que os autos contém todos os elementos para a decisão sobre a lide, em especial recalcular o débito.

VOTO

Analisando a preliminar de nulidade requerida pela defesa, constato que a mesma não pode ser acolhida, por não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Observo, ainda, que o autuante na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, o demonstrativo detalhado do débito, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais, demonstrativo dos documentos fiscais não registrados, inclusive um CD-ROM com o levantamento fiscal, as planilhas da auditoria de estoques, todos entregues ao autuado para a ampla defesa e o contraditório, fls.18 a 21. Assim, conluso, que no plano formal, não houve inobservância de qualquer exigência contida na legislação tributária que impedisse o sujeito passivo de exercer com plenitude o seu direito de defesa.

Quanto a alegação de que os documentos fiscais, na sua maioria, foram escriturados, entendo tratar-se de questão meritória, que será tratada no momento oportuno deste voto.

Desse modo, tendo em vista que o lançamento obedeceu ao devido processo legal, haja vista que inexiste dissonância entre a descrição dos fatos, embasamento legal, e demonstrativo de apuração do débito, rejeito as preliminares argüidas na defesa fiscal por não se enquadrar o pedido do contribuinte em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, e passo a analisar o mérito da lide.

No mérito, a exação proposta no auto de infração (01 – 16.01.01), trata da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$8.476.496,23, prevista no artigo 42, inciso

IX, da Lei nº 7.014/96, em decorrência da constatação de entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, apuradas com base em notas fiscais eletrônicas de entrada não registradas no livro de entradas – SPED Fiscal/2011.

Das 282 notas fiscais objeto do lançamento tributário e relacionadas na planilha às fls.04 a 11, o autuado reconheceu o cometimento da infração que lhe foi imputada, relativamente às 07 notas fiscais nº 13932, 57055, 11254, 149429, 67268, 32 e 96532, constantes nos quadros à fl.24, e informou que foi recolhido valor parcial da infração no valor de R\$7.402,76, calculado à alíquota de 1%, conforme Documento de Arrecadação Estadual (DAE) devidamente quitado à fl.72.

Quanto às 275 notas fiscais restantes, o autuado alega que 07 notas fiscais nº 38472, 13614, 13985, 45183, 14554, 55060 e 55063, não foram registradas devido ao fato de terem sido recusadas, e que as mercadorias retornaram aos estabelecimentos de origem, os quais emitiram as respectivas notas fiscais de retorno, conforme documentos às fls. 412 a 441. Do exame levado a efeito em tais documentos, restou confirmado que realmente os remetentes emitiram as respectivas notas fiscais de retorno. Apesar de tais operações não está no ambiente do SPED, ou seja, não ter sido registrada na EFD (escrituração fiscal digital), restou comprovado ter havido operação de retorno pelo remetente sem que as mercadorias tenham circulado no estabelecimento do contribuinte autuado. Neste caso, considero razoável excluir a multa em questão, acolhendo-se o pleito do autuado, uma vez que a multa em questão é pela falta de entradas das mercadorias no estabelecimento, situação que é verificado normalmente pelo não registro dos documentos fiscais no SPED. Assim, entendo que cabe a exclusão de tais documentos fiscais do levantamento fiscal.

No que tange às demais 268 notas fiscais, após exame detalhado que fiz em cada documento apresentado na peça defensiva, constatei que todas as referidas notas fiscais estão devidamente escrituradas no SPED, conforme comprovam os documentos extraídos do SPED intitulado de “Registros Fiscais de Documentos de Entradas de Mercadorias e Aquisição de Serviços” às fls.346 a 408.

Cumpre consignar ainda, que no levantamento fiscal do autuante, constam diversas notas com numeração repetida, em que pese os valores serem diferentes. Para estes casos, confirmei que os documentos foram escriturados corretamente no SPED pelo autuado, pelo valor total dos documentos fiscais, que comparado com o somatório dos valores constantes no levantamento fiscal do autuante, são correspondentes entre eles.

O autuante em sua informação não deixou claro o motivo porque não acolheu a comprovação do registro das notas fiscais acima citadas, deixando a entender que foi porque as datas de entradas divergem das datas dos documentos fiscais. Entendo que não está correto o autuante, pois o sujeito passivo logrou êxito na comprovação de que os documentos fiscais de entrada de mercadorias foram lançados no SPED. Se as datas as datas de entradas estão incorretas, neste caso, o contribuinte estaria sujeito a outra penalidade diversa da que foi aplicada.

Desta forma, subsiste parcialmente o lançamento tributário, reduzindo-se o montante da multa para o valor de R\$ 7.402,75, conforme demonstrativo abaixo:

Data	NF	Série	Item	Valor Item(R\$)	Multa 10%
04/01/2011	13932	0	3	373,69	37,37
05/01/2011	57055	0	15	1.340,59	134,06
27/01/2011	11254	1	1	62.050,00	6.205,00
Total Jan/11				63.764,28	6.376,43
25/02/2011	149429	1	1	1.848,02	184,80
Total Fev/11				1.848,02	184,80
02/06/2011	67268	9	1	700,00	70,00
Total Jun/11				700,00	70,00
09/08/2011	32	888	1	4.915,25	491,52
				4.915,25	491,52

Total Ago/11

26/09/2011	96532	9	1	2.800,00	280,00
Total Set/11				2.800,00	280,00
Total Geral				74.027,55	7.402,75

Ante o exposto, voto **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração no valor de R\$**7.402,75**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279266.0602/15-3**, lavrado contra **AIR PRODUCTS BRASIL LTDA.**, no valor de **R\$7.402,75**, decorrente de multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no artigo 42, IX, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05. O autuado deverá ser cientificado desta decisão e o órgão competente deverá homologar o pagamento efetuado conforme documento do SIDAT às fls.72.

Esta Junta 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR