

A. I. Nº - 206880.0509/15-3
AUTUADO - SLC AGRÍCOLA S.A.
AUTUANTE - EDIMAR NOVAES BORGES
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.08.2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0121-01/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS NÃO COMPREENDIDAS NO CAMPO DE TRIBUTAÇÃO DO ICMS. MULTA. Infração reconhecida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Autuado arguiu preliminares de nulidades que foram afastadas. Nada aduziu sobre o mérito da autuação. Infração subsistente. Retificada de ofício a multa de 10% para 1%, em face da nova redação do inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, que passou a multa de 10% para 1%, do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal. Retificação fundamentada no art. 106 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966, o qual estabelece que a lei aplica-se a ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Autuado arguiu preliminares de nulidades que foram afastadas. Nada aduziu sobre o mérito da autuação. Infração subsistente. Não acolhidas as nulidades arguidas. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/09/2015, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$435.922,33, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilização indevida, a título de crédito fiscal de ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos valores, sendo exigido o valor de R\$142.311,81 correspondente a multa de 60%. Período de ocorrência: fevereiro e junho de 2011;

2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho, agosto a dezembro de 2011, fevereiro, abril, junho a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$154.536,28, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias;

3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$139.074,24, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias.

O autuado apresentou defesa (fls. 81 a 91). Impugna as infrações 2 e 3 e reconhece a infração 1. Argui a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa. Alega que respondeu ao autuante, no decorrer da ação fiscal, a razão pela qual as notas fiscais não foram escrituradas. Diz que não escriturou as referidas notas fiscais em razão de não ser necessário ou impossível já que não recebeu as mercadorias ou não recebeu a nota fiscal do emitente. Afirma que inexistem qualquer prova nos autos de existência dessas notas fiscais.

Diz que não lhe é possível a produção de prova negativa. Indaga como pode comprovar que não recebeu determinadas mercadorias ou que a nota fiscal não lhe foi entregue. Entende que deveria a Fiscalização ter diligenciado junto às pessoas que informaram nas suas escritas fiscais tais operações, antes de dar por encerrada a ação fiscal. Invoca e reproduz entendimento de Ives Gandra da Silva Martins sobre a produção de provas ditas “provas negativas”.

Aduz que a Fiscalização deve fundamentar sua conduta com provas concretas de que o contribuinte descumpriu determinada norma, haja vista que já foi superada a idéia de que o ônus da prova caberia integralmente ao contribuinte. Neste sentido, invoca e reproduz ensinamentos de Paulo Celso B.Bonilha e Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, bem como decisão do Supremo Tribunal Federal.

Ressalta que está sendo punido em razão de suposto descompasso entre a sua escrita fiscal e a de outros contribuintes, sem nenhuma prova de que a infração ocorreu.

Alega que se no momento da lavratura do Auto de Infração a motivação não foi corretamente realizada, haja vista que não consegue identificar a conduta infracional que lhe está sendo imputada, é defeso à Administração complementá-la no futuro, sendo nulo o ato praticado.

Aduz que o Auto de Infração ao não comprovar que as operações tidas como não escrituradas ocorreram, já que se limitou a fornecer um quadro resumo com os valores das multas por período de arrecadação sem comprovar com os documentos necessários, no caso os comprovantes de recebimento das notas fiscais, violou o art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Alega que ao não motivar e comprovar a razão da autuação a Fiscalização acabou por cercear o seu direito de defesa, haja vista que não tem como produzir prova negativa para comprovar o não recebimento das mercadorias em questão.

Reitera que a motivação posterior não convalida a nulidade do Auto de Infração, razão pela qual não é mais tempestiva qualquer tentativa de justificar a autuação, sendo imperioso reconhecer a nulidade da autuação. Neste sentido, invoca e reproduz decisões do CONSEF.

Sustenta que a medida que se impõe é o reconhecimento da nulidade das infrações 2 e 3, em face de inexistência de elementos suficientes para determinar a ocorrência das infrações, que implicou no cerceamento do seu direito de defesa, nos termos do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/BA.

Conclui que, caso não seja reconhecida a nulidade arguida, a medida que se impõe é a realização de diligência, consoante o art. 7º, § 2º, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, a fim de que seja verificado o alegado na resposta aos questionamentos contidos na planilha enviada pela Fiscalização, já que é impossível a produção de prova em contrário, conforme explicitado.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração relativamente às infrações 2 e 3.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 103 a 106). Registra que o autuado impugna as infrações 2 e 3 e não apresenta impugnação quanto à infração 1. Discorre sobre as alegações defensivas.

Inicialmente, salienta, quanto às infrações 2 e 3, que o procedimento de auditoria tem como base as informações prestadas pelos contribuintes através da emissão de notas fiscais eletrônicas destinadas ao autuado, confrontando estas com as informações obtidas no SPED Fiscal, especificamente na EFD- Escrituração Fiscal Digital do autuado.

Rechaça a arguição defensiva de nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa. Afirma que todos os parâmetros legais e indispensáveis na condução do procedimento fiscal foram rigorosamente observados, a exemplo da confecção dos levantamentos e demonstrações da imputação fiscal; o enquadramento da infração; a tipificação da multa aplicada, postos estes integralmente ao conhecimento do autuado.

Observa que nos demonstrativos apresentados ao autuado e constante dos autos, entre outras informações, constam o número da nota fiscal, CNPJ, data, valores, descrição das mercadorias, e a chave de acesso da nota fiscal eletrônica onde o autuado, se desejasse, poderia verificar a veracidade destas.

Conclui que, desse modo, não vislumbra qualquer atividade no procedimento fiscal que descaracterize o direito constitucional da ampla defesa.

Contesta a alegação defensiva referente à solicitação da Fiscalização para que esclarecesse a razão pela qual não foram escrituradas as notas fiscais. Entende que tal procedimento fiscal se apresenta correto, pois visa inicialmente o esclarecimento, a obtenção de informações antes da lavratura do Auto de Infração, respeitando, desse modo, o direito ao contraditório, da defesa antecipada. Diz que este procedimento é adotado para que possa amenizar ou mesmo neutralizar futuro litígio desnecessário com custos processuais para as partes.

Salienta que sendo insuficientes os esclarecimentos prestados pelo contribuinte, resta a Fiscalização proceder à imputação fiscal na forma da lei, conforme foi feito.

Contesta também a alegação defensiva de que, [...] "... não escriturou as notas fiscais, porque não era necessário ou impossível, uma vez que não recebeu as mercadorias ou não recebeu a nota fiscal do emitente.", assim como a alegação de que, [...] "... não há qualquer prova nos autos da sua existência."

Afirma que a existência das notas fiscais é de fácil comprovação, bastando tão somente ao interessado acessar o endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, onde constam todas as notas fiscais emitidas com destino a seu estabelecimento, ficando obrigado, quando for o caso, a registrar o evento "desconhecimento da operação" no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico, conforme o § 17 do art. 89 do RICMS/BA.

No que tange à alegação de não recebimento das mercadorias ou não recebimento das notas fiscais do emitente, diz que, considerando que se trata de operações mercantis, portanto, contratos que envolvem partes, a princípio, sem intervenção direta do poder público, os desvios de conduta em contrato desta natureza, a exemplo da emissão irregular de notas fiscais tendo como destinatário diverso do contratado, a parte prejudicada deve proceder nos termos do § 16 do art. 89 do RICMS/BA. Ou seja, deverá o contribuinte apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento "desconhecimento da operação".

Rechaça a alegação defensiva atinente a produção de prova negativa. Afirma que o autuado está equivocado, uma vez que, como bem observou, o ônus da prova compete a quem alega, qual seja, a Fiscalização através do seu preposto.

Aduz que resta claro, preciso e demonstrado em todo o procedimento fiscal, como pode ser observado nos demonstrativos apresentados, elaborados através do cruzamento das notas fiscais eletrônicas destinadas ao autuado com as informações obtidas no SPED Fiscal, especificamente na EFD- Escrituração Fiscal Digital do autuado.

Conclui que, desse modo, as infrações 2 e 3 restam plenamente caracterizadas.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado. A infração 1 foi reconhecida. As infrações 2 e 3 foram impugnadas.

No que tange à infração 1, por certo que o reconhecimento pelo autuado do cometimento da conduta infracional que lhe foi imputada neste item da autuação confirma o acerto da Fiscalização quanto a exigência fiscal..

Diante disso, a infração 1 é subsistente.

Quanto às infrações 2 e 3, inicialmente, cabe-me apreciar a nulidade arguida pelo autuado por cerceamento de defesa.

No presente caso, não há que se falar em nulidade por cerceamento do direito de defesa, haja vista que as infrações foram descritas de forma clara, sendo possível determinar a base de cálculo, o montante do débito, o infrator. Nos demonstrativos elaborados pelo autuante acostados aos autos, cujas cópias foram entregues ao autuado, constam os números das Notas Fiscais eletrônicas arroladas no levantamento; CNPJ; data, valores, descrição das mercadorias, e a indispensável chave de acesso da Nota Fiscal eletrônica. Ou seja, a motivação ou justificativa dos lançamentos se apresenta clara, diversamente do alegado pelo impugnante.

Alega o autuado que não escriturou as notas fiscais em razão de não ser necessário ou impossível já que não recebeu as mercadorias ou não recebeu a nota fiscal do emitente, inexistindo qualquer prova nos autos de existência destas notas fiscais. Diz que não lhe é possível a produção de prova negativa. Manifesta entendimento de que deveria a Fiscalização ter diligenciado junto às pessoas que informaram nas suas escritas fiscais tais operações, antes de dar por encerrada a ação fiscal.

Quanto a essa alegação, cumpre observar que se tratando de Nota Fiscal eletrônica, cuja “chave de acesso” se encontra descrita no demonstrativo elaborado pela Fiscalização, cabe ao contribuinte verificar se de fato adquiriu ao não a mercadoria acessando o site <http://www.sefaz.ba.gov.br>. Em caso de não ter adquirido cumpre-lhe adotar as medidas policiais e judiciais cabíveis, em face de utilização indevida do nome da empresa pelo emitente das Notas Fiscais eletrônicas, inclusive, no intuito de elidir a autuação. Vale registrar que a jurisprudência deste CONSEF sempre apontou neste sentido, a exemplo dos Acórdãos.

Importante consignar que o art. 89, §§ 16 e 17 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, expressamente determina que é obrigação do contribuinte realizar essa averiguação, conforme se verifica na transcrição abaixo:

Art. 89. Do resultado da análise referida no art. 88, a Secretaria da Fazenda cientificará o emitente:

[...]

§ 16. O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”;

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.

Saliento que, apesar de o § 16 ter sido acrescentado ao art. 89 pela Alteração nº 28, Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, com efeitos a partir de 01/01/15 e o § 17 ter sido acrescentado ao art. 89 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, com efeitos a partir de 01/01/16, decisões deste CONSEF já apontavam no mesmo sentido, a exemplo do Acórdão da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, CJF Nº 0526-13/13, cujo excerto do Voto que trata da matéria reproduzo abaixo:

VOTO

[...]

Quanto à comprovação do ingresso das mercadorias no estabelecimento da Recorrente, observo que o entendimento predominante no CONSEF, e também na PGE/PROFIS, é de que as notas fiscais do CFAMT e as notas fiscais eletrônicas, que indiquem mercadorias compatíveis com o ramo de atividade do contribuinte, fazem prova da circulação da mercadoria em território baiano, e consequentemente da aquisição pelo destinatário indicado.

Trata-se, portanto, de provas inequívocas que consubstanciam fortes indícios de que a mercadoria adentrou no estabelecimento da Recorrente. Note-se que as notas fiscais obtidas no CFAMT contêm o carimbo do ingresso das mercadorias no território baiano, logo, se as mercadorias entraram na Bahia com destino ao endereço do contribuinte, isso já representa prova suficiente de que elas foram adquiridas pelo contribuinte.

Ademais, as notas fiscais eletrônicas emitidas contra o contribuinte são do seu conhecimento mediante o portal da nota fiscal eletrônica, assim, acaso elas não sejam destinadas a ele, este deveria ter se manifestado no sentido de que estaria sendo vítima de alguma fraude de natureza comercial. Poderia ter formalizado denúncia junto aos órgãos competentes, inclusive de natureza criminal, para que fossem adotadas as providências necessárias.

Portanto, mesmo as infrações 2 e 3 tendo ocorrido em período anterior a 01/01/16, a obrigação do contribuinte de posse da “chave de acesso” era averiguar se as Notas Fiscais eletrônicas lhe foram efetivamente destinadas e, se fosse o caso, adotar as providências cabíveis, em caso de não reconhecimento do negócio com os emitentes das referidas Notas Fiscais eletrônicas..

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida.

Quanto à diligência, considero que os elementos constantes nos autos são suficientes para decisão da lide. Por esta razão indefiro o pedido com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, constato que o autuado nada trouxe ou aduziu no intuito de elidir a autuação. Na realidade, limitou-se na defesa a arguir a nulidade do lançamento, nada suscitando em termos quantitativos ou valorativos.

Diante disso, as infrações 2 e 3 são subsistentes.

Entretanto, no que concerne à infração 2, observo que a redação do inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi alterada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, reduzindo a multa de 10% para 1%, do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.

Nos termos do art. 106 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assim sendo, como a alteração acima aduzida passou a multa de 10% para 1%, cabe à aplicação retroativa do novo dispositivo legal ao caso em exame, por se tratar de penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época de ocorrência dos fatos objeto da autuação.

Diante disso, retifico de ofício a multa imposta de 10% para 1%, passando a infração 02 para o valor de R\$15.453,62.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206880.0509/15-3**, lavrado contra **SLC AGRÍCOLA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas no valor total de **R\$296.839,67**, previstas no art. 42, VII, “a”, IX e XI da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos moratórios, na forma da Lei nº. 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR