

A. I. N° - 298633.0023/14-0
AUTUADO - COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA
AUTUANTES - ÂNGELA MARIA MENEZES BARROS e LÚCIA GARRIDO CARREIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19.08.2016

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0131-01/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. O autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração 1. Quanto à parte impugnada apresentou argumentos e elementos hábeis de prova que elidiram parcialmente a acusação fiscal. As próprias autuantes na informação fiscal e pronunciamento posterior acataram parcialmente as alegações defensivas, o que resultou em refazimento dos cálculos e redução do valor do débito. Diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, cumprida pelas autuantes, no intuito de que o impugnante trouxesse aos autos elementos que comprovassem o cancelamento de notas fiscais que remanesceram na parte impugnada, além das declarações firmadas pelos fornecedores, não foi atendida pelo autuado. Retificada de ofício a multa de 10% para 1%, em face da nova redação do inciso IX do art. 42 da Lei n°. 7.014/96, dada pela Lei n° 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 n° 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. Infração parcialmente subsistente. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/11/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$237.502,35, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, sendo imposta multa por

descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$143.818,27, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias;

2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$93.684,08, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 22 a 36). Discorre sobre a tempestividade da peça defensiva. Apresenta uma síntese da autuação. Registra que reconhece integralmente a infração 2 e parcialmente a infração 1, conforme comprovante de recolhimento que anexa. Requer, em face disso, a decretação de extinção parcial do crédito tributário, nos termos do art. 156, I, do Código Tributário Nacional.

Esclarece que a parte reconhecida da infração 1 consta na tabela que apresenta, na qual indica as competências e valores recolhidos no total de R\$21.639,15, para completa compreensão acerca da lide.

No que tange à parte impugnada da infração 1, diz que é necessária a observância da verdade material no curso do procedimento e do processo administrativo fiscal.

Reporta-se sobre a aplicação do princípio da verdade formal, ou seja, aquela proveniente simplesmente dos dados trazidos ao processo pelas partes, ou nos dizeres de James Marins, “*a convicção do Juiz advém unicamente do conjunto de elementos produzidos pelas partes em rígido sistema de preclusão*”.

Observa que tal princípio é integralmente aplicado no Processo Judicial Civil brasileiro, ante a inéria que deve permear o exercício da atividade do magistrado, só podendo agir por provocação.

Entretanto, tanto no Procedimento, quanto no Processo Administrativo-Fiscal, é a verdade material que deve ser alcançada, na exata medida que os atos praticados pelo Fisco não se submetem ao princípio dispositivo, podendo, e até devendo, que sejam praticados de ofício, evitando-se lançamento tributário incorreto, ou mesmo decisões administrativas sem embasamento a contento. Invoca e reproduz, neste sentido, lição de James Marins.

Salienta que esse princípio, inclusive, encontra-se expressamente albergado no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/1999, no seu art. 2º, cuja redação reproduz.

Alega que a despeito da observância obrigatória por parte da Administração tributária, e, portanto, ao arrepio da norma principiológica em questão, a Fiscalização no desenvolvimento da fase procedural, etapa anterior ao contencioso administrativo, inaugurada pela defesa apresentada, lavrou o auto ora combatido sem analisar diversas questões, entre as quais:

- a)algumas notas fiscais foram canceladas pelos emitentes;
- b) algumas notas fiscais foram emitidas pelo fornecedor, mas não foram recepcionadas pela COELBA;
- c) uma nota fiscal se encontra apenas com erro de digitação.

Alega que, como se isso não fosse suficiente, a Administração Tributária também descumpriu com o seu dever de fiscalização, haja vista que a autoridade fiscalizadora deveria ter procedido com seu dever de investigação, de modo a dar certeza à autuação, garantindo segurança jurídica. Transcreve lição de James Marins sobre o tema.

Assevera que não poderia apor em sua escrita fiscal o resultado de negócios jurídicos que não existiram, não se concretizaram, o que denota o total descabimento da autuação em lide.

Frisa que todos esses acontecimentos acabam por subsidiar entendimento exatamente em sentido contrário ao externado pelas autuantes, na exata medida em que são capazes de comprovar a completa inexistência da infração.

Reporta-se sobre as nota fiscais canceladas. Alega que várias delas foram canceladas pelos próprios emitentes, conforme se verifica nos documentos anexados (Doc. 05). Diz se tratar das Notas Fiscais nºs 434, 435, 436, 437, 3924, 3934, 24960, 3708, 2273, 88, 6087, 6088.

Afirma que a Fiscalização não observou o cancelamento de todas essas compras, com a correspondente emissão das Notas Fiscais atestando tais acontecimentos, sendo esta uma atitude suficiente a impossibilitar o lançamento da multa por descumprimento de obrigação acessória.

Acrescenta que em conformidade com o conjunto documental mencionado acima, houve o cancelamento do negócio jurídico relativo à compra e venda das mercadorias relativas às referidas Notas Fiscais, formalizando-se por meio da emissão de Notas Fiscais de devolução dos bens. Observa que o procedimento em questão encontra-se amparado pelo RICMS-BA vigente à época dos fatos geradores. Neste sentido, reproduz os artigos 636 e 654 do mencionado diploma regulamentar.

Sustenta que, desse modo, cumpriu com todos os requisitos necessários à devolução das mercadorias, com consequente impossibilidade material de o Fisco Estadual autuar a sua conduta.

Prosseguindo, alega a existência de Notas Fiscais emitidas pelos fornecedores e que não recepcionou, havendo impossibilidade para que produza prova negativa.

Ressalta que algumas Notas Fiscais, a despeito de terem sido emitidas pelos respectivos fornecedores, não foram recepcionadas pelo seu estabelecimento. Ou seja, não houve efetivo negócio jurídico entre as partes, não havendo, por consequência, o recebimento de quaisquer valores de sua parte, logo, não poderia o Estado lavrar Auto de Infração sobre fatos não ocorridos no mundo fenomênico, em homenagem ao princípio da verdade material.

Diz que para provar o quanto alegado anexou diversas Declarações das pessoas jurídicas envolvidas (Doc. 06), atestando que não houve a efetivação da entrega de mercadorias referentes às seguintes Notas Fiscais: 24.729, 27.049, 1.762, 2.638, 2.639, 2.640, 31.025, 987, 57.466, 500, 6.257, 1.676, 16.556, 16.557, 5.887, 263.149, 4.246, 994, 34.553.

Sustenta que, desse modo, considerando que o fornecedor, apesar de ter emitido as respectivas notas fiscais, não efetuou a entrega das mercadorias correspondentes, e, portanto, não tendo havido o negócio jurídico correlato, não seria possível à Secretaria da Fazenda a simples presunção de que teria incorrido em infração por descumprimento de obrigação acessória. Primeiro, porque é dever do fornecedor, ao emitir nota fiscal, se, posteriormente, quiser apresentar a mercadoria devolvida ao seu estoque, a emissão de nota fiscal de entrada, e nunca, um dever seu realização de quaisquer atos contábeis. Diz que prova disso é o que mencionam os artigos 636 e 654, do RICMS-BA, especificamente o inciso V, do art. 654, cuja redação transcreve.

Afirma que cabe ao estabelecimento fornecedor das mercadorias, entre outras obrigações estabelecidas no dispositivo transrito, quando receber de volta os bens, e for solicitado, exhibir ao Fisco Estadual toda a documentação comprobatória de que os valores não foram pagos pelo destinatário.

Ressalta que tudo isso é para demonstrar que a respectiva obrigação é do fornecedor das mercadorias, e não sua, haja vista a impossibilidade da concessionária de energia elétrica obrigá-lo a entregar os documentos que somente o Fisco pode exigir, consubstanciados no art. 654 do RICMS-BA.

Salienta que, no caso, em não sendo admitida como verdadeira a referida sentença, o Estado estaria obrigando o contribuinte a produzir prova negativa, consubstanciada na comprovação de que determinado evento não ocorreu.

Destaca que não possui o dever de provar fato negativo, sobretudo quando narrado pelo acusador sem indicações essenciais, exigidas pela lei, para que se pudesse, ao menos, aferir a presunção de certeza. Diz que a presunção de veracidade e de fé pública não existe para suprir omissões desse porte, nem para gerar insegurança jurídica ao jurisdicionado.

Alega que, desse modo, caso não exista constatação, em flagrante, da infração pela Fiscalização ou, ainda, se esta não dispuser de elementos capazes para seguramente identificar a infração e seu responsável, não há como se proceder à lavratura de qualquer auto de infração antes que a Administração Pública diligencie no sentido de averiguar e constatar nexo de causalidade acerca do fato e da responsabilidade pelo seu cometimento.

Conclui que, sem qualquer fundamentação jurídica, o Auto de Infração deve ser declarado insubsistente.

Frisa que, por cautela, e em se entendendo cabível, que sejam intimados os fornecedores de mercadorias a apresentar explicações a respeito das notas fiscais emitidas, mas que não lhe foram entregues, na forma aduzida neste tópico.

Continuando, no que tange à Nota Fiscal nº 000.008.306 (Doc. 07), alega a existência de apenas um erro formal, sanável, no que tange à correta escrituração da mercadoria adquirida.

Observa que de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, fundamentos maiores do brocardo *pas de nullité sans grief*, somente se decretará a nulidade de determinada conduta quando se observar prejuízo.

Aduz que, assim sendo, muito embora tenha registrado em sua escrituração contábil, a Nota Fiscal 8.606, em verdade, deveria ter registrado a Nota Fiscal 8.306, conforme se observa da documentação anexada (Doc. 08), a qual dá conta das anotações a respeito desta operação no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED FISCAL).

Sustenta que, desse modo, o mero erro de digitação, que não ocasionou qualquer prejuízo ao Fisco, já que a Nota Fiscal da operação foi devidamente escriturada, não pode servir de fundamento à autuação. Neste sentido, invoca e reproduz jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Conclui que, dessa forma, quando se tratar de erro que não causa qualquer prejuízo ao cumprimento de obrigações principais ou acessórias, pode e deve ser excluído do rol de notas fiscais incluídas na referida autuação.

Finaliza a peça defensiva requerendo a anulação do crédito tributário constituído na parcela remanescente da infração 1. Requer, também, por cautela, que a Secretaria da Fazenda intime todos os fornecedores de mercadorias que não registraram o cancelamento das suas respectivas notas fiscais, para prestar esclarecimentos.

As autuantes prestaram informação fiscal (fls. 117 a 124). Consignam que o Auto de Infração foi lavrado com observância das normas regulamentares de suas funções fiscalizadoras fundamentados no RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Registraram que a infração 2 foi totalmente reconhecida, inclusive com o pagamento do valor de R\$93.684,08, conforme DAE nº 1406908147 acostado aos autos. Quanto a infração 1, assinalam que diz respeito às Notas Fiscais discriminadas no demonstrativo que apresentam.

Salientam que após análise da defesa verificou-se que as notas fiscais constante no demonstrativo de folhas 7 a 9, podem ser distribuídas em quatro situações diferentes, a saber: - Notas Fiscais referentes a crédito tributário reconhecido e recolhido pelo defendant; - Notas

fiscais referentes a crédito tributário defendido e acatado pelas autuantes; - Notas fiscais referentes a crédito tributário defendido e não acatados por falta de comprovação;- Notas fiscais que não foram defendidas.

Assinalam que no campo “OBSERVAÇÃO” da planilha “PL2 – DEMONSTRATIVO DAS SITUAÇÕES DAS NOTAS FISCAIS” consta todas essas situações discriminadas, conforme apresentam.

Observam que o crédito tributário reconhecido e recolhido pelo defendante através do DAE nº 1406908147, com relação a infração 1, totaliza um valor de R\$21.639,15, e as notas fiscais que compuseram este valor estão discriminadas na planilha PL2, acima referida.

Já o crédito tributário defendido e que acataram totaliza R\$30.430,71, e as notas fiscais que compuseram este valor estão discriminadas na PL2.

Dizem que o autuado em sua defesa acostou notas fiscais emitidas pelos fornecedores com natureza de operação “devolução de mercadorias”, nas quais constam no campo “observação” os números das notas cujas mercadorias foram devolvidas. Acrescentam que, além destas operações que foram canceladas com a emissão de notas fiscais de devolução pelos fornecedores, também acataram a defesa referente às Notas Fiscais nºs 34553 e 8306. Observam que para a Nota Fiscal nº 34553 foi acostado recibo de pagamento, no qual o transportador assumiu o ônus de avaria da mercadoria da referida nota fiscal. No que tange a Nota Fiscal nº 8306 consignam que aceitaram a alegação de erro de digitação na escrituração com o nº 8606.

Registram que elaboraram quadro demonstrativo das Notas Fiscais de venda com suas respectivas Notas Fiscais de Devolução, ambas autorizadas no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, referente ao crédito tributário defendido e acatado, no caso as Notas Fiscais nºs 26515, 26502, 92195, 59706, 6087,6088,2251,994,3455, 1676, 8306, 500.

Afirmam que a documentação apresentada pelo autuado acostada às fls. 91; 95; 96; 98; 99; 103; 104; 109; 110 e 111, não comprovam o cancelamento de operações de venda de mercadorias. Acrescentam que referida documentação diz respeito às Notas Fiscais listadas na planilha PL2 no campo “Observação” "Defendido e não Acatado". A alegação de que a Nota Fiscal nº 24960, datada de 28/09/2011, acostada ao PAF na folha 83, cancela a operação da Nota Fiscal nº 18970, emitida em 23/09/2010; não foi acatada, visto que, a data de emissão da NF de Devolução (24.960) foi um ano após a emissão da NF de Venda (18.970).

Salientam que o impugnante acostou quatro notas fiscais de devolução, no caso as Notas Fiscais nºs 434, 435, 436, 437, que supostamente cancelariam algumas notas fiscais constante na infração 1, no caso as Notas Fiscais nºs 10752, 10756, 10755,10754. Dizem que, no entanto, essa alegação de cancelamento não procede, haja vista que nestas notas fiscais de devolução, no campo "dados adicionais" constam números e data de notas fiscais distintos daquelas arroladas no demonstrativo de fls. 7 a 9 dos autos, no caso as Notas Fiscais nºs 10488, 10547, 10546, 10490, conforme planilha “PL4 – NOTAS FISCAIS ESTRANHAS AO PAF” que apresentam.

Assinalam que fundamentadas nas argumentações e documentações apresentadas pelo autuado, elaboraram novo demonstrativo para a infração 1, no qual consta o valor originalmente apontado no Auto de Infração de R\$143.818,26; o valor recolhido pelo autuado de R\$21.639,16; o valor que acataram de R\$30.430,71; e o valor do saldo a recolher de R\$91.748,41.

Finalizam a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado científico da informação fiscal se manifestou (fls. 129 a 137). Consigna que as autuantes reconheceram que parte do crédito tributário lançado não é devida, conforme especificado.

Observa que as autuantes acataram a alegação atinente ao mero erro de digitação em relação à Nota Fiscal nº 8.306 (8.606); as declarações dos fornecedores IESA, KYOCERA e TRAMONTINA, no

que tange às Notas Fiscais nº 994, 500 e 34.553, respectivamente; a comprovação de cancelamento de diversas Notas Fiscais.

Entretanto, diz que a despeito do reconhecimento parcial realizado no âmbito da SEFAZ, sobejam razões para que seja reconhecida *in totum*, a parcela impugnada. Reitera os termos apresentados na defesa inicial, no que tange a parte não acatada pelas autuantes.

No que tange às Notas Fiscais canceladas mantidas pelas autuantes na informação fiscal, reafirma que várias delas foram canceladas pelos próprios emitentes, no caso as Notas Fiscais nºs 434, 435, 436, 437, 3924, 3934, 24960, 3708, 2273, 88.

Diz que é digno de nota que a Fiscalização não observou o cancelamento de todas essas compras, com a correspondente emissão das Notas Fiscais atestando tais acontecimentos, atitude suficiente à impossibilitar o lançamento da multa por descumprimento de obrigação acessória. Alega que com isso cumpriu com todos os requisitos necessários à devolução das mercadorias, com consequente impossibilidade material de o Fisco Estadual autuar a sua conduta.

Quanto às Notas Fiscais emitidas pelos fornecedores que não foram recepcionadas no seu estabelecimento, assevera que não houve efetivo negócio jurídico entre as partes, não havendo, por consequência, o recebimento de quaisquer valores pelo seu estabelecimento, logo, não poderia o Estado lavrar Auto de Infração sobre fatos não ocorridos no mundo fenomênico, em homenagem ao princípio da verdade material.

Salienta que para provar o quanto alegado, colacionou diversas Declarações das pessoas jurídicas envolvidas, atestando que não houve a efetivação da entrega de mercadorias, conforme tabela que apresenta atinente às Notas Fiscais: 24.729, 27.049, 1.762, 2.638, 2.639, 2.640, 31.025, 57.466, 6.257, 1.676, 16.556, 16.557, 4.246. Reitera que não possui o dever de provar fato negativo.

Consigna que, por cautela, e em se entendendo cabível, que sejam intimados os fornecedores de mercadorias a apresentar explicações a respeito das notas fiscais emitidas, mas que não lhe foram entregues, em relação a todas as demais Notas Fiscais que foram analisadas pelas autuantes, constantes nas linhas denominadas: “defendido e não acatado” e “não defendido”.

Finaliza a manifestação requerendo:

- relativamente à parcela da infração 1 e ao total da infração 2, a extinção do crédito tributário, pelo pagamento, nos moldes do art. 156, I, do CTN;
- no que tange à parcela reconhecida pelas autuantes, a extinção do crédito tributário, com fulcro no art. 156, IX, do CTN;
- a anulação do crédito tributário constituído na parcela remanescente da infração 1, haja vista a afronta aos princípios da verdade material e do dever de fiscalização, uma vez que: (i) parte das notas fiscais foram devidamente canceladas; (ii) os fornecedores de mercadorias declararam, em relação à algumas notas fiscais, que não houve a efetivação do negócio jurídico.
- por cautela, que a Secretaria da Fazenda intime todos os fornecedores de mercadorias que não registraram os cancelamentos das suas respectivas notas fiscais, para prestar esclarecimentos.

As autuantes se pronunciaram sobre a manifestação do autuado (fls. 155 a 163). Afirmam que a documentação apresentada pelo defendant, no caso Declarações dos emitentes das Notas Fiscais, no sentido de que não houve a entrega das mercadorias à COELBA, acostadas aos autos às fls. 91; 95; 96; 98; 99; 103; 104; 109; 110 e 111, não comprovam o cancelamento de operações de venda de mercadorias. Salientam que tal documentação se refere às Notas Fiscais listadas na planilha PL2 com campo 'Observação' "Defendido e não Acatado".

Ressaltam que a alegação defensiva de que a Nota Fiscal nº 24960, datada de 28/09/2011, acostada a fl. 83 dos autos, cancela a operação da Nota Fiscal nº 18970, emitida em 23/09/2010, não foi

acatada em razão de a data de emissão da NF de Devolução nº 24.960 ter um ano após a emissão da NF de Venda nº 18.970.

Esclarecem que, com base nas argumentações e documentações apresentados pelo autuado, elaboraram um novo demonstrativo para a infração 1, conforme planilha “PL5 – INFRAÇÃO 01 – 16.01.01 – NOVO DEMONSTRATIVO”, que apresentam.

No referido demonstrativo consta o valor autuado originalmente de R\$143.818,26; o valor reconhecido e recolhido pelo impugnante de R\$21.639,15; o valor que acataram de R\$50.108,81; e o valor do saldo a recolher de R\$72.070,31.

Finalizam a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado cientificado sobre o pronunciamento das autuantes se manifestou (fls. 166 a 174), reiterando os termos da manifestação anteriormente apresentada. Em síntese, sustenta que algumas notas fiscais foram canceladas pelos emitentes; algumas notas fiscais foram emitidas pelo fornecedor, mas não foram recepcionadas pela COELBA; não possui o dever de provar fato negativo.

As autuantes científicas da manifestação do autuado se pronunciaram (fl. 191). Afirmam que o autuado não traz qualquer fato novo ou documentação capaz de modificar o entendimento que manifestaram às fls. 155 a 163 dos autos. Opinam pela procedência parcial do Auto de Infração.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do feito em diligência à IFEP SERVIÇOS (fls. 197/198), a fim de que as autuantes ou outro Auditor Fiscal designado adotassem as seguintes providências: 1. Intimassem o autuado a apresentar elementos de provas que complementassem as Declarações dos emitentes das Notas Fiscais eletrônicas acostadas aos autos às fls. 91, 95, 96, 98, 99, 103, 104, 109, 110 e 111 - não acatadas pelas autuantes como comprovantes do cancelamento de operações de venda de mercadorias pelos fornecedores -, a exemplo de registros feitos nos livros fiscais dos fornecedores atinentes a tais documentos; comprovação obtida junto à empresa transportadora contratada de que não houve a prestação de serviço; manifestação do Fisco do Estado de origem das mercadorias que possa atestar o cancelamento das notas fiscais, ou outro qualquer elemento hábil de prova que permita comprovar o alegado; 2. Caso o autuado atendesse a intimação, deveria o diligenciador verificar e analisar os elementos apresentados e, se fosse o caso, realizar os ajustes e correções necessários, excluindo as notas fiscais cujo cancelamento ou desfazimento do negócio restasse comprovado, elaborando novos demonstrativos.

As autuantes se pronunciaram (fls. 207/208) consignando que, em atendimento à diligência, acostaram ao PAF os seguintes documentos: (i) intimação, datada de 11/04/16, para apresentação de elementos de provas que complementem as declarações dos emitentes das notas fiscais eletrônicas acostadas aos autos às fls. 91, 95, 96, 98, 99, 103, 104, 109, 110 e 111, (fls. 202 a 203); (ii) documento em resposta à Intimação apresentado pela COELBA, protocolado em 03/05/2016 (fls. 204 a 206).

Registram que a COELBA neste documento não apresenta nenhum elemento de prova de que foi intimada e reitera "que sejam intimados os fornecedores de mercadorias a apresentar explicações a respeito das notas fiscais emitidas".

Finalizam opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado científico da conclusão da diligência se manifestou (fls. 214 a 226) reiterando os termos da defesa inicial e manifestações posteriores. Acrescenta que, por cautela, quanto ao saldo residual da infração 1, ser necessária a aplicação da retroatividade da lei mais benéfica ao contribuinte em matéria de penalidade tributária, consoante o art. 106, II, “c”, do CTN.

As autuantes se pronunciaram sobre a manifestação do autuado (fl. 262). Dizem que o autuado não traz nenhum fato novo ou documentação capaz de modificar o entendimento expresso na informação fiscal, acostadas às fls. 155 a 162; fl. 191; fl. 207.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo ambas decorrentes de descumprimento de obrigação acessória, conforme relatado.

De início, verifico que o autuado reconheceu a infração 2, inclusive que efetuou o recolhimento do valor do débito reconhecido, conforme comprovação acostada aos autos.

Diante disso, resta indubioso que a infração 2 é subsistente, cabendo a homologação do pagamento e, consequentemente, a extinção do crédito tributário. Infração subsistente.

No que concerne a infração 1, observo que o autuado reconheceu parcialmente a autuação, inclusive efetuando o recolhimento do valor do débito reconhecido.

Quanto à parte impugnada sustenta que a Fiscalização não observou que algumas notas fiscais foram canceladas pelos emitentes; algumas notas fiscais foram emitidas pelo fornecedor, mas não foram recepcionadas pela COELBA; uma nota fiscal se encontra apenas com erro de digitação.

Constatou que as autuantes, tanto na informação fiscal como no pronunciamento posterior à manifestação do autuado, acataram parcialmente as alegações defensivas. Na informação fiscal inicial acataram as alegações defensivas no valor de R\$30.430,71. Em face disso, o valor originalmente apontado no Auto de Infração de R\$143.818,26, deduzido do valor recolhido pelo autuado de R\$21.639,16; do valor que acataram de R\$30.430,71; resultou no saldo a recolher de R\$91.748,41.

No pronunciamento posterior à manifestação do impugnante o valor acatado passou de R\$30.430,71 para o valor de R\$50.108,81. Em face disso, o valor originalmente apontado no Auto de Infração de R\$143.818,26, deduzido do valor recolhido pelo autuado de R\$21.639,16; do valor que acataram de R\$50.108,81; resultou no saldo a recolher de R\$72.070,31.

Acolho o resultado apresentado pelas autuantes.

Isso porque, o autuado se incumbiu parcialmente em comprovar os fatos alegados.

Assim é que, as autuantes acataram e excluíram do levantamento os cancelamentos efetivamente comprovados. Também acertadamente acataram a alegação atinente ao mero erro de digitação em relação à Nota Fiscal nº 8.306 (8.606); as declarações dos fornecedores IESA, KYOCERA e TRAMONTINA, no que tange às Notas Fiscais nº 994, 500 e 34.553, respectivamente; a comprovação de cancelamento de diversas Notas Fiscais.

Quanto à Nota Fiscal nº 24960, datada de 28/09/2011, acostada a fl. 83 dos autos, cancela a operação da Nota Fiscal nº 18970, emitida em 23/09/2010, concordo com o não acatamento, haja vista que não se apresenta razoável que seja emitida uma Nota Fiscal de devolução, no caso a NF de Devolução nº 24.960, após um ano da emissão da NF de Venda nº 18.970.

Quanto à alegação defensiva atinente às Declarações apresentadas – relativas às notas fiscais impugnadas que não foram acatadas pelas autuantes -, cabe observar que a diligência solicitada por esta JJF visou precipuamente que o autuado obtivesse junto aos emitentes das notas fiscais ditas canceladas, outros elementos de prova que permitissem confirmar de forma indubitável o alegado.

Isto não ocorreu. O autuado limitou-se a reiterar o que houvera dito na defesa vestibular e manifestação posterior, isto é, “que sejam intimados os fornecedores de mercadorias a apresentar explicações a respeito das notas fiscais emitidas”, já que não poderia produzir prova negativa.

Por certo que, no presente caso, não se trata de produção de prova negativa, haja vista que as Declarações trazidas pelo impugnante dizem respeito a Notas Fiscais eletrônicas.

Tratando-se de Notas Fiscais eletrônicas cabe ao contribuinte verificar se 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.

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, as decisões deste CONSEF já apontavam no mesmo sentido.

Portanto, mesmo os fatos infracionais relativos à infração 1 tendo ocorrido em período anterior a 01/01/15, a obrigação do contribuinte 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.

É certo que a simples negativa do cometimento da infração não pode elidir a autuação.

Dessa forma, conforme dito linhas acima, acolho o resultado apresentado pelas autuantes no sentido de que, do valor originalmente apontado no Auto de Infração de R\$143.818,26, deduzido do valor reconhecido e recolhido pelo autuado de R\$21.639,16; do valor acatado pelas autuantes de R\$50.108,81; o saldo a recolher resulta no valor de R\$72.070,31

Entretanto, observo que a redação do inciso IX do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, alterada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, 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.

Nos termos do art. 106 do Código Tributário Nacional, Lei nº. 5.172/1966 - invocado inclusive pelo impugnante - 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 o saldo do valor a recolher apontado pelas autuantes na segunda informação fiscal de R\$72.070,31 para R\$7.207,03.

Diante disso, a infração 1 é parcialmente subsistente no valor total de R\$28.846,19, conforme demonstrativo de débito abaixo, devendo ser homologado o pagamento efetuado no valor de R\$21.639,16.

MÊS	VR. RECOLHIDO	SALDO	VR. DEVIDO
jan/10	915,00	-	915,00
fev/10	169,20	14,94	184,14
mar/10	122,64	21,76	144,40
abr/10	2.902,14	75,87	2.978,01
mai/10	400,38		400,38
jun/10	2.100,00	828,20	2.928,20
jul/10	40,28	39,73	80,01
ago/10	278,52	510,22	788,74
set/10	711,88	18,47	730,35
out/10	1.167,98	1.861,19	3.029,17
nov/10	4.635,07	-	4.635,07
dez/10	8.196,07	3.836,65	12.032,72
TOTAL	21.639,16	7.207,03	28.846,19

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado atinentes às infrações 1 e 2.

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 298633.0023/14-0, lavrado contra **COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$122.530,27**, previstas no art. 42, IX, XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

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, 26 de julho de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR