

A. I. Nº - 269191.0003/15-0
AUTUADO - MAXUM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO ARAÚJO MAGALHÃES
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.10.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0170-05/16

EMENTA: ICMS. 1. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Infração não contestada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Lançada a penalidade de 10% sobre o valor das entradas. Multa ajustada para 1% do valor comercial das entradas, em razão de edição norma superveniente, mais benéfica para o contribuinte (Lei nº 13.461/15). Redução efetuada após a exclusão das notas fiscais em que ficou devidamente comprovado o registro das operações na escrita fiscal do contribuinte. Não acolhido o pedido de exclusão ou abrandamento dos juros moratórios calculados pela taxa SELIC. Negado o pedido de diligência Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/09/2015 para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor principal de R\$227.012,71, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – Efetuou estorno de débito em desacordo com a legislação do imposto, apurado através de demonstrativo analítico, por totais mensais e por CFOP. Estorno indevido de débito, relativo a operações de saídas, com ICMS substituição tributária para outras unidades da Federação e que tiveram substituição tributária paga para a Bahia. Anexo I (fls. 07 e 08). Valor exigido: R\$196.720,25, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96 e juros moratórios. Ocorrência verificada nos meses de fevereiro/2010 a novembro/2011.

Infração 02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Apurado através de demonstrativo analítico, por documentos fiscais não escriturados. Anexo II (fls. 09 a 14). Valor da multa lançada: R\$30.292,46, no percentual de 10% do valor das entradas, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96, acrescida de juros moratórios. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a novembro do exercício de 2011.

O contribuinte foi notificado do lançamento através dos correios, via AR (aviso de recebimento), em 25/11/2015 e ingressou com defesa administrativa em 18/01/2016, através de petição subscrita por advogado com procuração nos autos (doc. fl. 50).

A petição de defesa e respectivos anexos e documentos foram juntados às folhas 26 a 164 do PAF.

A impugnante ressaltou, inicialmente, a tempestividade da peça defensiva, esclarecendo que, no tocante à infração 02, o autuante incorreu em equívocos no procedimento fiscal, visto que foram inseridos no demonstrativo de apuração da multa, documentos fiscais que se encontravam lançados na sua escrita. Para evidenciar essa afirmação a defesa declarou que a contabilidade da empresa autuada procedeu a uma conferência de dados que consistiu nos seguintes procedimentos: a) verificação individual de cada documento fiscal listado pelo autuante; b) pesquisa de todas as notas fiscais nos livros destinados à escrituração, relativamente aos

exercícios de 2010/2011; c) identificação das notas fiscais denegadas; d) relação das notas fiscais em que houve recusa de recebimento pela empresa autuada.

Com base nesses roteiros de conferência a defesa verificou que os valores devidos na infração foram reduzidos ou “zerados”, visto que a maior parte das notas fiscais objeto da imposição da multa se encontravam registradas na sua escrita. Anexou na peça defensiva os recibos de entrega à SEFAZ-BA da escrituração fiscal digital – SPED Fiscal (doc. 03 – fls. 65 a 77) e os Registros Fiscais dos Documentos de Entrada (doc. 04, fls. 79 a 121). Anexou também a relação de notas fiscais denegadas (fls. 123 a 127) e o rol de notas fiscais recusadas pela empresa autuada (fls. 129 a 148).

Arguiu, em razões subsidiárias, a ilegalidade da aplicação da taxa SELIC com índice para o cálculo dos acréscimos moratórios das infrações 01 e 02. Sustenta a defesa, em longo arrazoado, que a utilização da taxa SELIC pela Fazenda Pública estadual é manifestamente ilegal e inconstitucional, vez que afronta aos princípios da legalidade (art. 150, inc. I, da C.F.); anterioridade (art. 150, III, “b”, da C.F.); anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º da C.F.); indelegabilidade de competência tributária (art. 48, I e 150, I da C.F.); e, da segurança jurídica, inserido em vários incisos do art. 5º, da Carta Magna do Brasil.

Requeru, ainda, a realização de perícia para comprovar os fatos alegados na inicial.

A defesa pede, ao final, que o Auto de Infração seja julgado IMPROCEDENTE.

O autuante, na informação fiscal, peça anexada às fls. 154 a 157, declarou ter constatado, por ocasião da elaboração da presente informação fiscal, que as EFDs (Escriturações Fiscais Digitais de ICMS/IPI) utilizadas para a conferência e contestação do contribuinte são de fato, as mesmas utilizadas no curso da ação fiscal, conforme atestam as folhas 65 a 77 do presente PAF.

Após analisar e comparar as provas juntadas pela defesa com os relatórios que embasaram a autuação, o autuante declarou reconhecer que o sistema de auditoria informatizada utilizado para a conferência dos documentos fiscais (SIAF), na forma de arquivos XML, induziu a fiscalização ao cometimento de equívocos na identificação de alguns documentos fiscais na condição de “*sem o devido registro na escrita fiscal*”.

No tocante às notas fiscais alegadas pela defesa com a ocorrência de “*recusa de recebimento pela Maxum*”, o entendimento manifestado na informação fiscal é de que não há na peça defensiva elementos suficientes para acolher as razões modificativas do lançamento, quanto à efetiva inoccorrência da operação com o autuado, inexistindo, no caso concreto, comprovação irrefutável da mencionada “*recusa de recebimento pela Maxum*”.

Entende estar comprovado às fls. 129 a 148 do PAF, que os documentos juntados se referem a “*emissões de 2ª via*” de DANFE dos documentos fiscais originários, com declaração de punho próprio de preposto da MAXUM, com as datas das referidas operações, alegando o contribuinte desconhecimento, desacordo comercial ou simples “*recusa*” da operação, sem qualquer aceite ou concordância da parte contrária, emissora do documento fiscal, na forma de cancelamento do documento, emissão de nota fiscal de entrada para devolução do produto ou mesmo mera declaração de modo semelhante ao do contribuinte autuado, ou processo administrativo junto à Secretaria da Fazenda de origem do emissor do documento fiscal com o pedido do cancelamento do documento fiscal, em caso de extemporaneidade desse cancelamento via sistema da NF-e.

Ponderou que há casos em que a declaração de recusa do autuado se dá na mesma data da emissão do documento fiscal, conforme foi consignado no documento da folha 135 do PAF, emitido e recusado no mesmo dia, 22/03/2011 (folha 136 do PAF), o que permitiria o inequívoco cancelamento da nota fiscal, o que não ocorreu. Que não há, portanto, para os documentos fiscais mencionados nas folhas 129 a 148, qualquer elemento que confirme, por parte do emitente, a efetiva inexistência da operação. Frisou que há em verdade de existência plena da operação, mediante a emissão, autorização e não cancelamento do documento fiscal emitido, bem como conhecimento amplo do documento e da operação por parte do autuado, em momento

compatível com a sua emissão, atestado por suas declarações de próprio punho. Que inexistia no PAF declaração contrária ou complementar à exarada à mão pelo contribuinte autuado, em termos semelhantes ou não, dando o aceite à recusa ou dela discordando, de autoria do emissor do documento fiscal.

Disse ser razoável a fiscalização supor que o cuidado na recusa por parte do contribuinte autuado na forma de uma declaração de próprio punho, deveria contar com o cuidado adicional do mesmo em obter do contribuinte emissor do documento fiscal a confirmação desta sua recusa de realização de operação, com declaração de concordância da parte contrária. Ou outro instrumento, em caso de recusa de confirmação pelo emitente do documento poderia ter sido na forma de um registro perante terceiros, por exemplo, via registro policial da operação que lhe teria sido indevidamente imputada como realizada por seu estabelecimento, ou posse de comprovação do cancelamento do documento fiscal emitido de forma indevida, ainda que através de processo administrativo formalizado perante a Secretaria da Fazenda do Estado do emitente. Todas essas cautelas não foram adotadas de forma a se atestar o cancelamento, mesmo que extemporâneo dos documentos fiscais, algo que seria plenamente razoável e compatível na relação travada entre parceiros comerciais.

O autuante observou ainda que por se tratar de mera declaração de não cometimento de infração, as notas fiscais das folhas 129 a 148 do PAF devem remanescer no lançamento fiscal, conforme previsão contida no RPAF/BA, art. 143.

Observou, ainda, que a infração 02 se fundamenta no anexo II ao auto de infração, operando a retificação do lançamento em relação às notas fiscais em que houve a efetiva comprovação do registro, conforme documentado às folhas 74 a 127 dos autos.

Em decorrência, o autuante procedeu à alteração do Anexo II que passou a compor o texto da informação fiscal e cópia digital gravada no “compact disk”, anexada aos autos (fl. 165), de forma que o valor do débito da infração 02 assumiu a configuração apresentada no demonstrativo reproduzido abaixo:

Data Ocorr	Data Vencido	Base de Calculo	Multa %	Vl. Histórico
31/01/2011	09/02/2011	2.253,92	10	225,39
28/02/2011	09/03/2011	47.837,16	10	4.783,72
31/03/2011	09/04/2011	6.805,10	10	680,51
30/04/2011	09/05/2011	1.637,93	10	163,79
31/05/2011	09/06/2011	12.258,10	10	1.225,81
30/06/2011	09/07/2011	9.177,20	10	917,72
31/07/2011	09/08/2011	11.945,30	10	1.194,53
31/08/2011	09/09/2011	1.283,80	10	128,38
30/09/2011	09/10/2011	8.374,50	10	837,45
31/10/2011	09/11/2011	2.129,60	10	212,96
30/11/2011	09/12/2011	15.413,40	10	1.541,34
TOTAIS				11.911,60

Quanto às alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade na aplicação da taxa SELIC como índice para acréscimo moratório para as infrações 01 a 02 declarou que se encontra consolidada a jurisprudência do CONSEF quanto ao acerto do procedimento adotado na ação fiscal, não ingressando nas considerações adicionais desenvolvidas pelo contribuinte na peça de defesa.

O autuante sustentou ainda não ser necessária a remessa do PAF em diligência visto que no procedimento originário e na revisão operada na fase de informação fiscal foram apresentados todos os elementos necessários para a comprovação das infrações possibilitando o pleno exercício do direito de defesa do contribuinte.

O autuado foi cientificado da revisão operada pelo autuante na fase de informação fiscal via Termo de Intimação anexado à fl. 168. Após o transcurso do prazo de 10 (dez) dias, não aduziu novas razões.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS consubstanciado na apuração de duas violações à legislação do imposto detalhadamente descritas e relatadas na peça inaugural do processo.

Cumpre, antes, analisar as razões suscitadas pelo sujeito passivo com relação ao pedido de realização de diligência ou perícia fiscal, a fim de esclarecer possíveis equívocos praticados pela fiscalização.

Indefiro o pedido de diligência ou perícia nos livros e documentos contábeis e fiscais do autuado, pois os elementos constantes nos autos, já são suficientes para a formação de juízo de mérito, nos termos do art. 147, II, RPAF BA., aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Observo que no presente Processo Administrativo Fiscal – PAF foi obedecido o devido processo legal, o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. Constato que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, conforme requisitos constantes no art. 39, RPAF BA (Decreto nº 7.629/99), não existindo a falta de clareza ou obscuridade. Ademais o lançamento tomou por base os dados existentes na escrita fiscal do contribuinte e entregues à autoridade fiscal após regular intimação.

O contribuinte apresentou na peça de defesa, em longo arrazoado, argumentos atinentes à impropriedade de aplicação da Taxa SELIC (taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia), como índice de acréscimo moratório dos débitos apurados neste Auto de Infração. Fez menção inclusive a decisões judiciais proferidas no STJ (Superior Tribunal de Justiça) concordes com as teses sustentadas na impugnação.

Não acato o pedido formulado de exclusão da referida taxa de atualização dos créditos tributários, que se encontra prevista na legislação tributária estadual (art. 102, § 2º, inc. II, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB – Lei nº 3.956/81), visto que não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que o prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99.

Ademais, as decisões judiciais mencionadas pela defesa não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que esta não figurou em nenhuma das ações como parte ou ato normativo seu. Foi objeto de declaração de inconstitucionalidade em ação controle concentrado que já tenha transitado em julgado.

No mérito verifico a partir da análise das peças processuais que apesar do lançamento de ofício consignar duas infrações, o contribuinte impugnou tão somente a exigência relativa à penalidade por falta de registro, na escrita fiscal, de mercadorias tributadas, imputação que integra o item 02 do Auto de Infração.

No tocante à infração 01 o contribuinte foi acusado de proceder a estornos de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto. A referida cobrança tem por suporte documental os demonstrativos anexados às fls. 07/08 dos autos. Mantenho a exigência fiscal sem qualquer alteração diante do silêncio do contribuinte e frente à inexistência nos autos de qualquer elemento probatório que revele o desacerto da cobrança ou que mesmo nulifique o lançamento do crédito tributário que totalizou a cifra de R\$196.720,25.

Em relação à infração 02, a exigência fiscal recaiu na falta de registro de notas fiscais de entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96.

Na peça de defesa o autuante demonstrou que o autuante incorreu em diversos equívocos no procedimento fiscal, visto que foram inseridos no demonstrativo de apuração da multa, documentos fiscais que se encontravam lançadas na escrita da empresa. Anexou na impugnação

os recibos de entrega à SEFAZ-BA da escrituração fiscal digital – SPED Fiscal (doc. 03 – fls. 65 a 77) e os Registros Fiscais dos Documentos de Entrada (doc. 04, fls. 79 a 121). Anexou também a relação de notas fiscais denegadas (fls. 123 a 127) e o rol de notas fiscais recusadas pela empresa autuada (fls. 129 a 148).

O autuante declarou ter constatado, por ocasião da elaboração da informação fiscal, que as EFDs (Escriturações Fiscais Digitais de ICMS/IPI) utilizadas para a conferência e contestação do contribuinte são de fato, as mesmas utilizadas no curso da ação fiscal, conforme atestam as folhas 65 a 77 do presente PAF.

Que após analisar e comparar as provas juntadas pela defesa com os relatórios que embasaram a autuação, o autuante declarou reconhecer que o sistema de auditoria informatizada - SIAF (no formato de arquivos XML), utilizado para a conferência dos documentos fiscais, revelou a existência de diversos equívocos na identificação de alguns documentos fiscais. Em decorrência foram excluídas da autuação as notas fiscais em que restou comprovado o efetivo registro das entradas na escrita fiscal do contribuinte.

Todavia, no tocante às notas fiscais alegadas pela defesa com a ocorrência de “*recusa de recebimento pela Maxum*”, o autuante manifestou o entendimento de que não há nos autos elementos suficientes para acolher as razões modificativas do lançamento, quanto à efetiva inoccorrência da operação. Os documentos juntados às fls. 129 a 148 do PAF se referem a “*emissões de 2ª via*” de DANFE relacionados aos documentos fiscais originários, com declaração de punho próprio de preposto da empresa autuada de recusa do recebimento das mercadorias, com menção das datas das referidas ocorrências.

Em relação a esses documentos o contribuinte alegou desconhecimento, desacordo comercial ou simples “recusa” da operação, mas não há qualquer manifestação dos emitentes dos documentos, inclusive no sistema de emissão da NF-e, onde as notas fiscais permanecem na condição de autorizadas, que evidencie aceite ou concordância ou mesmo prova do retorno das mercadorias aos estabelecimentos de origem das operações. A prova juntada pela defesa não se revelou, portanto, inidônea para demonstrar a inoccorrência da infração.

Tratando-se mera declaração de não cometimento de infração, as notas fiscais das folhas 129 a 148 do PAF devem remanescer no lançamento fiscal.

Todavia, em socorro do contribuinte deve ser aplicada de ofício, a mitigação da penalidade da infração 02, em razão da incidência retroativa das disposições da Lei nº 13.461, de 10/12/2015, que reduziu a multa prevista no inc. IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, de 10% para 1%. Incide no caso a norma contida no art. 106, inc. II, letra “c”, do CTN, que prevê a aplicação da lei menos gravosa ao ato ou fato pretérito, ainda não definitivamente julgado, que comine penalidade mais branda que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. Em decorrência a infração 02 é procedente em parte, com o ajustamento da multa para o percentual de 1%, de forma que a exigência fiscal fica reduzida, inicialmente, de R\$30.292,46 para R\$11.911,60, e depois para R\$ 1.191,16, conforme se encontra detalhado no Demonstrativo de Débito abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Multa %	VI. da multa lançado no A.I.	VI. da multa após exclusão das NF-e registradas	VI. da multa ajustada para 1 %
31/01/2011	09/02/2011	2.253,92	10%	225,39	225,39	22,54
28/02/2011	09/03/2011	47.837,16	10%	4.783,72	4.783,72	478,37
31/03/2011	09/04/2011	6.805,10	10%	858,19	680,51	68,05
30/04/2011	09/05/2011	1.637,93	10%	163,79	163,79	16,38
31/05/2011	09/06/2011	12.258,10	10%	1.228,53	1.225,81	122,58
30/06/2011	09/07/2011	9.177,20	10%	1.876,42	917,72	91,77
31/07/2011	09/08/2011	11.945,30	10%	4.672,80	1.194,53	119,45

31/08/2011	09/09/2011	1.283,80	10%	128,38	128,38	12,84
30/09/2011	09/10/2011	8.374,50	10%	838,59	837,45	83,75
31/10/2011	09/11/2011	2.129,60	10%	13.212,96	212,96	21,30
30/11/2011	09/12/2011	15.413,40	10%	2.303,69	1.541,34	154,13
			TOTAIS	30.292,46	11.911,60	1.191,16

Ante o acima exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269191.0003/15-0** lavrado contra **MAXUM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$196.720,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$1.191,16**, prevista no art. 42, inc. IX do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2016.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO – JULGADOR