

PROCESSO - A. I. Nº 269191.0006/14-0
RECORRENTE - MAXUM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF Nº 0202-04/15
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0231-12/18

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADA DE MERCADORIA NA ESCRITA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Excluídas as notas fiscais canceladas pelo emitente e aquelas objeto de emissão de NF de entrada pelo fornecedor. Reduzida, de ofício, a multa em observância à aplicação retroativa da Lei nº 13.816, de 21/12/17. Infração parcialmente elidida; **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Excluída as notas fiscais canceladas pelo emitente e aquelas objeto de emissão de NF de entrada pelo fornecedor. Infração parcialmente elidida. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. OMISSÃO DE LANÇAMENTO DE DOCUMENTOS FISCAIS. O tipo infracional é incompatível com os fatos apurados no processo. Infração nula. Não acolhida a preliminar arguida. Negado o pedido de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 4º JJF Nº 0202-04/15, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 26/12/2014, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$953.050,04, relativos a cinco infrações distintas, descritas abaixo apenas naquilo que se reporta ao presente recurso.

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

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

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

...

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 15/10/2015 (fls. 1332 a 1342) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

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

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

Quanto às demais, as analisarei após apreciar o pedido de realização de diligência, formulado pela autuada em

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GRAFODOCUMENTOSCÓPICA. INDEFERIMENTO. Cabe ao Juiz, como destinatário da prova e para formar seu convencimento, decidir acerca da pertinência da prova pericial. Desnecessária a perícia contábil. Em decisão monocrática, nego seguimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70046629127, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein - Data de Publicação: 16/01/2012"

"TJSP - Apelação APL 9126802752009826 SP 9126802-75.2009.8.26.0000

Data de Publicação: 18/01/2013

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

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

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

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

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

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

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

Desta forma, analiso a tese defensiva, estribado nos elementos constantes do processo. A defesa indica o registro de diversos documentos fiscais nos livros próprios, os quais constam em relação de fls. 74 a 99. Acostou, de igual forma, registros fiscais nos quais estariam tais documentos lançados. Todavia, não trouxe qualquer individualização de lançamento que pudesse correlacionar nota fiscal com o seu respectivo registro, acaso existente, o que torna a função do julgador bastante ingrata, em tentar localizar os documentos arrolados, tal como tentado, sem qualquer sucesso.

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

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

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

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

AI 760894 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL
AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Julgamento: 02/12/2010

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

“Art. 161, do CTN: O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual

for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

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

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

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

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

Quanto as arguições de inconstitucionalidade avocadas pela autuada, lembro da vedação contida no artigo 125, inciso I, da Lei 3.956/81 (COTEB), e repetida no artigo 167, inciso I, do RPAF/99, o qual determina que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, restando prejudicada qualquer apreciação quanto a tais argumentos.

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

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 1360 a 1387, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Afirma, inicialmente, que o julgamento de piso esquivou-se da busca pela verdade material, uma vez que a JJF furtou-se a analisar a documentação acostada ao processo pela Autuada, na qual se encontra a relação de todas as notas fiscais registradas pelo Contribuinte, devidamente acompanhadas das páginas onde constavam os registros respectivos.

No mérito, o Sujeito Passivo ataca somente a decisão recorrida naquilo que se reporta às infrações 1, 2 e 3, sendo este o objeto do presente recurso.

Quanto à Infração 1, afirma que apontou a localização do registro de operações em montante de R\$6.506.449,30, o que resulta no abatimento de R\$650.644,93 (10%) sobre a multa lançada, restando apenas a multa de R\$3.446,92. Explica que constatou que parte das notas fiscais foram lançadas em 09/2009, 01/2010, 02/2010 e 03/2010, enquanto que outra parte se refere a notas fiscais canceladas.

Explica que, além dos demonstrativos já trazidos aos autos, com a defesa, elaborou novo demonstrativo e juntou documentos, informando três situações distintas, que afastam a cobrança da multa, quais sejam: 1) notas fiscais canceladas; 2) emissão de nota fiscal de entrada pelo fornecedor; e 3) notas fiscais registradas na escrita da Recorrente.

Quanto às notas fiscais canceladas, informa que elaborou planilha (global e individual) com a identificação dos documentos, bem como com cópias das notas fiscais canceladas, acompanhada de sua respectiva consulta eletrônica de cancelamento.

Quanto às notas fiscais de entrada, emitidas pelo fornecedor, explica que elaborou, também, uma planilha (global e individual) com a identificação dos documentos, acompanhada das cópias emitidas para a MAXUM MÁQUINAS E EQUIPAMENTO LTDA, bem como as notas fiscais de entrada, emitidas pelo fornecedor.

Finalmente, quanto às notas fiscais registradas em sua escrita, explica que elaborou, da mesma forma, uma planilha (global e individual) com a identificação dos documentos, com a data de lançamento, com página e posição do registro no livro fiscal. Destaca que grifou a nota fiscal no livro, incluindo, individualmente, cada cópia da nota fiscal registrada.

Destaca que já havia juntado, na defesa, as páginas e a relação das notas registradas, conduta que está repetindo agora.

Conclui, assim, que, comprovado o registro, não se pode aplicar a multa indicada.

Quanto à Infração 2, afirma que foram localizados registros de operações equivalentes a um montante de R\$7.180.592,00, o que representa uma redução de R\$71.805,92, no valor da multa lançada, restando como devido apenas R\$9.367,14.

Explica que parte das notas fiscais foi lançada em 09/2009, 01/2010 e 02/2010. Outra parte se refere a notas fiscais canceladas. Uma terceira parte, segundo a empresa, se refere a notas emitidas pelos fornecedores, mas que foram anulada posteriormente, mediante a emissão de uma outra nota de entrada, para acobertar a devolução das mercadorias.

Como prova do registro das notas fiscais, informa que trouxe, além dos demonstrativos anexados à defesa, a informação de que o fornecedor emitiu NF de entrada, em nome da Maxum, afastando a incidência da multa.

Conclui, assim, que, tendo havido o registro dos documentos fiscais em sua escrita, não se pode aplicar a multa prevista de 1%.

Quanto à Infração 3, afirma que localizou os registros de todos os documentos fiscais autuados, pois se referem a notas fiscais emitidas para a Maxum Máquinas e Equipamentos Ltda, as quais não foram escrituradas porque a mercadoria não foi aceita e o fornecedor procedeu a uma emissão de NF de entrada (em nome da Maxum) para receber de volta estas mercadorias, em operação não tributada.

Explica que parte das notas fiscais foi objeto de cancelamento. Outra parte se refere a notas fiscais para as quais o fornecedor emitiu um outro documento de entrada, em devolução das mercadorias. Uma terceira parte, segundo a empresa, se refere a notas fiscais registradas em sua escrita.

Quanto às notas fiscais canceladas, informa que elaborou planilha (global e individual) com a identificação dos documentos, bem como com cópias das notas fiscais canceladas, acompanhada de sua respectiva consulta eletrônica de cancelamento.

Quanto às notas fiscais de entrada, emitidas pelo fornecedor, explica que elaborou, também, uma planilha (global e individual) com a identificação dos documentos, acompanhada das cópias emitidas para a MAXUM MÁQUINAS E EQUIPAMENTO LTDA, bem como as notas fiscais de entrada, emitidas pelo fornecedor.

Finalmente, quanto às notas fiscais registradas em sua escrita, explica que elaborou, da mesma forma, uma planilha (global e individual) com a identificação dos documentos, com a data de lançamento, com página e posição do registro no livro fiscal. Destaca que grifou a nota fiscal no livro, incluindo, individualmente, cada cópia da nota fiscal registrada.

Quanto à Infração 4, afirma que o fornecedor emitiu nota fiscal de entrada em nome da Maxum Máquinas e Equipamentos Ltda.

Quanto à Infração 5, informa que houve o parcelamento e pagamento dos valores.

Alega, ainda, que a taxa Selic, aplicada para o cálculo dos acréscimos moratórios dos débitos constituídos mediante o presente lançamento, é inconstitucional uma vez que fere os princípios da legalidade, da anterioridade, da indelegabilidade de competência tributária e da segurança jurídica.

Após listar os dispositivos legais que adotaram a Taxa Selic com parâmetro de atualização dos débitos, explica que tal índice embute, além da atualização monetária do tributo, juros médios cobrados pelo mercado, aumentando o valor do imposto, sem amparo na lei, conforme tem reconhecido o poder judiciário. Acosta julgados em apoio aos seus argumentos.

Requer que seja realizada diligência para estranho ao feito, com fins de que sejam conferidos os lançamentos das notas fiscais nos respectivos livros, bem como as notas fiscais canceladas, corrigindo a cobrança dos itens 01 a 04, sob pena de se incorrer em cerceamento do direito de defesa da Recorrente.

Aduz argumentos variados com o objetivo de evidenciar a necessidade de realização de diligência como meio de prova hábil nos processo em que a quantidade de documentos é vultosa, ou em que haja indício de erro no lançamento.

Diante do exposto, requer a realização de diligência e o conhecimento e provimento do presente recurso.

Às folhas 2137/2145, consta requerimento e extratos de parcelamento de parte do débito lançado, relativa à integralidade dos valores exigidos nas infrações 4 e 5.

Às folhas 2172/2175, consta parecer emitido pela PGE/PROFIS, da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso voluntário, com base nas considerações que seguem.

Afirma que a recorrente não trouxe nenhum apontamento específico refutando a falta de registros de documentos em seus livros fiscais, apenas alegando de forma genérica, o que se torna insuficiente para elidir o lançamento pautado em DANFES e demonstrativos de débito de todas as operações indicadas.

Quanto à alegada ilegalidade da Taxa Selic, acosta julgado do STJ no qual ficou consignado que o uso do índice citado, desde que autorizado por lei, é lícito.

À folha 2177, a 2ª CJF deliberou por baixar o feito em diligência com vistas a que o Autuante se pronunciasse acerca das provas documentais a alegações trazidas pela recorrente, analisando se elidem ou não o lançamento, com a pertinente justificativa.

Às folhas 2181/2191, o Autuante cumpre a diligência solicitada, destacando, inicialmente, que o lançamento contém cópia dos livros fiscais entregues pelo Sujeito Passivo, utilizados pela fiscalização para conferir os registros dos documentos fiscais indicados, o que dispensa a empresa de anexar novas relações ao processo.

Destaca que o Contribuinte não encadernou seus livros fiscais relativos aos meses de setembro a dezembro de 2009, o que resultou na Infração 04, já reconhecida pela Recorrente. Alega que tais documentos não foram contestados pela empresa.

Afirma que não houve contestação, por parte da Recorrente, dos arquivos e documentos anexados, pelo fisco, ao processo, o que não justifica que apresente livro fiscal alternativo àquele entregue à fiscalização e que deu base ao trabalho.

Entende que a única prova válida da escrita fiscal da empresa, que deve ser usada para referenciar os lançamentos, é aquela existente à folha 42 do PAF, em CD. Alega que não há garantias de que as folhas soltas trazidas ao processo, pela Recorrente, guarde correspondência com os livros apresentados à fiscalização e que fazem parte do presente processo.

Por entender que as provas válidas são aquelas já anexadas ao processo, conclui que as cópias anexadas pela empresa são inúteis e incapazes de elidirem as infrações imputadas. Requer a manutenção integral do auto de infração.

Intimada do conteúdo da diligência, a empresa apresenta nova manifestação às folhas 2200/2203, tecendo as considerações que seguem.

Lamenta que a diligência seja realizada pelo próprio auditor autuante. Afirma que o Autuante não se ocupou de conferir as provas trazidas pela empresa. Assegura que não adotou qualquer estratégia protelatória.

Reafirma que o auto de infração é improcedente. Cita a doutrina de Celso de Mello em apoio aos

seus argumentos.

Informa que adotou um esforço de conferir todos os documentos fiscais indicados no lançamento, que se traduziu em verificar cada documento, pesquisar as NF em seus livros, pesquisar os documentos no Sistema SGD, e verificar, no site da SEFAZ, na consulta da NF-e, para saber se houve algum cancelamento por parte do fornecedor.

Requer que esta CJF acate os novos demonstrativos com indicação de cada nota fiscal acompanhada da página e da linha em que está registrada.

Reitera o pedido de improcedência do Auto de Infração.

À folha 2222, adveio novo parecer da PGE/PROFIS, opinando pelo improvimento do recurso voluntário, comungando inteiramente com a manifestação do Autuante, às folhas 2181/2191.

Às folhas 2225/2226, esta 2ª CJF deliberou por baixo o feito em nova diligência, para preposto estranho ao feito, com vistas a que adotasse as providências a seguir: 1) intimar o contribuinte a apresentar os livros Registros de Entrada, relativos aos períodos de setembro/09 a janeiro /10, verificando se preenchem todas as formalidades legais; 2) verificar, nas infrações 1 e 2, se os lançamentos realizados comprovam, ou não, as alegações da Recorrente; 3) verificar, na Infração 3, quais notas fiscais se refere o demonstrativo (fl. 08) e se, efetivamente, não foram lançadas no Livro Registro de Saídas.

Às folhas 2229/2236, o próprio Autuante cumpre a diligência, informando o que segue.

Quanto ao item “1”, informa que encontra resposta no fato de que o próprio Contribuinte reconheceu e pagou a Infração 4, especificamente naquilo que se reporta aos meses de setembro a dezembro de 2009.

Informa, ainda, que em 18/12/2014, preposto do contribuinte fez a entrega dos livros fiscais, de outubro a dezembro/09 e janeiro a setembro/09, além dos relativos a janeiro e fevereiro/2010. Afirma que na pasta “Livro Entrada Maxum” constam os arquivos recebidos do Contribuinte, cujo conteúdo coincide com aquele relativo aos anexados pela empresa no e-mail recebido de 18/12/2014. Explica que inexistiu pedido ou autorização para que a Recorrente reconstitua a sua escrita.

Assim, reafirma que os livros fiscais necessários ao convencimento se encontram no processo, com validade atribuída pelo procedimento fiscal, sendo impossível ao Contribuinte atender à intimação solicitada na diligência, pois isso já foi feito ao longo do processo, não cabendo nova intimação.

Quanto ao item 02 da diligência, entende que as verificações solicitadas já foram realizadas, não havendo como o diligente afirmar qualquer coisa contrariamente ao que já informou, não sendo possível alterar os demonstrativos.

Quanto ao item “03-a”, informa que não foram localizados quaisquer registros fiscais, nas referidas competências, dos Livros de Registro de Entrada, considerados no processo. Quanto ao item “03-b”, informa que as notas fiscais relacionadas nas folhas 112/125, efetivamente estão canceladas. Refez o demonstrativo de débito, à folha 2236, reduzindo a Infração 1 para R\$278.536,02. Quanto ao item “3-c”, informa que tais fatos já foram objeto de informação fiscal às folhas 1307/1323, relativa à Infração 2, o que responde ao questionamento.

Às folhas 2244/2247, o Sujeito Passivo apresenta nova manifestação, aduzindo o que segue.

Reitera a sua reprovação à diligência realizada pelo próprio autuante, uma vez que se volta a manter a autuação realizada. Afirma que o Sintegra demonstra que houve movimentação e escrituração contábil. Alega que a empresa não detinha o livro fiscal de setembro de 2009, à época da fiscalização, pois dependia da liberação do sistema de computação utilizado, e que foi trocado, tendo havido a necessidade de pagar para a liberação do livro.

Assegura que as notas fiscais de setembro/09 estão todas registradas no mês respectivo, conforme

livro anexo. Apresenta o Livro Registro de Entradas, de janeiro/10, autenticado. Roga que se observe o princípio da verdade material.

Reitera o pedido de improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Quanto ao pedido de diligência, denego por entender que os elementos dos autos são suficientes à formação da minha convicção.

Embora o Sujeito Passivo teça críticas à decisão recorrida, e à falta de exame de suas provas, noto que a decisão de piso apreciou as provas acostadas ao processo, tendo se pronunciado a respeito, qualificando-as de genéricas, sem indicação específica dos elementos capazes de elidir o lançamento, conforme se pode constatar a partir da leitura de trecho do Acórdão da 4ª JF abaixo reproduzido.

“Desta forma, analiso a tese defensiva, estribado nos elementos constantes do processo. A defesa indica o registro de diversos documentos fiscais nos livros próprios, os quais constam em relação de fls. 74 a 99. Acostou, de igual forma, registros fiscais nos quais estariam tais documentos lançados. Todavia, não trouxe qualquer individualização de lançamento que pudesse correlacionar nota fiscal com o seu respectivo registro, acaso existente, o que torna a função do julgador bastante ingrata, em tentar localizar os documentos arrolados, tal como tentado, sem qualquer sucesso.

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

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

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

Não tendo havido omissão, é forçoso o afastamento da nulidade suscitada. Eventual erro na apreciação das provas apresentadas será tratado no mérito do presente recurso.

Assim, rejeito a alegação de nulidade da decisão recorrida.

No mérito, relativamente à Infração 1, o lançamento acusa o Contribuinte de “*Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio a dezembro de 2009, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$653.918,68, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, afirmando que localizou o registro de operações em montante de R\$6.506.449,30, o que deveria resultar no abatimento de R\$650.644,93 (10%) sobre a multa lançada, restando apenas a multa de R\$3.446,92. Explica que constatou que parte das notas fiscais foi lançada em 09/2009, 01/2010, 02/2010 e 03/2010, enquanto que outra parte se refere a notas fiscais canceladas.

Examinando os elementos dos autos, é possível notar que as notas fiscais não registradas possuem, como data de emissão, os meses de maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2009, conforme demonstrativo de débito à folha 07, detalhado na planilha analítica à folha 42 do processo. Como prova do alegado, o Autuante acostou cópias eletrônicas do Livro Registro de Entrada da Recorrente, relativo aos meses citados, conforme CD à folha 07.

Pesquisando as notas fiscais listadas junto ao Livro Registro de Entradas, acostado à folha 07, é possível notar que, efetivamente, não houve registro das notas fiscais indicadas no livro fiscal da

empresa.

O Sujeito Passivo alega, contudo, ter registrado as notas fiscais emitidas, em agosto e setembro, no LRE de setembro/09. Acosta cópia impressa de parte do livro fiscal citado, sem totalização dos valores mensais.

Examinando as cópias dos LRE's acostadas à folha 07, no CD, é possível notar que o mês de setembro é o único que não foi entregue à fiscalização, bem como o fato de que foram anexados, neste ato, apenas os totais e subtotais desse período. Embora a ação probatória desenvolvida pelo Sujeito Passivo não tenha sido efetiva, no sentido de trazer os livros fiscais probatórios dos lançamentos alegados, excludo, do levantamento de débito, os valores relativos ao mês de setembro, pois se trata de período, em relação ao qual, o Autuante não chegou a examinar a escrita fiscal da empresa, não sendo possível, por isso, chegar à conclusão da existência de omissão no registro das operações apontadas.

Quanto aos demais meses, para fazer prova do quanto alega, faz-se necessário que o Sujeito Passivo apresente o seu LRE completo, com as formalidades previstas em lei, para que possa elidir o lançamento fiscal, provando o registro das NF indicadas, o que não ocorreu.

Quanto ao suposto registro das NF emitidas em novembro e dezembro, nos meses subsequentes (janeiro, fevereiro e março/10), o Sujeito Passivo precisa, igualmente, apresentar o seu livro fiscal, com as formalidades previstas na legislação, o que não aconteceu.

É importante notar que, a despeito da alegação empresarial que promoveu o registro extemporâneo das notas fiscais, a legislação então vigente exigia, dentre outras coisas, a prévia comunicação à repartição competente, para apropriação do crédito extemporâneo, além de outras regras estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 101 do RICMS/97, conforme abaixo.

“Art. 101. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios:

I - no período em que se verificar a entrada da mercadoria ou a aquisição de sua propriedade ou a prestação do serviço por ele tomado;

...

§ 1º A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida este artigo somente poderá ser efetuada com observância das seguintes regras:

I - feito o lançamento, o contribuinte fará comunicação escrita à repartição fiscal a que estiver vinculado, se o lançamento ocorrer no mesmo exercício financeiro;

II - se o lançamento ocorrer em exercício já encerrado, exigir-se-á, além da comunicação escrita e da observância do prazo de 5 anos:

...

§ 2º Quando a escrituração do crédito fiscal for efetuada fora do período próprio, a causa determinante do lançamento extemporâneo será anotada na coluna "Observações" do Registro de Entradas ou, quando for o caso, na coluna "Observações" do Registro de Apuração do ICMS.

...”

A Recorrente não fez prova de ter adotado quaisquer dessas providências, o que milita em desfavor de sua tese, exigindo uma prova idônea do registro das operações autuadas.

Quanto à alegação de que parte das operações foi cancelada, noto que o autuante acolheu a alegação recursal neste ponto, excluindo as notas fiscais indicadas.

Quanto à alegação de existência de notas fiscais de entrada, emitidas pelo fornecedor, reconhecendo que as NF's não circularam, noto, pelo exame dos documentos fiscais acostados às folhas 1397/1400, que assiste razão ao Contribuinte, pois existem outros documentos fiscais emitidos, dias depois, dando entrada nas mercadorias constantes dos documentos de saída. Excludo, assim, as NF's 28215 (de 08/05/2009) e 3998 (19/08/2009) da Infração 1.

Embora a Recorrente não tenha alegado, reduzo, de ofício, a multa aplicada, em observância aos efeitos retroativos da Lei nº 13.816, de 21/12/17, que reduziu o seu percentual de 10% para 1%.

Assim, a Infração 1 fica reduzida a R\$49.733,12, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

| MÊS | MULTA |
|--------------|------------------|
| mai/09 | |
| jun/09 | |
| jul/09 | 14,56 |
| ago/09 | 21.813,50 |
| set/09 | |
| out/09 | 1,35 |
| nov/09 | 50,11 |
| dez/09 | 27.853,60 |
| TOTAL | 49.733,12 |

Quanto à Infração 2, a acusação fiscal é de “*Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, ...*”. O Sujeito Passivo repete os argumentos deduzidos em relação à Infração anterior. Nesse sentido, o exame dos livros fiscais já citados (CD à folha 07) revela a falta dos registros dos documentos indicados nos livros fiscais entregues à fiscalização.

Excluo, igualmente, os valores relativos ao mês de setembro, por entender incabível a acusação no período em que o livro fiscal não foi examinado.

Quanto às notas fiscais canceladas, a única nota fiscal que deve ser excluída é a de número 001144, emitida em 30/10/2009, cujo valor total é R\$8,52 (cópia à folha 159), pois se trata de documento fiscal cancelado pelo emitente, conforme se pode constatar em consulta ao portal da NF-e.

Quanto à alegação de existência de notas fiscais de entrada, emitidas pelo fornecedor, reconhecendo que as NF's não circularam, noto, pelo exame dos documentos fiscais acostados às folhas 2102/2115, que assiste razão ao Contribuinte, pois existem outros documentos fiscais emitidos, dias depois, dando entrada nas mercadorias constantes dos documentos de saída. Excluo, assim, as NF's 8701 (de 14/05/2009), 4604 (de 11/12/2009), 4608 (de 11/12/2009), 4614 (de 11/12/2009), 4616 (de 11/12/2009) 4618 (de 11/12/2009) e 4620 (11/12/2009) da Infração 02.

No mais, o Sujeito Passivo não desenvolve atividade probatória específica, limitando-se a repetir as alegações genéricas já reproduzidas para a Infração 1, não logrando êxito em elidir o lançamento.

Reduzo, de ofício, a multa aplicada a 50%, tendo em vista as operações autuadas se referirem a simples remessas, sem qualquer recussão no recolhimento do tributo.

Fica, assim, reduzida a Infração 2 a R\$17.302,92, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

| MÊS | MULTA |
|--------------|------------------|
| mai/09 | 15,98 |
| jun/09 | |
| jul/09 | 1,51 |
| ago/09 | 5.025,26 |
| set/09 | |
| out/09 | 2,65 |
| nov/09 | 0,30 |
| dez/09 | 12.257,23 |
| TOTAL | 17.302,92 |

Quanto à Infração 3, a conduta autuada foi descrita como “*Omissão de saídas de mercadorias ou serviços decorrentes do não lançamento de documentos fiscais nos livros próprios, ...*”. Trata-se de apenas quatro notas fiscais, conforme demonstrativo à folha 188 do processo.

O Sujeito Passivo se opõe ao lançamento, afirmando que se referem a notas fiscais emitidas para a Maxum Máquinas e Equipamentos Ltda, as quais não foram escrituradas porque a mercadoria não foi aceita e o fornecedor procedeu a uma emissão de NF de entrada (em nome da Maxum) para receber de volta estas mercadorias, em operação não tributada. Em outro momento, chega a reproduzir as mesmas alegações deduzidas para as infrações 1 e 2.

Examinando as cópias dos documentos fiscais acostadas às folhas 189/196, noto que não se trata de operações de saída, diferentemente do que descreveu o Autuante, na descrição dos fatos, à folha 02 do processo. São, em verdade, notas fiscais de entrada, emitidas pelos fornecedores da Recorrente, para as quais foram anexadas cópias de documentos fiscais de devolução, evidenciando que as mercadorias sequer chegaram a circular. Entendo que o tipo fiscal está incompatível com os fatos evidenciados pelas provas citadas.

A Infração 3 é nula.

Quanto às infrações 4 e 5, foram objeto de confissão e parcelamento, conforme folhas 2137/2145, não mais existindo lide neste ponto. Ficam mantidas.

Quanto à alegada ilegalidade da Taxa Selic, tem previsão no artigo 161, §1º, do CTN, conforme tem reconhecido a jurisprudência das cortes superiores.

Dou, portanto, PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para reduzir a exigência tributária, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

| INFRAÇÃO | ICMS | MULTA FIXA | MULTA |
|--------------|-------------------|------------------|-------|
| 1 | | 49.733,12 | - |
| 2 | | 17.302,92 | - |
| 3 | | | - |
| 4 | | 460,00 | - |
| 5 | 177.949,47 | | 60% |
| TOTAL | 177.949,47 | 67.496,04 | |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269191.0006/14-0 lavrado contra **MAXUM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimada o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$177.949,47**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$67.496,04**, previstas nos incisos IX, XI e XV, "d", do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS