

N. F. Nº - 298576.0005/20-3
NOTIFICADO - PRONTA ENTREGA DISTRIBUIDORA - EIRELI
NOTIFICANTE - LUIS CARLOS MOURA MATOS
ORIGEM - INFAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/08/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0090-04/21NF-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE REGISTRO DO DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Constatado que a planilha de fls. 4/9 dos autos, que serviu de base para a constituição do presente débito fiscal, cobra multa de 1% sobre o valor total da nota fiscal e não imposto (ICMS) por omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, inclusive, com o agravante de estar duplicando o lançamento, pela penalidade aplicada de 100% nos termos do art. 42, inc. III, da Lei 7.014/96. Encontra-se, então, caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvida de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Notificação Fiscal NULA, com base no art. 18, incisos inc. IV, § 1º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do mesmo diploma legal, atentando para o aspecto decadencial de exigência do crédito fiscal. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 30/03/2020, refere-se à exigência de R\$1.085,91 de ICMS, mais multa de 100%, no valor de R\$1.085,91 e acréscimo moratório de R\$169,49, que perfaz o montante de R\$2.341,31, por omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios nas datas de ocorrência de 21/10/2015, 30/09/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fls.4/9 dos autos.

Enquadramento legal: Artigo 2º, inc. I, da Lei 7.014/96, c/c art. 215 e 216, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. III, da Lei 7.014/96.

O notificado apresentou impugnação às fls. 59/76 do PAF, com manifestações e razões de esclarecimento quanto a irregularidade apontada, que a seguir passo a descrever:

Diz ser uma empresa individual de responsabilidade limitada, inscrita no CNPJ de nº 22.723.114/0001-00 e inscrição estadual de nº 125.478.526, estabelecido à Rua B, Loteamento Bateias 1, nº 70, bairro Zabelê, Município de Vitória da Conquista/BA CEP 45.077-014, por seus advogados, vem, tempestivamente e invocando o disposto no art. 123 e seguintes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, oferecer as seguintes razões de impugnação à Notificação Fiscal de nº 298576.0005/20-3, em face dos seguintes fundamentos de fato e de direito que passa a expor:

1. DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Diz que, no dia 30 de março de 2020, lavrou-se a Notificação Fiscal de nº 298576.0005/20-3, por supostas infrações de seguinte teor, “in verbis”:

"Infração - 05.05.03 Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal n os livros fiscais próprios."

Sem embargos do alto zelo do Auditor Fiscal autuante diz que é improcedente em parte a notificação fiscal e será amplamente demonstrado, conforme a seguir:

2. DA INFRAÇÃO DE EXIGÊNCIA DE ICMS.

Diz que se verifica nos levantamentos referentes à infração desta notificação fiscal é que o Autuante indicou como violados os seguintes dispositivos da Lei do ICMS:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados;

Do regulamento do ICMS tem que ter-se-ia violado:

Art. 215. A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade.

§ 1º Os lançamentos nos livros fiscais serão feitos a tinta, com clareza, não podendo a escrituração atrasar-se por mais de 5 (cinco) dias, ressalvados os livros a que forem atribuídos prazos especiais.

§ 2º Os livros fiscais não poderão conter emendas ou rasuras.

§ 3º Os lançamentos, nos livros fiscais, serão somados no último dia de cada mês, quando não houver outro prazo expressamente previsto.

Art. 216. Constituem instrumentos auxiliares da escrita fiscal os livros da contabilidade geral, o Copiador de Faturas, o Registro de Duplicatas, as notas fiscais, os Documentos de Arrecadação Estadual e demais documentos, ainda que pertencentes ao arquivo de terceiros, que se relacionem com os lançamentos efetuados na escrita fiscal ou comercial do contribuinte.

Neste sentido, diz que o vício neste item se limita a adoção da taxa SELIC como ressoa do detalhamento abaixo:

3. IMPROPRIEDADE DE APLICAÇÃO TAXA SELIC COMO ÍNDICE PARA ACRÉSCIMO MORATÓRIO NA INFRAÇÃO 01.

Registra que a taxa SELIC é manifestamente ilegal e inconstitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, "b" da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF) como diz que dispõe ao longo da peça de defesa.

Num primeiro momento dispõe sobre a adoção desta taxa na seara tributária e nos diversos diplomas legais que a adotaram ora como caráter de juros de mora, ora como juros remuneratórios. O primeiro diploma legal a adotar a SELIC foi a Lei de nº 9.065/95 ao recepcionar a Medida Provisória de nº 947, de 22 de março de 1995, que alterou o dispositivo da Lei de nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, que em seu art. 84, inciso I, substituindo a taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Pública Mobiliária Federal interna (DPMFi), pela questionada taxa SELIC, que destaca.

Mais adiante destaca dispositivos da Lei 9.250/95, onde, em seus dispositivos, diz tratar basicamente do IRPF (Imposto de Renda da Pessoa Física), mas os arts. 14, III, 16 e 39, § 4º aduz adotar a SELIC como juros remuneratórios e às vezes como juros moratórios.

Também, diz que a Lei de nº 8.212/91, Lei da Previdência Social, em seus dispositivos, também recepciona equivocadamente a Taxa SELIC, que, também, destaca.

Em seguida, diz que outros diplomas legais adotaram a SELIC, como a lei 9.430/96, dentre outras normas, como juros ora remuneratórios, ora moratórios. Também destaca na peça de defesa.

Na esfera estadual, diz que a taxa SELIC foi adotada pela Lei nº 7.753 de 13 de dezembro de 2000, que alterou a redação do Código tributário do Estado da Bahia, de seguinte teor:

“Art. 1º. Os dispositivos abaixo indicados, da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, passam a vigorar com as modificações seguintes, acrescendo-se ainda o art.119-C:

(...)

III - o artigo 102:

“Art. 102:

§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:

I - sobre os débitos denunciados espontaneamente, incidirão apenas acréscimos moratórios equivalentes 0,11% (onze décimos por cento) ao dia, limitados a 10% (dez por cento), mais a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado;

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado;”

Diz, então, o que se pode perceber da simples leitura dos dispositivos transcritos, assim como das outras leis não citadas, é que nenhuma delas define o que seja a taxa SELIC. Destarte, mesmo nas hipóteses em que é dada a opção ao contribuinte pelo pagamento parcelado com quotas acrescidas com juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, tem-se como inconstitucional.

Após traçar algumas considerações sobre o que define a taxa SELIC, inclusive destacando trecho do voto, relativo ao RE 215.881/PR, do eminente Ministro Franciulli Neto, que aduz ter acolhido a arguição de nulidades, consigna, então, que, ao adotar a taxa que não foi criada por lei para fins tributários, acaba por aumentar o valor tributo, uma vez que não representa, como se disse, os rendimentos do Governo com a negociação da dívida mobiliária. Admitir a aplicação da taxa é conceber a figura do tributo rentável, *“os títulos podem gerar renda, mas os tributos não”*.

Após, também, destacar o art. 150, I, da CF/88, assim como entendimentos de estudiosos do Direito, além de alguns outros destaques do voto acima referido, bem assim vários outros destaques sobre a aplicabilidade da taxa SELIC em matéria tributária, diz, então, que resta demonstrado que a Taxa SELIC está eivada de inconstitucionalidades, devendo ser excluída do montante do débito, objeto em análise.

4. DO PEDIDO

Do exposto, no mérito, requer seja julgada improcedente a Infração 01.

Às fls. 70/72 dos autos, têm-se a Informação Fiscal produzida pela agente Fiscal Autuante, que assim posiciona:

Em primeiro plano destaca o ponto central da defesa, qual seja:

3. IMPROPRIEDADE DE APLICAÇÃO taxa selic COMO ÍNDICE PARA ACRÉSCIMO MORATÓRIO NA INFRAÇÃO 01. A Taxa SELIC é manifestamente ilegal e inconstitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, “b” da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF) como será disposto ao longo desta peça vestibular.

Em seguida, diz que o autuado não questiona a informação da Planilha apresentada às folhas 4 a 9 deste PAF, o que comprova a efetiva omissão das mercadorias vendidas.

Diz que a sua tese de defesa é sobre os acréscimos moratórios. Desta forma, ressalta o art. 142 do Código Tributário Nacional:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo

devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional

Neste sentido, diz, portanto, que não é sua competência resolver a questão mencionada referente a esta defesa. Opina, assim, pela procedência total da Notificação Fiscal, em tela.

À fl. 74, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

A Notificação Fiscal, lavrada em 30/03/2020, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ SUDOESTE NORTE, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 506518/19, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de R\$1.085,91 de ICMS, mais multa de 100%, no valor de R\$1.085,91 e acréscimo moratório de R\$169,49, que perfaz o montante de R\$2.341,31, por omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios nas datas de ocorrência de 21/10/2015, 30/09/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fls.4/9 dos autos.

Enquadramento legal: Artigo 2º, inc. I, da Lei 7.014/96, c/c art. 215 e 216, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. III, da Lei 7.014/96.

Como bem destacado pelo agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, o Contribuinte Autuado não questiona a informação da planilha apresentada às folhas 4/9 dos autos, que deu origem a Notificação Fiscal, em tela, aliás, o próprio sujeito passivo, em sua peça de defesa diz que o vício, no lançamento fiscal, limita-se a impropriedade de aplicação da Taxa SELIC como índice para acréscimo moratório da citada notificação.

Registro, então, que na dicção do art. 2º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal, na forma a seguir destacada:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito. (Grifos acrescidos)

Por sua vez, o parágrafo único, do art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (Grifos acrescidos)

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato. (Grifos acrescidos)

Neste contexto, vejo que a lavratura da Notificação Fiscal, objeto em análise, não está compatível para o procedimento fiscal de apuração do imposto (ICMS) por omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, como assim diz ter ocorrido o agente Fiscal nas datas de ocorrência de 21/10/2015, 30/09/2017 e 31/12/2017, conforme a planilha de fls. 4/9 dos autos.

Assim, após a análise dos elementos que compõem o presente PAF, mais especificamente a

planilha de fls. 4/9 dos autos, constato a existência de vício material intransponível, relacionado à constituição do lançamento, que enseja a sua nulificação.

Observa-se, então, que o presente lançamento fiscal é de exigência de R\$1.085,91 de imposto (ICMS), mais multa de 100%, no valor de R\$1.085,91 e acréscimo moratório de R\$169,49, que perfaz o montante de R\$2.341,31, todavia, compulsando a planilha de fls. 4/9 dos autos, que serviu de base para a constituição do presente débito fiscal, vê-se que o agente Autuante cobra é multa de 1% sobre o valor total da nota fiscal e não imposto (ICMS) por omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, inclusive, com o agravante de estar duplicando o lançamento, pela penalidade aplicada de 100% nos termos do art. 42, inc. III, da Lei 7.014/96.

Concluo, portanto, que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvida de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Voto, então, pela nulidade da Notificação Fiscal, em tela, com fundamento no art. 18, inc. IV, §1º, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, considerando que o instrumento e os procedimentos adotados pelo notificante, indicam a cobrança de multa de 1% sobre o valor total da nota fiscal, enquanto a acusação é de cobrança do imposto (ICMS) por omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios.

Em conformidade com o art. 21 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, represento à autoridade competente, a salvo de falha, para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, atentando para o aspecto decadencial de exigência do crédito fiscal.

Do exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal, em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **298576.0005/20-3**, lavrada contra a **PRONTA ENTREGA DISTRIBUIDORA – EIRELI**. Representa-se à autoridade competente, a salvo de falha, para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, atentando para o aspecto decadencial de exigência do crédito fiscal.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA