

A. I. Nº - 206924.0003/05-3
AUTUADO - COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.
AUTUANTE - GIOVANI AGUIAR DA SILVA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 02. 08. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0258-04/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADA. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO E A NÃO TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% e de 1% do valor comercial da mercadoria não escriturada. Infrações elididas parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/3/2005, cobra multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$9.117,68, em decorrência:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria tributável sem o devido registro na escrita fiscal.
- R\$8.748,06;
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal - R\$369,62.

O autuado, através de advogado, impugnou o lançamento fiscal (fls. 70/79 dos autos) descrevendo, inicialmente, as irregularidades acusadas pelo fisco estadual. Em seguida, argüiu a nulidade da ação fiscal diante das determinações do art. 142, do CTN, ou seja, como o ato de lançamento é plenamente vinculado à lei, para que se possa atribuir validade ao mesmo é indispensável a identificação do fato gerador do tributo e a sua motivação. Trazendo ensinamentos de José Artur Lima Gonçalves, em seu livro Imposto de Renda, editado pela Editora Malheiros e decisões de tribunais administrativos pátrio, afirmou que a fiscalização havia realizado um levantamento superficial sem a necessária cautela, uma vez que a autuação trata de matéria estritamente fática. Passou a enumerar os equívocos:

1. as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 6497 não foram objeto de mercancia, e sim destinada à exposição no seu estabelecimento comercial, conforme prova consignada no próprio documento fiscal;
2. não lhe foi dado tempo suficiente para comprovar, através de documentos, o cancelamento da aquisição de algumas mercadorias, apesar do autuante ter sido previamente informado de que seria possível levantar documentos junto aos fornecedores. Apresentou, neste momento, as notas fiscais nº 536461 e 023094, 538001 e 023266, 185649 e “NF de entrada”;
3. o autuante não havia atentado para a data da efetiva entrada no estabelecimento de algumas mercadorias, preferindo observar unicamente a data de emissão dos documentos fiscais. Com isto, disse, verificou-se grave erro material, uma vez que diversas notas fiscais apresentadas pelo fisco e colhidas nos Postos Fiscais foram escrituradas no seu livro Registro de Entradas. Anexou cópia do mesmo aos autos.

4. embora existissem notas fiscais emitidas em seu nome, na realidade foram aquisições de sua

filial, loja 19. Para provar o alegado afirmou estar anexando ao PAF documento de retificação do endereço e apensou cópia do livro Registro de Entradas da citada filial.

Prosseguindo com sua argumentação, entendeu que não existiam provas materiais objetivando comprovar a acusação. Reafirmando seu entendimento de que o ato administrativo tributário é vinculado à lei, observou que, mesmo existindo a previsão legal de se presumir a infração em combate, não se poderia afirmar, unicamente com notas fiscais colhidas em Postos Fiscais que os documentos não haviam sido escriturados. Ao lado disto, era notória a utilização fraudulenta por parte de terceiros dos dados cadastrais das empresas, com o fito de fraudar o fisco, com prejuízo não somente à Fazenda Pública, mais, de igual forma, aos contribuintes.

Trazendo à sua argumentação seu entendimento sobre a aplicação das leis no País, discorreu sobre os princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, observando que a norma tributária a eles devem se ater. E, especificamente no que diz respeito às sanções tributárias (instrumentos de que se vale o legislador para o cumprimento da obrigação tributária principal), elas devem sempre ser aplicadas considerando o objetivo para o qual foi criada, não podendo haver distorção entre a medida estabelecida em lei e o fim por ela objetivado. Citou ensinamentos de juristas e posição do STF e STJ. Afirmou, para o caso específico, que a autuação decorreu de “uma obrigação acessória relacionada à escrituração de algumas notas fiscais supostamente emitidas em nome da autuada e colhidas em Postos Fiscais, onde a ausência da escrituração também impede o cômputo dos respectivos créditos fiscais e, neste sentido, prejudica o próprio autuado.” Além do mais:

1. alguns documentos acobertavam mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, demonstrando que não houve prejuízo ao Erário por eventual ausência de sua escrituração. E este fato demonstrava a não intenção de dolo, fraude ou simulação.
2. a multa era indevida, como comprovado, posto que a fiscalização poderia ter realizado auditoria com a utilização dos demais elementos da escrita fiscal do contribuinte, sobretudo confrontando o estoque físico com o levantamento contábil.

Desta forma, continuou, não se podia dar tanta importância aos registros fiscais em detrimento ao trabalho de auditoria, o que o levou a requerer o cancelamento da autuação com base no art. 158 do RPAF/99.

Por fim, solicitando diligência ou perícia fiscal, apresentou questionamentos para serem respondidos, pugnou pelo cancelamento do auto de infração e protestou pela juntada posterior de documentos que se fizessem necessários.

O autuante prestou informação (fl. 115), apresentando seu posicionamento quanto aos documentos acostados aos autos pelo defendente:

1. o fato de na Nota Fiscal nº 6497 constar que foi emitida com a anotação “material de propriedade da São Paulo Alparcatas S/A” não justifica a falta de sua escrituração;
2. em relação às notas fiscais nº 536461, 538001 e 185649, observou que as datas efetivas de suas entradas não poderia ter sido considerada já que não escrituradas. O autuado, na sua defesa, havia deixado claro o ingresso das mercadorias no estabelecimento. Assim, os argumentos defensivos não justificavam a irregularidade. Observou que as notas fiscais nº 23094 e 232266 não faziam parte da autuação;
3. após análise do livro Registro de Entradas, concordou que os documentos de nº 387825, 524552, 296139, 997128, 74879, 19656 e 23293 deveriam ser excluídos da ação fiscal. Apresentou o valor a ser excluído;
4. em relação às notas fiscais, escrituradas na escrita da filial do defendente, não aceitou o argumento de defesa, uma vez que a multa foi aplicada tendo em vista a falta de escrituração no livro fiscal do impugnante.

VOTO

Inicialmente entendo oportuno fazer a seguinte observação: compulsando as peças processuais, não estava claro se o autuado havia recebido as notas fiscais, base da autuação, que foram colhidas junto ao Sistema CFAMT desta Secretaria da Fazenda. Este fato ensejaria o retorno dos autos à Repartição Fiscal objetivando esta entrega e a reabertura do prazo de defesa. Entretanto, ao tomar conhecimento da defesa apresentada, pelo seu teor, fica claro que estes documentos lhe foram entregues, ratificado, inclusive e na oportunidade, quando o defendente apresentou seu argumento quanto às mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, ou seja, tinha em seu poder as cópias dos documentos fiscais, pois caso contrário, não poderia assim se posicionar, já que nem todas mercadorias adquiridas, cujos documentos foram autuados, neste regime estão enquadradas.

Após tal colocação, passo a discussão da autuação, indeferindo o pedido de diligência ou perícia fiscal diante do meu convencimento sobre o desfecho da lide e com base no art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), não tendo os questionamentos feitos para serem respondidas por diligente ou preposto quaisquer motivações para desconstituir o desfecho da lide.

As irregularidades acusadas neste Auto de Infração tratam da cobrança de multa (obrigação acessória), tendo em vista que o autuado deixou de escriturar aquisições de mercadorias tributáveis (infração 1) e mercadorias não tributáveis (infração 2). A defesa trouxe como razões de nulidade a ação fiscal argumentos que se confundem com o mérito da autuação. Neste caso, passo a analisar todos eles em conjunto.

1. com base nas determinações do art. 142, do CTN, afirmou que o levantamento fiscal havia sido realizado de maneira superficial sem a identificação do fato gerador do tributo e da sua motivação. Este é argumento que não pode ser recepcionado. A autuação, conforme claramente expressa no corpo do Auto de Infração, diz respeito à cobrança de penalidade, prevista em lei, pela falta de lançamento, na escrita fiscal do autuado, de notas fiscais de aquisições de mercadorias tributáveis e não tributáveis. O autuante realizou levantamento de todos os documentos fiscais (fls. 4/5 dos autos) e apensou ao processo todas as notas fiscais colhidas junto ao Sistema CFAMT desta Secretaria da Fazenda quando do trânsito das mercadorias. O autuado teve conhecimento de todos os documentos que instruíram o processo. Portanto, o fato gerador e a motivação da aplicação da penalidade restam caracterizados.
2. a acusação não poderia se ater exclusivamente em documentos colhidos pelos Postos Fiscais. Mais uma vez tenho que discordar do impugnante. Quando da fiscalização, o autuante teve acesso ao seu livro Registro de Entradas. A autuação decorreu do confronto dos registros neles realizado pelo próprio contribuinte e os documentos fiscais. Se erros existiram, estes podem, e devem ser sanados, mas não inquinam o Auto de Infração à nulidade.
3. como é notória a utilização fraudulenta que terceiros dos dados cadastrais das empresas, o fisco estadual deveria averiguar a situação, junto às Secretarias de Fazenda dos outros Estados, dos contribuintes emissores dos documentos fiscais. Inclusive quando elaborou os quesitos para que fossem respondidos por perito fiscal indicou a Nota fiscal nº 4590, que não faz parte da autuação. Esta não é pesquisa de responsabilidade do Órgão Fazendário. Ressalto que, se as notas fiscais fossem colhidas junto a terceiros, poderia se configurar indício de aquisições não lançadas nos livros fiscais caso outras provas não fossem agregadas às mesmas e a infração não poderia subsistir. Acontece, que elas foram colhidas junto ao Sistema CFAMT da Secretaria da Fazenda, as obtendo quando do trânsito de mercadorias neste Estado. No caso, fica comprovada a circulação das mercadorias no Estado da Bahia, situação, esta, provada pelo fisco. Aliado a isso, resta provado que os documentos estão revestidas de todas as formalidades legais, o destinatário, nelas consignado, é o autuado e as mercadorias são condizentes com o seu ramo de atividade. Diante desses fatos, entendo que as notas fiscais acostadas ao PAF constituem prova bastante da existência de operações comerciais realizadas pelo contribuinte. A contraprova, a fim de desconstituir o crédito tributário, caberia ao autuado. A simples negativa de cometimento

da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a legitimidade da autuação fiscal, devendo apresentar a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da obrigação tributária.

4. argumentou com base nos princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade que, se acaso houve a falta de escrituração de alguma nota fiscal, em contra partida não aproveitou seus créditos fiscais. Não tem sustentação tal assertiva. O contribuinte poderá, dentro do prazo legal e da norma regulamentar, utilizar todos os créditos fiscais a que tem direito.
5. como alguns documentos acobertaram mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, este fato demonstrava não ter havido prejuízo ao Erário, nem, tampouco, dolo, fraude ou simulação. Em primeiro lugar, a falta de escrituração de notas fiscais pelas aquisições de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária não indica, em qualquer hipótese, não ter havido prejuízo ao Estado. E, em segundo lugar, ninguém estar acusando o contribuinte de ter praticado ações com dolo ou fraude. Apenas o que se cobra é uma multa por descumprimento de obrigação acessória.
6. a multa era indevida, já que o autuante deveria ter realizado auditoria com a utilização dos demais elementos da escrita fiscal do contribuinte, sobretudo confrontando o estoque físico com o levantamento contábil. Não tem sentido este argumento. Ora, aqui não se está cobrando imposto, e sim uma penalidade por descumprimento de obrigação acessória. Inclusive, dentro deste contexto, não posso atender o pleito do impugnante, com base no art. 158, do RPAF/99, em cancelar a multa aplicada.

O autuado, ainda argumentou:

1. as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 6497 (fl. 18) foram destinada á exposição no seu estabelecimento comercial, não sendo adquiridas para revenda. De fato, no corpo do documento fiscal, de simples remessa, consta que o proprietário das mercadorias é a empresa São Paulo Alpargatas S/A . No entanto, as mercadorias entraram no estabelecimento do impugnante. Diante da norma regulamentar (art. 322, I, do RICMS/97) está o contribuinte obrigado á escriturá-la. Mas, a autuante aplicou multa de 10% sobre o valor das mercadorias. Neste caso entendo que a multa a ser aplicada é de 1%.
2. houve cancelamento de operações comerciais realizadas. Apresentou cópias das notas fiscais nº 536461 e 023094, 538001 e 023266, 185649 para provar o alegado. Embora o desfazimento do negócio esteja comprovado, as mercadorias adentraram no estabelecimento, somente saindo posteriormente. A norma tributária determina a sua escrituração.
3. o autuante não havia atentado para a data da efetiva entrada no estabelecimento de algumas mercadorias. Neste contexto, diversas delas estavam escrituradas. O autuante, quando de sua informação, acatou este argumento defensivo e excluiu, do levantamento, as notas fiscais de nº 387825, 524552, 296139, 997128, 74879, 19656 e 23293.
4. embora notas fiscais tenham sido emitidas em seu nome, na realidade foram aquisições de sua filial, loja 19. Trouxe aos autos cópia do livro Registro de Entradas da citada filial. O autuante não aceitou este argumento, o que entendo equivocado. Embora de maneira irregular, já que não restou provado, como dito pela defesa, a correção do endereço nas notas fiscais, elas estão escrituradas na filial do defendente, conforme seu livro Registro de Entradas. Tais documentos são excluídos do levantamento fiscal.

Pelo exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração para exigir o pagamento da multa no valor total de R\$4.922,75, conforme levantamento e demonstrativo a seguir.

LEVANTAMENTO FISCAL COM AS EXCLUSÕES DAS NOTAS FISCAIS

DATA	Nº NF	UF	B CÁLCULO	% MULTA	MULTA
INFRAÇÃO 1					
29/1/01	168144	RJ	263,60	10%	26,36
29/1/01	168145	RJ	314,42	10%	31,44
31/1/01	997128	SC	716,10	10%	0,00
TOTAL					57,80
22/2/01	44665	SP	959,43	10%	95,94
TOTAL					95,94
21/3/01	200174	SP	9.360,80	10%	0,00
TOTAL					0,00
14/5/01	30965	RJ	275,91	10%	27,59
TOTAL					27,59
21/6/01	52611	PE	1.327,65	10%	132,77
22/6/01	52659	PE	4.658,67	10%	0,00
TOTAL					132,77
10/8/01	52535	SP	237,85	10%	23,79
10/8/01	52536	SP	2.847,01	10%	284,70
31/8/01	53790	SP	237,85	10%	23,79
31/8/01	53791	SP	2.847,01	10%	284,70
TOTAL					616,98
2/10/01	55616	SP	472,60	10%	0,00
2/10/01	55617	SP	5.661,85	10%	0,00
16/10/01	223622	SP	3.458,20	10%	0,00
26/10/01	57072	SP	721,22	10%	0,00
26/10/01	57073	SP	6.967,05	10%	0,00
26/10/01	57105	SP	4.928,72	10%	0,00
31/10/01	61148	SP	807,00	10%	80,70
TOTAL					80,70
29/11/01	513208	SP	1.201,83	10%	120,18
TOTAL					120,18
11/1/02	640159	MG	1.120,60	10%	112,06
28/1/02	209480	RJ	381,81	10%	38,18
31/1/02	74879	SP	665,26	10%	0,00
TOTAL					150,24
29/3/02	134102	SP	1.480,00	10%	148,00
30/3/02	185649	ES	304,91	10%	30,49
TOTAL					178,49
20/5/02	251468	SP	4.126,73	10%	412,67
TOTAL					412,67
27/6/02	331348	RJ	4.983,00	10%	498,30
28/6/02	524553	MG	478,87	10%	47,89
28/6/02	710710	MG	1.079,10	10%	107,91
29/6/02	196569	ES	975,66	10%	0,00
29/6/02	258013	SP	5.498,43	10%	549,84
TOTAL					1.203,94
1/8/02	23293	GO	574,00	10%	0,00
3/8/02	536461	RJ	1.070,80	10%	107,08
TOTAL					107,08
9/9/02	538001	RJ	373,32	10%	37,33
10/9/02	4690	MG	1.349,40	10%	134,94
30/9/02	161344	SP	6.400,00	10%	640,00
TOTAL					812,27
26/10/02	208342	ES	1.915,34	10%	191,53
TOTAL					191,53

22/11/02	275767	SP	2.577,40	10%	257,74
TOTAL					257,74
5/12/02	277925	SP	1.576,19	10%	157,62
13/12/02	150958	SP	721,57	10%	72,16
23/12/02	367257	SP	897,06	10%	89,71
TOTAL					319,49
TOTAL INFRAÇÃO 1					4.765,41
INFRAÇÃO 2					
30/4/01	206479	SP	9.786,31	1%	0,00
TOTAL					0,00
31/5/01	209264	SP	9.515,96	1%	0,00
TOTAL					0,00
13/9/01	219730	SP	8.325,70	1%	83,26
TOTAL					83,26
28/12/01	387825	SP	816,72	1%	0,00
TOTAL					0,00
27/2/02	6497	SP	666,81	1%	6,66
TOTAL					6,66
20/5/02	251533	SP	1.923,72	1%	19,24
TOTAL					19,24
28/6/02	524552	MG	506,51	1%	0,00
29/6/02	258046	SP	2.154,30	1%	21,54
30/6/02	296139	MG	1.272,56	1%	0,00
TOTAL					21,54
28/8/02	264586	SP	1.518,27	1%	15,18
TOTAL					15,18
5/12/02	277961	SP	1.146,10	1%	11,46
TOTAL					11,46
TOTAL INFRAÇÃO 2					157,34

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	MULTA
INFRAÇÃO 1			
60	31/1/2001	9/2/2001	57,80
60	28/2/2001	9/3/2001	95,94
60	31/5/2001	9/6/2001	27,59
60	30/6/2001	9/7/2001	132,77
60	31/8/2001	9/9/2001	616,98
60	31/10/2001	9/11/2001	80,70
60	30/11/2001	9/12/2001	120,18
60	31/1/2002	9/2/2002	150,24
60	31/3/2002	9/4/2002	178,49
60	31/5/2002	9/6/2002	412,67
60	30/6/2002	9/7/2002	1.203,94
60	31/8/2002	9/9/2002	107,08
60	30/9/2002	9/10/2002	812,27
60	31/10/2002	9/11/2002	191,53
60	30/11/2002	9/12/2002	257,74
60	31/12/2002	9/1/2003	319,49
TOTAL INFRAÇÃO 1			4.765,41
INFRAÇÃO 2			
60	30/9/2001	9/10/2001	83,26
60	28/2/2002	9/3/2002	6,66
60	31/5/2002	9/6/2002	19,24

60	30/6/2002	9/7/2002	21,54
60	31/8/2002	9/9/2002	15,18
60	31/12/2002	9/1/2003	11,46
TOTAL INFRAÇÃO 2			157,34

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206924.0003/05-3**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$4.922,75**, prevista no art. 42, IX e XI da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR