

PROCESSO - A. I. Nº 206984.0014/06-4
RECORRENTE - CAMBUÍ VEÍCULOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0116-04/07
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 26/02/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0013-12/08

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao ativo fixo do próprio estabelecimento é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à infração 4. Decisão por maioria. Decisão unânime em relação à infração 5.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão proferida pela R. 4.^a Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela procedência do Auto de Infração em epígrafe.

Cinge-se o pleito recursal ao enfrentamento e análise das infrações 4 e 5, assim descritas:

4. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal. (Valor histórico: R\$21.917,69; percentual da multa aplicada: 1%).
5. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. (Valor histórico: R\$11.161,59; percentual da multa aplicada: 60%).

No que pertine às infrações 4 e 5, argumentou o autuado em sua peça defensiva que as mesmas representam exigências fiscais carentes de respaldo legal, ressaltando que, em pleno exercício de sua atividade de fiscalização, o fiscal *“chegou a mencionar, em alto e bom som, perante empregado da empresa, que apesar das imputações trazidas, os valores eram irrisórios, que não tinha conseguido achar ‘nada’”,* reputando ser tal conduta *“um desserviço à atividade fiscalizadora e, pior ainda, uma ofensa à honra da empresa”,* afirmando que a mesma é tipificada pelo artigo 316 do Código Penal.

No que tange especificamente à infração 4, alegou que a não escrituração das notas fiscais apontadas pelo autuante ocorreu por desconhecimento, por parte da empresa, das respectivas operações, declarando que as notas não passaram pela mesma, com a ressalva de que tomou ciência da existência da documentação tão-somente em ocasião da entrega das cópias extraídas do sistema da SEFAZ pelo autuante.

Ainda nessa seara, argumentou que as notas fiscais referentes à infração 4 são de *“simples remessa”*, o que significa que já tinha sido realizado o recolhimento do tributo por substituição tributária no momento da emissão pela Fiat Automóveis S/A da nota fiscal de venda a

consumidor final, destacando que as cópias juntadas pelo autuante não possuem a aposição do carimbo do Posto Fiscal Benito Gama.

Pleiteou a declaração de improcedência da infração acima aludida, visto que não restou comprovado o ingresso efetivo no estabelecimento fiscalizado das mercadorias descritas nas notas fiscais.

Com fundamento no artigo 46, do Código Tributário Nacional, e nos Termos de Monitoramento lavrados por prepostos do fisco, conforme consta do Livro de Ocorrências da empresa, com referência aos períodos de 26/01/2000, 12/04/2001, 17/10/2002 e 01/01/2004, requereu o cancelamento da multa aplicada na infração 4.

Quanto à infração 5, asseverou que todo o ICMS concernente à comercialização é recolhido pela montadora de automóveis situada em Minas Gerais, não havendo, portanto, que se falar em falta de recolhimento do imposto, ressaltando que o autuante deixou de observar que os DAE's de complementação de alíquota, Código nº 0791 entregues pela empresa, são referentes às operações a que fazem menção.

Nesse diapasão, informou a juntada de todos os DAE's relativos à complementação de alíquota para efeito de demonstração da improcedência da quinta infração.

Ante o exposto, propugnou pela improcedência das infrações de nºs 4 e 5.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 1.082 e 1.083, nos seguintes termos:

Com relação aos argumentos articulados pelo autuado em face da infração 4, calcando-se na dicção do §9º, do artigo 322, do RICMS/97, alegou que as afirmações do autuado de que não tinha ciência da operação, que as notas fiscais não possuem o carimbo do posto fiscal, que não houve má-fé, dolo ou fraude, assim como que as notas fiscais são de simples remessa, não são suficientes para elidir a infração.

No tocante ao tópico da peça impugnatória pertinente à multa aplicada para a quarta infração, sustentou a sua incidência sob a justificativa de que se tratam de notas fiscais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária com fase de tributação encerrada ou com responsabilidade tributária atribuída ao remetente, destacando ainda a previsão contida no inciso XI do artigo 915 do RICMS.

Já no que concerne à infração 5, informou que as notas fiscais de aquisições das mercadorias objeto da infração encontram-se dispostas nos demonstrativos constantes das fls. 852 a 858, do PAF, elaborados com base nos documentos fiscais apresentados e nas informações contidas no Livro Registro de Entradas referentes aos CFOP's 291 e 297 (ano 2002) e 2551 e 2556 (ano 2003), frisando que os resultados foram confrontados com os recolhimentos mensais efetuados pelo autuado, resultando nos valores detalhadamente demonstrados nos levantamentos. Opinou pela procedência do Auto de Infração em epígrafe.

Através do Acórdão JJF nº 0116-04/07, decidiu a 4ª Junta de Julgamento pela Procedência das infrações 4 e 5, sob o entendimento de que:

- a) no que concerne à infração 4, salientou que os fatos articulados pelo autuante *“não possuem o condão de elidir a aplicação da multa ora imposta, haja vista que em qualquer circunstância o contribuinte está obrigado a escriturar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento. (art. 322, I do RICMS/97)”*.
- b) com relação à infração 5, asseverou que *“As notas fiscais de aquisições das mercadorias objeto da infração encontram-se dispostas nos demonstrativos constantes das fls. 852 a 858 do PAF, elaborados com base nos documentos fiscais apresentados e nas informações contidas no Livro Registro de Entradas referentes aos CFOP's 291 e 297 (ano 2002) e 2551 e 2556 (ano 2003)”*, sendo que *“O autuante esclareceu na informação fiscal que os resultados foram confrontados com os recolhimentos mensais, efetuados pelo autuado, resultando nos valores detalhadamente demonstrados nos levantamentos”*; além disso, tendo em vista que o contribuinte *“em sua defesa, não conseguiu demonstrar o efetivo pagamento das parcelas que*

lhe estão sendo exigidas nesta infração, considero devido o ICMS em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições dos produtos destinados ao ativo fixo, conforme determinam os artigos 1º, § 2º, inciso IV e 5º, inciso I, do RICMS/97”.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual repisa integralmente as razões expendidas em sua peça defensiva.

Assinala, inicialmente, que, em que pese a empresa autuada ter promovido o recolhimento perante o Fisco Estadual em relação às infrações 1, 2, 3 e 6, a Decisão recorrida manifestou-se expressamente sobre o conteúdo das ditas infrações, quando estas já teriam perdido seu objeto.

De referência ao item 4, acrescenta que a Decisão recorrida, em sua ementa, reporta-se ao percentual de multa de 10% (dez por cento), quando, na verdade, de acordo com o previsto no artigo 42, XI, da Lei nº 7.014/96, o percentual é de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria não tributável ou cujo imposto já tenha sido pago por antecipação, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Alega que tal situação, ressalvada a hipótese de erro material, representaria verdadeiro lançamento tributário novo, sem efetivação do direito de defesa do contribuinte, o que é vedado pela ordem constitucional e legal em vigor (art. 5º, LV da CF e art. 142, do CTN).

Sustenta a omissão do julgado de primo grau, tendo em vista que o mesmo não enfrentou o quanto aduzido na peça de defesa do recorrente, no que se refere à aplicação do § 4º, do artigo 46, do COTEB. Argüiu que o inciso III, do art. 169, foi revogado pelo Decreto nº 8001/01, que trazia a hipótese de embargos de declaração sempre que o interessado desejasse algum esclarecimento acerca de Decisão, quando a mesma contivesse obscuridade ou contradição. Requer que esta Câmara de Julgamento se pronuncie cabal e expressamente sobre a aplicabilidade do art. 46, § 4º, do COTEB, notadamente porque “*sempre primou por uma conduta correta e adequada perante a Secretaria da Fazenda da Bahia, recolhendo em dia seus tributos, especialmente o ICMS*”.

No mérito, reitera o recorrente como já dito, todos os seus argumentos expendidos em sua peça defensiva.

Com relação à infração 5, volta o recorrente a sustentar a mesma linha defensiva constante de sua peça impugnatória, acrescentando apenas que “*A Decisão recorrida deixou de observar que já houve recolhimento do ICMS sobre bens do ativo fixo através dos DAE's de complementação de alíquota, código 0791*”. Assinala também que “*Tal situação enseja verdadeira bi-tributação, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, na forma das limitações constitucionais do poder de tributar*”.

Ao final, repete os pedidos formulados na sua peça defensiva, tendo por escopo a improcedência das infrações 4 e 5, objeto de insurgência recursal.

A ilustre procuradora da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual assevera, quanto à infração 4, que a empresa não trouxe qualquer elemento probatório capaz de afastar a infração, constituindo-se a súplica recursal em simples alegações de negativa do cometimento da infração, conforme preceitua o art. 143, do RPAF. Assinala que não foi apresentado nenhum elemento novo que pudesse fazer prova em favor do impugnante, além de constar no processo que todos os documentos fiscais, vias anexadas aos autos, foram colhidos nos Postos Fiscais de Trânsito, através do CFAMT no trajeto das mercadorias para o estabelecimento do autuado. A jurisprudência do CONSEF vem aceitando como prova da infração as notas fiscais coletadas através do CFAMT. Reconhece a existência de mero erro material constante da Ementa do julgado de primeira instância quanto ao percentual da multa aplicada, postulando no sentido de que esta Câmara de Julgamento retifique-a corrigindo o equívoco para que fique claro que a multa aplicada à infração 4 é a do art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96.

Entende que não é possível atender ao pedido do recorrente de aplicação do art. 46, § 4º, do COTEB, para efeito de cancelamento total da multa aplicada no item 4, do Auto de Infração. Opina, portanto, pela procedência da infração 4.

No que tange à infração 5, aduz a nobre Parecerista que as alegações do contribuinte não merecem acolhida, visto que as notas fiscais de aquisições das mercadorias objeto da infração encontram-se dispostas nos demonstrativos acostados aos autos, elaborados com base nos documentos fiscais apresentados e nas informações contidas no Livro Registro de Entradas referentes aos CFOP's 291 e 297 (ano 2002) e 2551 e 2556 (ano 2003), tendo o autuante esclarecido na informação fiscal que os resultados foram confrontados com os recolhimentos mensais efetuados pelo recorrente, resultando nos valores detalhadamente demonstrados nos levantamentos. Observa, ainda, que com base no artigo 142 do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, recomendando apenas a retificação do erro material constante da Ementa do julgado de primeira instância quanto ao percentual da multa indicado na infração 4.

VOTO VENCIDO (Quanto à Infração 4)

O recorrente, inicialmente, aduz em sua peça recursal que a despeito de ter sido promovido o recolhimento das infrações 1, 2, 3 e 6, a Decisão recorrida se manifestou expressamente sobre o conteúdo das mesmas. De fato, assiste razão ao recorrente. Isso porque os valores atinentes às citadas infrações foram devidamente recolhidos, razão pela qual deveriam ter sido homologados pelo julgador de primeira instância. Ante a omissão constante daquele julgado - e por não existir qualquer prejuízo ao contribuinte -, determino sejam homologados os valores recolhidos referentes às aludidas infrações.

Sustenta o recorrente, ainda, que a Ementa da Decisão recorrida menciona, a título de multa da infração 4, o percentual de 10% quando o correto seria de 1%. Há de ser reconhecido, como simples “erro material” o equívoco constante da Ementa do julgado ora recorrido. Isso porque o valor indicado a título de condenação está condizente com o objeto de autuação, não resultando, portanto, em qualquer prejuízo ao recorrente. Daí porque retifico o “erro material” constante da Ementa, a fim de que conste da mesma o percentual de 1% consignado no art. 42, XI, da Lei n.º 7.014/96.

Pari passu, suscita o recorrente a existência de omissão do julgado de *primo* grau, em função do mesmo não ter enfrentado a sua alegação defensiva concernente à aplicação do § 4.º, do artigo 46, do COTEB, para fins de cancelamento da multa aplicada na infração 4. *Correta a observação do recorrente. A Decisão proferida não enfrentou, em nenhum momento, o pleito defensivo de cancelamento da multa em face do quanto disposto no art. 46, § 4º, da Lei n.º 7.014/96.* Tal omissão, indubitavelmente, ensejaria a anulação daquele *decisum*, devendo o PAF retornar àquela instância administrativa para novo julgamento. Todavia, limita-se o recorrente, quanto a este aspecto, a requerer que “*esta Câmara de Julgamento se pronuncie cabal e expressamente sobre a aplicabilidade do art. 46, § 4º, do COTEB*”. Ora, aquele que seria o principal prejudicado não requereu a “anulação” do julgado, mas sim que esta Câmara de Julgamento enfrentasse o argumento defensivo nesta instância administrativa, sanando o equívoco praticado pelo a quo. Por tal razão, tendo em vista se tratar de vício sanável e ante o pedido expresso formulado pelo recorrente – aquele a quem eventual anulação aproveitaria – deixo de decretar a nulidade da Decisão recorrida, sanando o vício daquela Decisão através do enfrentamento, logo abaixo, do citado pleito defensivo.

De referência ao mérito da infração 4, comungo com o entendimento externado pelo julgador de Primeira Instância de que a empresa não só deixou de colacionar aos autos qualquer elemento probatório capaz de afastar a infração, como expressamente reconheceu que omitiu-se em efetuar a escrita das notas fiscais no seu livro Registro de Entradas. Ademais, constam do presente PAF todos os documentos fiscais que foram colhidos nos Postos Fiscais de Trânsito, através do CFAMT, no trajeto das mercadorias para o estabelecimento do autuado, sendo que a jurisprudência do CONSEF vem aceitando como prova da infração as notas fiscais coletadas daquela forma.

Todavia, entendo que merece reparos a Decisão recorrida no que diz respeito à redução da multa inicialmente aplicada. Isso porque, como tipificado no Auto de Infração e reconhecido pelo próprio autuante em sua peça contestatória, trata-se de mercadorias que tiveram a sua fase de tributação encerrada, ou seja, o imposto já foi anteriormente recolhido. Assim, o descumprimento da obrigação acessória, no particular, não implicou em falta de recolhimento do imposto, minimizando, portanto, os prejuízos ao erário estadual.

Ademais, o recorrente entregou ao autuante todos os livros e documentos fiscais da empresa, submetendo-se ao início e fim da fiscalização, que logrou apurar valores devidos a título de imposto, alguns deles já recolhidos pelo autuado, como indicado no Auto de Infração, o que denota a sua absoluta boa-fé, ausência de simulação ou fraude.

Ora, por tal razão, a despeito do cometimento da infração, o ilícito praticado pelo recorrente se encontra “relativizado”, minimizando, na prática, o prejuízo ao Fisco Estadual.

O que deve almejar o Estado da Bahia é a cobrança do imposto, jamais a aplicação de multas com o fim de substituir aquela cobrança, utilizáveis apenas como “meio” de compelir o contribuinte a pagar eventual imposto devido. O objetivo é a cobrança do imposto (fim) e não a aplicação de multa acessória (meio), que não se confunde com o mesmo.

Assim, a manutenção do valor da multa constante da autuação, afigura-se como manifesta violação do princípio da razoabilidade que deve, indubitavelmente, nortear o processo administrativo fiscal, apresentando-se desproporcional e absurda.

Destarte, a despeito de ser inegável o cometimento da infração e a dificuldade que a omissão do autuado gerou para a fiscalização, entendo, por outro lado, ser desproporcional e irrazoável a multa aplicada, notadamente porque as mercadorias objeto de autuação já se encontravam com a sua fase de tributação encerrada, bem como porque o autuado não agia com dolo, fraude ou simulação, razão pela qual, invocando no particular os Acórdãos paradigmas de nºs 0383-12/06 e 0405-12/06 e com espeque no art. 42, § 7.º, da Lei n.º 7.014/96, voto no sentido de acolher parcialmente as razões recursais do autuado para reduzir para 10% - R\$2.191,80 - o valor da multa acessória constante da infração 4.

Outrossim, no que pertine à infração 5, irretocável, no particular, se apresenta a Decisão recorrida.

Restou demonstrado que as notas fiscais de aquisições das mercadorias objeto da infração encontram-se dispostas nos demonstrativos acostados aos autos, elaborados com base nos documentos fiscais apresentados e nas informações contidas no Livro Registro de Entradas referentes aos CFOP's 291 e 297 (ano 2002) e 2551 e 2556 (ano 2003), tendo o autuante esclarecido, ao fornecer a sua informação fiscal, que os resultados foram confrontados com os recolhimentos mensais efetuados pelo recorrente, resultando nos valores detalhadamente demonstrados nos levantamentos.

Além disso, estatui o artigo 142 do RPAF/99, que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Ex positis, voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para reduzir a infração 4 ao montante de R\$ 2.191,80, mantendo a Decisão recorrida com relação à procedência da infração 5, ao tempo em que homologo os valores recolhidos referentes às infrações 1, 2, 3 e 6.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 4)

Acompanho o voto do ilustre relator, porém discordo do seu entendimento quanto à redução da multa aplicada ao recorrente na infração 4.

Efetivamente, o disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 faculta a este colegiado reduzir multa por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique comprovado que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implique falta de recolhimento do imposto.

Quando cabível, essa faculdade concedida ao julgador administrativo deve ser utilizada, de forma que haja uma gradação na aplicação da pena. Contudo, o emprego dessa faculdade requer muita cautela, uma vez que são raros os casos em que os requisitos legais para a redução estão perfeitamente caracterizados nos autos. Sem o atendimento dos requisitos legais, não se deve conceder o benefício, pois, além de contrariar a legislação, seria uma injustiça com os contribuintes que zelam pelo cumprimento de suas obrigações tributárias.

Somente após ter constatado que o contribuinte atendeu aos requisitos legais para se beneficiar da redução da multa, o julgador administrativo poderá dosar a pena prevista na lei para o caso concreto, observando os diversos fatores que influenciaram no cometimento da infração.

No caso em tela, observo que nos autos não estão caracterizadas as condições necessárias para que se aplique a redução da multa. Diversas notas fiscais são referentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária apenas pela legislação interna do Estado da Bahia. Dessa forma, não há como se afirmar que o descumprimento da obrigação tributária acessória (registrar as notas fiscais nos livros fiscais próprios) acarretou ao não falta de pagamento do tributo.

Uma vez que não restou comprovada a presença das condições legais previstas para a redução da multa, o benefício não é cabível e, em consequência, não há razão para analisar os diversos fatores que poderiam influenciar na gradação da pena.

Pelo acima exposto, entendo que a multa indicada na infração 4 deve ser mantida inalterada e, em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto à infração 5 e, em decisão por maioria em relação à infração 4, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206984.0014/06-4**, lavrado contra **CAMBUÍ VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$11.596,22**, acrescido das multas de 60% sobre R\$11.502,98 e 70% sobre R\$93,24, previstas no art. 42, II, “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$22.017,69**, previstas nos incisos XI, XXII, do artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios correspondentes conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 4) - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO (Quanto à Infração 4) - Conselheiros: Nelson Antônio Daiha Filho, Márcio Medeiros Bastos e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR/VOTO VENCIDO (Quanto à Infração 4)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 4)

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PGE/PROFIS