

A. I. Nº - 151805.0005/12-0
AUTUADO - AREMBEPE ENERGIA S/A.
AUTUANTE - JOSÉ SÉRGIO DE SOUSA GUANABARA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 03/09/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0135-05/13

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO; **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Comprovada a falta de registro nas notas fiscais de aquisição. Rejeitado o pedido de redução re-enquadramento e de redução das penalidades. Infrações não elididas. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO NO PRAZO REGULAMENTAR. Reconhecimento parcial do débito. Em relação às parcelas remanescentes, o contribuinte não elide a infração. Não acolhidas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 11/12/2012, para a exigência de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$861.894,29, mais acréscimos legais. Ao contribuinte foram imputadas as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Refere-se a Notas Fiscais localizadas no STGCB – SINTEGRA WEB e não registrada nos livros Registro de Entradas e no SINTEGRA – conforme arquivos enviados pelo contribuinte constantes do banco de dados da SEFAZ/BA – arquivos do SINTEGRA gravados no CD anexo – e Demonstrativo constantes do Anexo I, Relatórios STGCB – SINTEGRA WEB anexo ao Auto de Infração. Valor da Infração: R\$ 738.472,71. Multa de 10%, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96. Período autuado: meses set, out, nov e dez de 2007; jan a dez de 2008.

INFRAÇÃO 2 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Refere-se a Notas Fiscais localizadas no STGCB – Sistema WEB e não registrada nos livros Registro de Entradas e no SINTEGRA – conforme arquivos enviados pelo contribuinte constantes do banco de dados da SEFAZ/BA – arquivos do SINTEGRA gravados no CD anexo – Demonstrativo constante do Anexo II do Auto de Infração. Relatório do STGCB. Sistema WEB. Valor da Infração: R\$ 97.201,58. Multa aplicada: 1%. Art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 – Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa de Transmissão Eletrônica de Dados (TED), Omissão de entrega do arquivo. Falta de envio de informações dos arquivos SINTEGRA relativos aos meses de Fevereiro a Dezembro de 2007; Janeiro a Julho/2008; e Novembro/2008. Valor da Infração: R\$ 26.220,00. Multa aplicada: art. 42, inc. XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07. Valor fixo mensal: R\$ 1.380,00

Foi apresentada defesa apensada às fls. 58 a 70 dos autos, subscrita por advogado (instrumentos de procuração às fls. 71 a 73).

Inicialmente o contribuinte reconhece, de forma parcial, a infração nº 3, em relação ao período de novembro de 2007 a julho de 2008 e o mês de novembro de 2008. Juntado Documento de Arrecadação (DAE), a fl. 99 com detalhes do pagamento descritos à fl. 118v. Requereu a homologação dos valores recolhidos na decisão a ser proferida pela Junta de Julgamento.

Em relação às infrações 1 e 2, arguiu a preliminar de nulidade, motivada em dois fatores: **(a)** da incongruência entre os fatos descritos pela Autoridade Fiscal (imputados à autuada) e sua respectiva previsão legal; e **(b)** da ausência de especificação/indicação dos dispositivos legais correspondentes à conduta praticada pelo autuado e consideradas pelo FISCO como infracionais. Afirma que o Auto de Infração traz apenas referência genérica ao art. 322 do RICMS, fazendo menção tão somente a “*incisos e parágrafos*”, mas deixando de especificá-los.

Aponta que o art. 322 do RICMS faz referência tão somente à destinação do livro Registro de Entradas, declarando a sua serventia e que não há descrição de qualquer conduta a ser praticada pelo contribuinte. Fez a transcrição na íntegra do dispositivo mencionado para afirmar que as regras ali contidas não obrigam o contribuinte a adotar as providências exigidas no Auto de Infração, ou seja, a escrituração fiscal de suas operações.

Diante disso entende que os fatos imputados à autuada não encontram qualquer correspondência no art. 322 do RICMS/Ba, incorrendo o lançamento em violação ao princípio da legalidade, o que inviabiliza o exercício do seu direito à ampla defesa. Sustenta, portanto, que o Auto de Infração traz apenas referência genérica do dispositivo regulamentar, fazendo apenas referência a incisos e parágrafos, mas deixando de especificá-los. Fez referência, também, ao art. 39, do RPAF/99 que elenca os requisitos de validade do Auto de Infração, contidos no art. 39, incs. III e V.

Reitera o pedido de nulidade das infrações 1 e 2, por ofensa às regras-princípio da legalidade e do devido processo legal, ambas positivadas no Constituição Federal, Código Tributário Nacional e RPAF/99, com dispositivos transcritos na peça de defesa.

Em seguida, o contribuinte levanta a preliminar de decadência do período entre fevereiro e outubro de 2007, relativamente às exigências contidas no item 3 do Auto de Infração.

Argumenta que a inobservância da obrigação acessória converte-a em obrigação principal, em relação à multa pecuniária, sujeitando-se esta às regras atinentes ao lançamento do tributo. Que a Fazenda Pública teria cinco anos para lançar a multa decorrente do descumprimento de obrigação acessória, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I do CTN). Que o início do prazo deveria ter sido contado a partir do exercício seguinte àquele em que a Fazenda, verificando o inadimplemento do contribuinte quanto à obrigação acessória, poderia imputar-lhe a multa pecuniária.

Levando em conta que o vencimento da obrigação acessória se dá a cada dia 9 do exercício subsequente aos fatos geradores, conforme consignado no Auto, o início do prazo decadencial, relativo ao crédito tributário decorrente do descumprimento de obrigação acessória do exercício de outubro de 2007 teve início em 01/12/2007, podendo o Fisco exigi-lo até 01/12/2012.

Como a intimação do lançamento deu-se somente em 19/12/2012, o direito de lançar multa pecuniária, relativa aos exercícios de fevereiro a outubro de 2007, encontrava-se decaído.

Pede que seja reconhecida a decadência do direito de a Fazenda exigir multa pecuniária relativa aos exercícios de fev/2007 a out/2007, ANULANDO-SE o lançamento também nesta parte.

No mérito, o contribuinte se insurge em relação às infrações 1 e 2. Além de discordar do enquadramento legal utilizado pelo FISCO para dar suporte à multa aplicada, argumenta que a conduta descrita pelo autuante consubstancia mero descumprimento de obrigação acessória, fato que está tipificado e apenado no art. 42, XV, “d” da Lei nº 7.014/96 e não no art. 42, IX da referida Lei. Defende inexistir, no caso, qualquer tipo de prejuízo econômico/financeiro para o Estado da Bahia uma vez que o recolhimento do ICMS é de responsabilidade do emitente da respectiva nota fiscal.

Mais à frente, sustenta que a conduta descrita na autuação como “*não escrituração no Livro de Registro de Entrada*”, em verdade corresponderia, se ultrapassa a nulidade arguida na parte inicial da defesa, exatamente à previsão do art. 42, inciso XV, “d” da Lei nº 7.014/96 e não ao inciso IX.

Transcreveu o dispositivo citado (art. 42, inc. XV, “d”), que apenas com multa de R\$ 460,00, a falta ou atraso da escrituração de livro fiscal.

Nessa linha de raciocínio, pondera que o Código Tributário Nacional – CTN – no seu art. 112, consagra a máxima do *in dubio pro reo*, orientando que em matéria de infração tributária, seja adotada a interpretação mais benéfica para o infrator.

Menciona lições do doutrinador Ricardo Alexandre, que ao comentar o supracitado dispositivo, afirma que: “*aqui, mais uma vez, o direito tributário penal sofre influência direta do direito penal. Trata-se do princípio segundo o qual, na dúvida, deve-se adotar a interpretação mais favorável à pessoa acusada do cometimento de uma infração (in dubio pro reo)*” (Editora Método, 5ª edição, pg. 269.).

Ao finalizar a peça defensiva formula os seguintes requerimentos:

- a) a homologação dos valores relativos ao reconhecimento parcial de infração 3, referente aos meses de nov/2007 a nov/2008;
- b) a declaração de improcedência dos demais itens do Auto de Infração, anulando-se as infrações imputadas conforme os argumentos acima expendidos.

Foi prestada informação fiscal, apensada aos autos - fls. 103 a 114, subscrita por auditora fiscal estranho ao feito, visto que o autuante foi transferido para órgão público externo à Secretaria da Fazenda da Bahia.

No tocante à preliminar de nulidade das infrações 1 e 2, os argumentos defensivos foram rebatidos na peça informativa, ocasião em que a autoridade fiscal afirma que a impugnante incorreu em entendimento totalmente equivocado tentando “defender o indefensável” e confundir os julgadores do CONSEF. Transcreveu a íntegra do art. 322 do RICMS/97, para afirmar que a destinação do livro de Entradas e justamente registrar os ingressos, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento do contribuinte. Fez menção ainda ao art. 314 do citado Regulamento que contém disposições relativas aos Livros Fiscais, estabelecendo a forma de impressão e características dos mesmos, a forma de escrituração, a obrigatoriedade de visto da repartição fazendária antes do início da utilização dos livros, e até mesmo a determinação das pessoas dispensadas da escrituração fiscal.

Disse que a empresa autuada, na falta de argumentação para rechaçar a legalidade da autuação, disse qualquer coisa, sem qualquer fundamento jurídico, e até mesmo, sem o cuidado de inserir na peça defensiva o nome correto da empresa autuada, visto que menciona, por duas vezes, o nome da Petrobrás (página 65, segundo e terceiros parágrafos) como sendo a empresa autuada.

Pede pelo afastamento da arguição de nulidade das infrações 1 e 2, pois teriam sido atendidos os requisitos de validade previstos no RPAF – Decreto nº 7.629/99.

No tocante à preliminar de decadência de parte da infração 3, período de fev/2007 a out/2007, a autoridade fiscal afirma que a linha de raciocínio desenvolvida pela defesa é totalmente equivocada e que os valores lançados estão dentro da previsão legal do art. 173, I, do CTN e do artigo 28, § 1º do Código Tributário do Estado da Bahia, cujo teor transcreveu na peça defensiva. Em ambos dispositivos o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário é de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o contribuinte deveria ter efetivado o auto-lançamento. Neste ponto, a autoridade fiscal mantém sem alteração o lançamento tributário no tocante à infração 3, relativamente às obrigações acessórias do período de fevereiro a outubro de 2007.

Ao adentrar no mérito, observa que as alegações defensivas se restringiram às infrações 1 e 2.

Preliminarmente, registra que a multa contestada pelo autuado foi aplicada apenas na infração 1, ou seja, nas situações em que houve entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, exatamente aquela prevista no inciso IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Para a infração 2 foi aplicada a multa de 1% prevista no inciso XI do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que reflete as situações de entradas no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

Sustenta que a exigência fiscal foi elaborada em conformidade com a previsão da lei, aplicando-se a norma prevista ao caso concreto.

Finaliza a peça informativa ratificando a regularidade do lançamento efetuado e refutando inteiramente a contestação nesse ponto. Pede a este Conselho de Fazenda que julgue o Auto de Infração, declarando a PROCEDÊNCIA da exigência fiscal, com homologação do pagamento efetuado, relativo à infração 3, no valor original de R\$ 13.800,00.

Na assentada de julgamento, na fase de sustentação oral, o patrono da empresa autuado pediu que a JJF reconheça também a decadência da infração nº 1 – período set e out de 2007, por ser matéria que poderia ser apreciada de ofício. Na mesma oportunidade formulou requerimento pela redução das penalidades, por ausência de dolo, fraude ou simulação e pelo fato de que a empresa não deixou de recolher tributo no período objeto da ação fiscal.

VOTO

O Auto de Infração em lide contém 3 imputações, relativas ao descumprimento de obrigações acessórias.

A infração 1 versa a falta de registro de mercadorias tributadas na escrita fiscal, com aplicação da multa de 10% sobre o valor comercial das entradas, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96.

Na infração 2, a imputação de também de falta de registro do ingresso de mercadorias não tributadas pelo ICMS, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor comercial das entradas, capitulada no art. 42, inc. XI, da lei estadual de regência do imposto.

Já a infração nº 3, contém a acusação de falta de entrega dos arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, que deveriam ter sido enviados via Internet, através do Programa de Transmissão Eletrônica de Dados, com a imposição de multa de R\$ 1.380,00, por período mensal. Penalidade inserida no art. 42, inc. XIII-A, letra “j”, da Lei nº 7.014/96.

Passaremos a enfrentar inicialmente as questões preliminares suscitadas pela defesa.

No tocante a arguição de nulidade das infrações 1 e 2 a defesa aponta existir incongruência entre os fatos descritos pela Autoridade Fiscal e a sua respectiva previsão legal e também a ausência de especificação/indicação dos dispositivos legais correspondentes à conduta praticada pelo autuado e consideradas pelo FISCO como infracionais. Afirma que o Auto de Infração traz apenas referência genérica ao art. 322 do RICMS, fazendo menção tão somente a “*incisos e parágrafos*”, mas deixando de especificá-los.

Não acolho os argumentos defensivos. A descrição dos fatos motivadores do lançamento no Auto de Infração é precisa: imputa-se, ao contribuinte, as infrações de falta de registro, na escrita fiscal, de notas fiscais de aquisição de mercadorias tributadas e não tributadas. É evidente que o dispositivo que faz menção ao Livro Registro de Entradas compõe o tipo tributário, visto que a obrigação tributária em exame tem por objeto exatamente o registro dos documentos fiscais de aquisição de mercadorias no respectivo livro. Em nada, a descrição fática e o correspondente enquadramento nos dispositivos regulamentares e legais cerceou o direito de defesa da

impugnante. A formalidade apontada pelo sujeito passivo não é motivo suficiente para se anular as infrações 1 e 2.

Ademais o art. 19 do RPAF/99 prescreve que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção de dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade erro de indicação, desde que, pela descrição dos fatos fique evidente o enquadramento legal. O contribuinte contesta o enquadramento normativo da infração. Disse ter sido genérico e impreciso. Mas tal fato não ocorreu, visto que o enquadramento do fato tributário contemplou a falta do registro na escrita fiscal e a penalidade aplicável à situação. A descrição fática contida no Auto de Infração, correspondente à falta de registro das notas fiscais de entrada de mercadorias tributadas e não tributadas, é suficiente para se compreender o escopo da acusação fiscal.

Afasto, portanto, a arguição de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

Quanto à alegação defensiva de decadência do crédito tributário que compõe parte da infração 3, no período entre os meses de fevereiro e outubro de 2007, também não vislumbro razões jurídicas para a decretação do caducidade das parcelas impugnadas. Da mesma forma o período de outubro e novembro de 2007, integrantes da infração nº 1. As referidas parcelas, lançadas no Auto de Infração, se encontram amparadas nas disposições do art. 173, I, do CTN e do artigo 28, § 1º do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB – Lei nº 3.9567/81), com as seguintes redações:

Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB):

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Em ambos dispositivos legais o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário é de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o contribuinte deveria ter efetivado o auto-lançamento. Em razão do contribuinte se encontrar omissos no cumprimento das obrigações tributárias acessórias, visto que não escriturou as notas fiscais de aquisição e não procedeu à entrega dos arquivos SINTEGRA, a contagem do prazo decadencial tem início no 1º dia do exercício seguinte à ocorrência dos fatos geradores, conforme determina as prescrições legais acima mencionadas.

Ressalto o COTEB, estabelece de forma indistinta, que a contagem do prazo de decadência, se dá a partir de 1º dia do exercício seguinte, nos tributos em que o contribuinte antecipa o pagamento ou deva cumprir a respectiva obrigação, para posterior verificação pelo fisco, a exemplo do que ocorre com o ICMS.

Destaco ainda que o fato do descumprimento da obrigação acessória se converter em multa, tornando-se obrigação principal, na altera aplicação das normas que fixam o prazo de contagem de decadência, contidas no COTEB.

Não acolho, portanto, a preliminar de decadência levantada pela defesa.

No mérito, a defesa entende que a imputação infracional, deveria ser enquadrada no art. 42, inc. XV, letra “d”, com penalidade de R\$ 460,00 e não nos dispositivos lançadas no Auto de Infração. Sustenta que o caso comporta duplicidade de imposições, visto que, a rigor, a conduta descrita na autuação seria de “*não escrituração do livro Registro de Entradas*”. Invoca a aplicação da máxima “*in dubio pro reo*” (interpretação mais benéfica), que tem suporte no Código Penal e no art. 112 do CTN.

Também não vislumbro razões para acolher a tese defensiva. O re-enquadramento da multa pleiteada pelo sujeito passivo não tem guarida na melhor interpretação jurídica. Isto porque a incidência das regras normativas específicas afastam a aplicação da regra geral.

As penalidades de 10% e 1% sobre o valor comercial das entradas, previstas no art. 42, inc. IX e XI, da Lei nº 7.014/96, respectivamente, fazem referência à falta de registro dos documentos fiscais na escrita fiscal. É penalidade específica, relacionada ao registro das operações de entradas de mercadorias e bens na escrita fiscal. Já a penalidade de R\$ 460,00, inc. XV, letra “d”, está relacionada à falta ou atraso de escrituração do livro fiscal, ou seja, de qualquer livro. É penalidade genérica.

Pelo princípio da especialidade, prevalecem às regras específicas. Não há a alegada dúvida interpretativa que demande o uso do princípio “*in dubio pro reo*”.

No tocante ao pedido de redução das penalidades, formulado na sessão de julgamento, ao argumento de que a empresa não agiu com dolo, culpa ou simulação e que a sua conduta não implicou em falta de pagamento de tributo. O requerimento tem por base as disposições do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

Indefiro o pedido. Isto porque a conduta do sujeito passivo durante toda a ação fiscal e mesmo após a conclusão dos trabalhos, é de reiterada omissão da entrega dos arquivos magnéticos e de não escrituração de notas de aquisição de mercadorias e bens. Para o regular desenvolvimento das auditorias fiscais, que se valem dos meios em registro eletrônico, é imprescindível que o contribuinte cumpra regularmente as suas obrigações acessórias. Em especial aquelas relacionadas às informações em meio eletrônico. Sem elas os roteiros de auditoria ficam praticamente impossibilitados de serem aplicados pela fiscalização.

Pelo acima exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos, atinentes ao item 3 da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **151805.0005/12-0**, lavrado contra **AREMBEPE ENERGIA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$861.894,29**, previstas no art. 42, incisos IX, XI, XIII-A, “i” e XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, alterada, respectivamente, pelas Leis nºs 9.159/04 e 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2013.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR