

A. I. Nº - 210617.0033/14-3
AUTUADO - DMB BONANZA COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES E FABRICAÇÃO DE LAGES LTDA. - EPP
AUTUANTE - AUGUSTO CEZAR RAMACCIOTTI GUSMÃO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 01.09.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0169-04/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Diversas falhas na constituição do presente crédito tributário viciam de forma o lançamento fiscal, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada na juntada de documentos para a comprovação dos fatos, bem assim a elevada quantidade de erros cometidos pelo autuante na ação fiscal, conforme admitido na informação fiscal pelo próprio autuante, o que acarreta incerteza na autuação, cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal. Recomendação do refazimento do feito a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/02/2014, constitui crédito tributário no valor de R\$34.251,34, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012, tendo como multa lançada o valor de R\$15.765,64, conforme demonstrativo às fls. 9 a 14 dos autos.

INFRAÇÃO 2. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal, nos anos de 2011 e 2012, tendo como multa lançada o valor de R\$18.485,70, conforme demonstrativo às fls. 9 a 14 dos autos.

O autuado, às fls. 99 a 108 dos autos, apresenta defesa, alegando, primeiramente sua tempestividade, para em seguida discorrer sobre as razões de fato e de direito que fundamentam a presente Impugnação ao Auto de Infração em tela nos termos a seguir:

Diz que se encontra inconformada com os fatos alegados pelo agente fiscal autuante, visto que, diante da análise do débito sintetizada através de planilha e das notas fiscais incorporadas ao presente processo administrativo, verificou algumas incoerências nas alegações do agente público.

Observa que o auto de infração oportunamente impugnado traz como a sua primeira infração a falta de escrituração e a falta de recolhimento do imposto relativo à circulação de mercadoria e serviços devida por meio de sua comercialização, o que resultou em multa no valor de R\$ 15.765,64, para tanto foram utilizados como fundamentadores: art. 322, incisos e parágrafos do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97; art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96 e os arts. 217 e 247 do RICMS, Decreto nº 13.780/2012.

Salienta que, através de uma análise detalhada das notas fiscais colacionadas aos autos, percebe-se a ocorrência de um equívoco por parte do agente fiscal, haja vista a não incidência do ICMS ao verificar, que nas notas fiscais que fazem parte do Auto de Infração em anexo não existe ocorrência de ICMS, conforme diz comprovar por planilha - Demonstrativo de multa de 10% aplicada indevidamente (fl. 30) - e notas fiscais (fls. 129/151).

Assim sendo, alega que fora arbitrada multa no importe de 10% do valor sintetizado das notas, todavia, alega através da análise das notas colacionadas aos autos, que a multa fora aplicada de forma irregular, haja vista que através da discriminação individual dos valores de cada nota fiscal,

a multa aplicada em caso de irregularidade deveria ser no percentual de 1% e não de 10%, o que ocorreria no caso em tela. Portanto, deveria ser aplicado o disposto no art. 42, inciso XI da Lei 7.014/96.

Traz a tona comentário, sobre a aplicação de multas por parte do Estado, do ilustre doutrinador Sacha Calmon, em sua obra, *“Teoria e prática das multas tributárias”*. Em seguida diz que, no intuito de garantir a transparência, resta clara a necessidade de revisão das multas e seus percentuais aplicados à primeira infração constante do Auto de Infração.

Além disso, alega que essas notas fiscais não se referem à aquisição de mercadoria capaz de gerar a obrigação tributária principal, uma vez que se trata de aquisição de bens de consumo e ativo imobilizado, ou seja, mercadorias não insejadoras de obrigação tributária nesta seara. Neste contexto destaca ensinamentos de doutrinadores, como José Eduardo Soares de Melo, citando Aliomar Baleeiro, bem assim Carvalho de Mendonça, sobre aspectos da circulação de mercadoria, quanto a sua caracterização como atividade mercantil.

Para em seguida dizer que todos os conceitos apresentados levam ao entendimento de que somente são mercadorias os bens produzidos para venda ou comprados para revenda. E havendo a venda ou a revenda de ditas mercadorias, configurado está o fato gerador do ICMS.

Desta forma, diz que a empresa não poderá ser financeiramente prejudicada por decorrência de fatos inexistentes. Assim, aduz que resta comprovada a necessidade de uma nova análise por parte do agente fiscal, a fim de retificar o Auto de Infração impugnado, já que algumas operações estão afastadas da tributação do ICMS.

Já no que diz respeito à segunda infração relacionada pelo agente fiscal, a falta de escrituração de mercadorias não tributáveis, fora o fato que ensejou a aplicação da multa no valor de R\$18.485,70, para tanto foram utilizados como fundamentadores: o art. 42, inciso XI da Lei 7.014/96 e os arts. 217 e 247 do RICMS, Decreto nº 13.780/2012.

Como meio de defesa, diz que inicialmente cabe apresentar as mesmas alegações utilizadas para a infração anteriormente apresentada. De acordo com o teor de algumas notas fiscais (em anexo) de nº 840 (fl. 125), CNPJ emitente: 046685690001-80, nº 837 (fl. 126), CNPJ emitente: 046685690001-80, nº 113106 (fl. 124), CNPJ emitente: 041646160028-79, nº 8138 (fl. 123), CNPJ emitente: 0962992190001-02, e praticamente, todas as notas fiscais que compõem a segunda infração, referem-se à aquisição de ativo imobilizado ou uso e consumo.

Por essa razão, alega que não é aplicável o art. 42, inciso XI da Lei 7.014/96. Sugere, então, que a penalidade aplicável deve ser relativa à mera irregularidade no preenchimento do livro contábil, prevista no inciso IX, alínea “c” do art. 50 da Lei 1.287/2001, que impõe a multa de R\$100,00 por livro.

Diz que é de conhecimento por parte da empresa, bem como do seu setor fiscal que a escrituração é uma obrigação acessória indispensável à atividade empresarial de cunho fiscal. A empresa não se sente desobrigada de realizar a devida escrituração. O que ocorreria foi um equívoco, o qual esta se compromete a sanar imediatamente.

Destaca que a empresa ora impugnante é beneficiada pelo regime do Super Simples Tributário, o que significa um benefício fiscal para preservar a empresa. Nessa linha de raciocínio, diz que há de se observar que no meio empresarial reza o princípio da manutenção da empresa, o qual visa exatamente manter a empresa em exercício, o que gera movimentação financeira no Estado.

Observa que houve um equívoco sim na escrituração do livro de Registro de Entrada, porém este equívoco não acarretou nenhum prejuízo tributário, ou seja, qualquer perda para os cofres públicos, haja vista que as mercadorias adquiridas não se destinam à comercialização.

Assim, apoiado em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, requer:

- a) *Seja regularmente distribuída e conhecida a presente impugnação, sendo processada pelo órgão competente;*
- b) *Sejam reanalisadas as notas fiscais anexas a este presente Auto de Infração para que ocorra a identificação da finalidade não consumerista das mercadorias, ou seja, para que sejam os bens declarados bens de consumo ou ativo imobilizado;*

- c) Seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Sr. Fiscal aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas;*
- d) Seja adentrado no mérito da presente defesa, constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos;*
- e) Que se aplicada a multa à primeira infração seja reduzida ao limite legal estabelecido às mercadorias não tributáveis e que a sua porcentagem seja de apenas 1% pelo valor das mesmas, observando, dessa forma as determinações legais;*
- f) Seja extinta a multa aplicada a segunda infração, atendendo à aplicação de cunho educativo;*
- g) Se assim não entendido, seja aplicada uma multa mais branda levando em consideração o princípio da manutenção da empresa e as determinações legais estabelecidas para bens de consumo e ativo imobilizado;*
- h) Seja ainda a impugnante intimanda aqui de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.*

O autuante presta Informação Fiscal à fl. 155, inicialmente esclarecendo que a fiscalização, assim como a lavratura do respectivo Auto de Infração, seguiu rigorosamente às recomendações legais aplicáveis para o procedimento fiscal em que a aplicação das multas é especificada no instrumento legal.

Em relação à defesa formulada pelo contribuinte, diz que, após a análise de suas argumentações, conclui que a mesmo merece guarida no tocante aos valores apresentados nas notas fiscais acostadas ao processo (fls. 129 a 151). São apresentadas 23 Notas Fiscais, sendo duas de 2010, perfazendo um total de R\$437,46, duas de 2011, perfazendo um total de R\$6.655,00 e ainda dezenove notas referentes ao período de 2012 que perfazem um total de R\$19.240,30, que foram incluídas na relação de mercadorias tributadas, onde deveriam ser incluídas na segunda infração.

Assim sendo, informa que a base de cálculo deve ser corrigida reduzindo-se a alíquota que foi aplicada de 10% para a alíquota de 1%, ocasionando a redução de R\$2.369,95 na infração 1.

As demais alegações não merecem acolhimento, visto que as multas são previstas no RICMS-BA.

Nestes termos requer que seja considerado parcialmente procedente o auto de infração, reduzindo-se apenas na primeira infração o valor de R\$2.369,95.

VOTO

Verifico que foi imputado ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações, sendo todas impugnadas, mesmo que parcialmente, já que o defendente admite o cometimento de alguns dos erros apontados no Auto de Infração nº 210617.0033/14-3 em tela, e dizem respeito a ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria tributáveis e não tributável sem o registro na escrita fiscal, com aplicação de multas de 10% e 1% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeito ou não a tributação, respectivamente, que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.

Para comprovar o ilícito fiscal, o autuante desenvolveu o demonstrativo de fls. 9 a 14 de forma conjunta, dando suporte às duas autuações, sem tampouco identificar quais notas fiscais relacionam a cada uma das infrações, o que se poderia ultrapassar essa perspectiva formal de caracterização do cometimento do ilícito, se de fato conseguíssemos relacionar todas as notas fiscais constantes do demonstrativo, com cada período da ocorrência fiscal, o que não ocorre, pois, em relação, por exemplo, a data de ocorrência de 30/09/2011 (fl. 11), relativo à infração 1, que diz respeito a autuada ter dado entrada no estabelecimento mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal no valor de R\$20.670,90, com isso aplicando a multa de R\$2.067,09, não se consegue identificar quais são as notas que deram origem a tal ocorrência. Quanto a essa mesma data de ocorrência, da mesma forma, não se consegue identificar quais notas fiscais compõem o valor de R\$159.800,00, que, à luz da acusação, diz respeito à infração 2 e relacionam a entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, e que por isso aplicou a multa de R\$1.598,00, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias.

Ainda sobre a estruturação do demonstrativo de fls. 9 a 14 que dá sustentação às duas infrações, objeto em análise, para melhor convicção dos membros no julgamento da lide, enseja de informações que não constam do demonstrativo, como o produto transacionado por cada uma das notas fiscais constantes do demonstrativo, já que se trata de duas autuações, com naturezas distintas, porém de fatos geradores bastantes semelhantes, que, necessariamente, se tornam obrigatórios saber quais mercadorias foram transacionadas por cada uma das notas fiscais, uma vez que se relacionam a aplicação de multa por falta de registro na escrita fiscal de mercadorias sujeitas e não sujeitas a tributação, em que se aplica um percentual de multa diferenciado, ou seja, falta de registro de mercadorias sujeita a tributação, multa de 10% sobre o valor comercial da mercadoria, por sua vez, falta de registro de mercadorias não sujeita a tributação, multa de 1% sobre o valor comercial da mercadoria.

Vê-se que todas as mercadorias, constantes do demonstrativo de fls. 9 a 14, foram transacionadas por Notas Fiscais Eletrônica, em que a "Chave de Acesso" destacada de cada uma das notas fiscais está descrita na linguagem "*hexadecimal*", em que impossibilita sua consulta no repositório nacional de nota fiscal ou em aplicativos da própria Fazenda Estadual, já que sua descrição deveria ter sido efetuada na linguagem "*decimal*" como os demais itens das Colunas que compõem o demonstrativo.

Com isso a análise individual dos argumentos de defesa sobre os erros apontados pelo defendente, em que o autuante teria cometido na ação fiscal, seja na construção do demonstrativo, seja no mérito, mesmo acatados parcialmente pelo autuante na Informação Fiscal à fl. 155, tornou-se prejudicada sua análise, dado que se torna necessário a verificação individual de cada uma das notas fiscais constantes do demonstrativo, tanto em relação ao objeto da operação, quanto ao produto transacionado, entre outras variáveis, o que se poderia efetuar, em uma primeira perspectiva, com a leitura das próprias notas fiscais, que não foram acostadas pelo autuante no PAF, em que pese o defendente ter acostado cópias às fls. 123 a 126 (infração 1) e às fls. 129 a 151 (infração 2), porém com qualidades de impressão ilegíveis.

Desta forma, é de se concluir que as diversas falhas na constituição do presente crédito tributário viciam de forma o lançamento fiscal, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada na juntada de documentos para a comprovação dos fatos, bem assim a elevada quantidade de erros cometidos pelo autuante na ação fiscal, conforme admitido na informação fiscal à fl. 155, acarreta incerteza na autuação, cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal. Portanto, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, declaro nulo o Auto de Infração.

Com fundamento no art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal, a salvo das falhas acima apontadas, agora desenvolvendo, se for o caso, um demonstrativo de débito por cada uma das multas tipificadas, com a juntada de documentos que efetivamente comprovem a ocorrência dos fatos.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 210617.0033/14-3 lavrado contra **DMB BONANZA COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES E FABRICAÇÃO DE LAGES LTDA. – EPP**. Representa-se à autoridade competente para observar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR