

A. I. Nº - 298922.0002/14-2
AUTUADO - TERMOVERDE SALVADOR S.A.
AUTUANTE - LUCIANA MATHIAS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 12/11/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0242-03/14

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor de cada nota fiscal não registrada. O autuado não apresenta elementos para elidir a acusação fiscal. Infração caracterizada. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias. Infração subsistente. Rejeitada preliminar de nulidade arguida. Não acatado pedido de redução de multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/06/2014, exige crédito tributário no valor de R\$174.070,47, pelas seguintes irregularidades:

01 – 16.01.01. deu entrada no estabelecimento em mercadorias tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a dezembro de 2011, sendo aplicada a multa de 10% sobre cada documento não registrado, levantamento feito com base nos arquivos constantes da Escrituração Fiscal Digital – EFD, no montante de R\$77.609,25;

02 – 16.01.02. deu entrada no estabelecimento em mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a dezembro de 2011 sendo aplicada a multa de 1% sobre cada documento não registrado, levantamento feito com base nos arquivos constantes da Escrituração Fiscal Digital – EFD, no montante de R\$96.461,22.

O autuado ingressa com defesa fls.23/48, mediante advogado, procuração fl.49. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Repete a acusação fiscal e os dispositivos legais em que foi enquadrada. Afirma que não obstante todo o trabalho desenvolvido pela Fiscalização, o Auto de Infração ora guerreado não deve subsistir, consoante restará demonstrado nas razões de direito que a Impugnante passa a expor.

Aponta vício de procedimento relativo a não obediência a certos requisitos de validade que todos os atos administrativos devem conter. Nessa linha, traz à baila lição de Hely Lopes Meirelles, segundo a qual ocorrendo vício na motivação de determinado ato administrativo, este padecerá, imediatamente, de nulidade. Cita o entendimento de Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas acerca da matéria. Afirma que o ato administrativo referente ao Auto de Infração padece de vício em sua motivação, já que fundamentado na alegação de que a Impugnante teria deixado de registrar na escrita fiscal notas referentes a mercadorias não tributáveis (Infração 02), quando na verdade, esse registro foi efetuado como serviços, ao invés de ser lançada como material. Diz que a Autoridade Fiscal não produziu qualquer tipo de prova, a fim de sustentar as suas alegações, no intuito de demonstrar que, de fato, em nenhuma parte da escrita fiscal da Impugnante haveria o registro das notas mencionadas na autuação.

Lembra que o processo administrativo tributário deve refletir a verdade material, ou seja, deve existir um juízo de certeza sobre os fatos tributários, não se podendo condenar uma empresa ao

pagamento de uma multa por mera divergência entre a conta contábil que ela deveria lançar essa ou aquela mercadoria à qual tenha dado entrada em seu estabelecimento. A esse respeito, transcreve o posicionamento de Paulo de Barros Carvalho.

Acrescenta que não foi definida, de fato, qual a norma jurídica que teria sido infringida pela Impugnante. Fala-se, apenas, no art. 322 “e seus incisos e parágrafos”. Menciona que são mais de 12 parágrafos e inúmeros incisos presentes no citado dispositivo normativo.

Menciona que para que se possibilite ao Administrado o exercício de seu direito à ampla defesa e ao contraditório, deve-se saber previamente quais as pretensões adversárias, para que sejam atacados com precisão e eficácia, evitando-se que seja realizada uma defesa vaga e impotente, que se defenda de tudo, mas de forma superficial, padecendo de força para impedir qualquer ataque. Transcreve ensinamento de Odete Medauar, *in* “ob. cit.”, pág. 186. Conclui ser nulo o referido lançamento.

No mérito, aduz que o próprio Regulamento do ICMS utilizado pela Autoridade Fiscal quando da lavratura do AIIM em questão prevê que, sempre que uma infração por descumprimento de obrigação acessória ocorrer sem a presença de dolo e que não implique na falta de recolhimento do tributo, ela pode ser anulada integralmente, transcrevendo o § 6º do art. 915 do RICMS/BA.

Chama a atenção do Julgador Administrativo, que no caso destes autos, está claro que não houve dolo e, muito menos, deixou-se de recolher os impostos devidos. Explica que a um, porque parte da multa aplicada incide sobre “mercadorias não tributáveis”. A dois, porque o próprio Auditor Fiscal, a despeito de ter lançado multa – sem alegação de dolo, sonegação ou nada equivalente – incidente sobre mercadorias tributáveis, deixou de efetuar qualquer lançamento de tributos, justamente pelo fato de que eles foram regularmente recolhidos, a despeito da suposta não escrituração desta ou daquela nota fiscal.

Informa que em relação a “Infração 01”, são notas fiscais de simples remessas (remessa de material para uso nas atividades), que foi encaminhada de um fornecedor por meio de várias suas filiais do país, sendo que a maioria dessas notas foi emitida por esse Fornecedor (a Stemac, do Rio Grande do Sul, responsável por toda a manutenção dos equipamentos da Impugnante), destinado a Termoverde Salvador.

Salienta que essas notas eram recebidas pela própria equipe da Stemac que não as repassava para a equipe da Termoverde, motivo pelo qual pode ter ocorrido a não escrituração dessas notas, mesmo não tendo implicado não recolhimento dos tributos cabíveis.

Em relação a “Infração 02”, se refere a notas de compra de energia. Menciona que essas notas foram lançadas no sistema interno da Impugnante, com todos os impostos lançados e pagos devidamente em suas respectivas datas. Explica que “energia” é considerada como material e no lançamento do sistema interno, foi lançada como nota de serviço, o que configura, quando muito, simples equívoco, desprovido de qualquer dolo, simulação ou equivalente. Conclui que com base no próprio Decreto que sustenta, em tese, o lançamento efetuado pelo Inspetor Fiscal, o presente Auto de Infração deve ser integralmente anulado.

Ressalta que a multa aplicada por meio do Auto de Infração é ilegal e inconstitucional não só pelas ofensas que serão demonstradas, mas também por grave e indiscutível ofensa ao Princípio da Proporcionalidade. Aduz que a gradação da multa em tela não guarda qualquer nexo com o fato que embasa a sua aplicação, qual seja, o suposto não registro de mercadorias (até as não tributáveis) na escrita fiscal da empresa, equívocos de ordem meramente formal. Frisa que o rigor da penalidade (no caso: o valor da multa) deve ser proporcional à gravidade da infração e seu potencial lesivo, e que aquelas mercadorias que seriam tributadas, tiveram seus tributos regularmente recolhidos no prazo com valor corretos, não causando absolutamente nenhum prejuízo ao Estado.

Assevera que o valor das notas em questão não guarda nenhuma relação com a suposta infração que foi atribuída à Impugnante, mesmo porque a partir do momento que esses pequenos equívocos são supridos, resta ainda mais injustificada qualquer multa que tenha sido aplicada em razão dele, já que o Fisco Estadual recebeu todos os valores que lhe seriam devidos em razão das mercadorias constantes desses documentos fiscais.

Salienta que a sanção pecuniária aplicada ofende a diversos princípios e normas constitucionais, as quais vedam a aplicação de multas com caráter fiscal arrecadatário – como ocorreu no caso em tela – bem como a aplicação de tributo com caráter confiscatório – Princípio da Vedação ao Confisco – sendo que, quando uma multa tem clara intenção de aumentar a arrecadação do Fisco, também ela estará sujeita ao aludido Princípio do Não Confisco. Diz que da análise da multa imposta por meio do Auto de Infração ora discutido, percebe-se que ela possui caráter de tributo, com o claro objetivo de abastecer os cofres públicos.

Conclui que o lançamento efetuado no Auto de Infração ora combatido acabou por revelar-se como sendo de uma “multa incidente sobre a circulação de mercadorias” da Impugnante, gerando todos os inúmeros vícios já descritos na defesa, portanto, a multa ora combatida é totalmente desproporcional às supostas irregularidades decorrente do não registro de notas fiscais na escrita da empresa Impugnante.

Quanto à base de cálculo da multa aplicada pelo Fisco baiano, diz que exsurgem desde já duas flagrantes inconstitucionalidades, quais sejam, as ofensas graves ao Princípio da Vedação ao Confisco (art. 150, IV, da CF/88) e ao Princípio da Capacidade Contributiva (art. 145, §1º, da CF/88), que transcreve.

Observa que já teve que recolher aos cofres da Fazenda Pública da Bahia o ICMS devido em razão da negociação que envolveu tais mercadorias, ICMS este que incidiu – quando foi o caso – sobre o valor total da operação. Assevera que o Fisco baiano pretende, por meio da presente autuação, cobrar mais 10% sobre a mesma base de cálculo do ICMS, em verdadeira cobrança de tributo revestido de multa. E, sobre aquelas mercadorias não-tributáveis, ainda pretende cobrar verdadeiro tributo com alíquota de 1% incidente sobre a mesma base de cálculo do ICMS, trata-se, de verdadeira cobrança de ICMS em duplicidade, sobre as mesmas mercadorias envolvidas.

Chama a atenção de que estaria sendo cobrada multa em valor superior a R\$ 170.000,00, com base em mercadorias que entraram em seu estabelecimento, tiveram os tributos devidamente pagos, mas supostamente com notas que teria esquecido de registrar em sua escrita fiscal.

Assevera ser totalmente vedado admitir-se que uma sanção tributária tenha sua natureza subvertida, ao se permitir multas, acessórias da obrigação tributária, com valores exacerbados, muitas vezes mais relevantes do que o principal, o próprio imposto ou a contribuição em questão. Pede que seja acolhida a presente Impugnação para cancelar o Auto de Infração impugnado, uma vez que ele se mostra totalmente nulo. E caso assim não se entenda, o valor da multa aplicada deve, no mínimo, ser diminuída, para que se torna adequada, razoável e proporcional ao fim pretendido pelo Fisco (resguardo de seus supostos interesses creditórios), sem configurar multa exorbitante, desproporcional e confiscatória.

Por fim, requer sejam todas as publicações e intimações direcionadas ao endereço dos patronos que subscrevem a defesa, qual seja: Av. Tancredo Neves, n. 620, Edf. Mundo Plaza Empresarial, Sala 1621, Caminho das Árvores, Salvador – BA, CEP 41820-020, sob pena de nulidade.

A autuante prestou informação fiscal, fls.94/98, dizendo que a mesma tem como objetivo rebater as alegações de defesa apresentadas pelo contribuinte autuado, bem como clarear para os julgadores algum aspecto no Auto de Infração em lide. Transcreve as irregularidades imputadas.

Registra que todo o levantamento fiscal foi efetuado com base nos arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD, encaminhados pelo contribuinte para a SEFAZ, e nas notas fiscais eletrônicas destinadas ao mesmo, constantes na base de dados da SEFAZ. Além disso, ressalta que, durante o

levantamento das infrações identificadas, foram feitos contatos com prepostos da empresa para informar quanto às infrações e valores, sendo que, algumas notas fiscais foram retiradas do levantamento após a empresa fazer prova de que as mesmas haviam sido lançadas em período posterior ao analisado. Portanto, diz que não pode prosperar a alegação de cerceamento de defesa e de falta de prova da fiscalização quanto à ausência do registro das notas fiscais na escrita do contribuinte.

Afirma que a autuada, em extensa peça recursal de 25 páginas, apresenta, preliminarmente, alegações de nulidades do auto de infração (vício na motivação do ato administrativo, cerceamento de defesa) e, no mérito, requer o cancelamento do lançamento fiscal em razão da ausência de dolo, do correto recolhimento do imposto, da falta de nexo causal entre os fatos e o valor da penalidade aplicada, etc.

Aborda ponto a ponto das alegações defensivas, utilizando, para tanto, a mesma numeração dos tópicos da autuada.

Sobre a acusação da defesa de vício do presente auto de infração pela falta de motivação e nexo causal, registra que, em momento algum, a autuada faz prova da sua alegação de que as notas foram lançadas como notas de serviços e, muito menos, informa em que folhas se encontram os ditos "documentos anexos", caracterizando, claramente, a natureza meramente procrastinatória da defesa.

A respeito de que a autuante não teria produzido qualquer tipo de prova a fim de sustentar a autuação, sugere que a elaboração da peça defensiva fora obra de profissional que desconhece a existência e importância da Escrituração Fiscal Digital - EFD, bem como o rigoroso controle sobre a emissão de Notas Fiscais Eletrônicas das Secretarias de Fazenda do Brasil.

No que tange a alegação defensiva de cerceamento de defesa por falta de definição de "qual a norma jurídica teria sido infringida, reitera o total desconhecimento do profissional que elaborou a peça defensiva, visto que o art. 322, seus incisos e parágrafos, como está claramente especificado no auto de infração, estabelece a obrigatoriedade de registro de todas as entradas de mercadorias ou bens no estabelecimento. Ademais, aduz que conforme Lei de Introdução ao Código Civil, art. 3º, a ninguém é dado o direito de descumprir a lei, alegando o seu desconhecimento.

No mérito, a respeito da possibilidade vedada aos auditores fiscais no exercício da sua função fiscalizadora, de cancelamento ou redução de multa, faculdade essa concebida apenas ao Órgão Julgador Administrativo, conforme art.915, § 6º do RICMS-BA, diz refutar as argumentações apresentadas relativas ao suposto motivo de não escrituração das notas fiscais, por absoluta falta de fundamento.

Afirma que a defesa pretende questionar a legalidade da multa. Rebate integralmente a alegação, informando que a multa aplicada é a legalmente estabelecida e, conseqüentemente, inserida no sistema automatizado de emissão de auto de infração - SEAI da Secretaria da Fazenda e que falece competência ao agente fiscalizador para adentrar nesse mérito.

Assevera que os pontos seguintes da defesa são repetitivos e refletem a necessidade da autuada em questionar a legalidade da multa aplicada. Julga desnecessário entrar no já combatido mérito dessa argumentação.

Ratifica todos os termos contidos na autuação e solicita a esse Conselho que julgue procedente o Auto de Infração em apreço.

VOTO

Das peças que compõem o presente processo, verifico que a autuação decorreu da falta de escrituração no livro Registro de Entradas de mercadoria(s) tributáveis, infração 01, e

mercadoria(s) não sujeita(s) a tributação, infração 02, conforme demonstrativos fls.09 a 15, que foram devidamente entregues ao autuado, conforme recibo fl.17.

O defendente mencionou que o Auto de Infração padece de vício em sua motivação, já que fundamentado na alegação de que teria deixado de registrar na escrita fiscal notas referentes a mercadorias não tributáveis (Infração 02), quando na verdade, esse registro foi efetuado como serviços, ao invés de ser lançada como material. Disse que a Autoridade Fiscal não produziu qualquer tipo de prova, demonstrando que, de fato, em nenhuma parte da escrita fiscal da Impugnante haveria o registro das notas mencionadas na autuação.

Analisando os elementos que compõem o PAF, constato que o presente lançamento está fundamentado em expressa disposição legal, sendo que as infrações estão estritamente baseadas no RICMS/97, bem como na lei 7.014/96, não vislumbrando, deste modo, qualquer violação aos princípios da legalidade, da equidade, da segurança jurídica, da verdade material e da proporcionalidade.

Vejo que o Auto de Infração contempla as disposições previstas na Lei 7.014/96, que fundamenta esse imposto; aponta o enquadramento das infrações imputadas ao Autuado; descreve devidamente as infrações nos campos próprios e identifica o infrator.

Ressalto que não procede a alegação do defendente de que a fundamentação legal do auto de infração estaria genérica ao abordar todos os incisos e parágrafos do art. 322 do RICMS/97. Observo que é este dispositivo com todos os seus incisos e parágrafos quem disciplina os procedimentos a serem integralmente seguidos pelos contribuintes a fim de darem cumprimento a obrigação acessória de fazer corretamente o registro dos documentos fiscais em sua escrituração.

Ao contrário do que alega o impugnante, a autuação está devidamente motivada e decorreu de descumprimento da previsão legal quanto a obrigatoriedade da escrituração em seu livro Registro de Entradas, de mercadorias ou bens em seu estabelecimento comercial, a qualquer título. Sua peça defensiva demonstra claramente, que o impugnante entendeu perfeitamente a acusação fiscal, visto que alegou que teria escriturado as notas fiscais referentes a mercadorias não tributáveis (Infração 02), como serviços, embora não tenha trazido esta prova aos autos.

Diante do exposto, entendo que foram respeitadas as disposições contidas nos artigos 18, incisos I a IV, e 39, inciso III do RPAF/99, pelo que rejeito as preliminares arguidas, direta ou indiretamente, considerando terem sido resguardados os direitos de defesa e do amplo contraditório, além de não ter sido violado o princípio do devido processo legal.

No mérito, as infrações 01 e 02 acusam o contribuinte de ter dado entrada no estabelecimento, de mercadorias tributáveis e não sujeitas a tributação, respectivamente, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% e 1%, sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas.

O impugnante não comprova a escrituração de qualquer das notas fiscais elencadas no levantamento fiscal, demonstrativo fls.09/15, cujas cópias lhe foram entregues conforme termo de recebimento dos demonstrativos fl.17. Centra sua defesa na alegação de que as infrações 01 e 02 foram cometidas com ausência de dolo, fraude ou simulação e que o ilícito tributário apontado não trouxe qualquer prejuízo ao erário estadual, afirmando que não houve falta de recolhimento do imposto.

Vale salientar que em ação fiscal foi constatado que o autuado descumpriu obrigação acessória, prevista no art.322 do RICMS/97, sendo que a multa aplicada nos percentuais de 10% e de 1% estão em conformidade com a legislação em vigor, para mercadorias tributáveis e não tributáveis, respectivamente, de acordo com os incisos XI e IX do artigo 42 da Lei 7.014/96, *in verbis*:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviços sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Verifica-se que do dispositivo legal acima transcrito, resta indubitável que quando do cometimento do ilícito tributário ora analisado, a multa deve ser aplicada por cada documento não escriturado, independentemente de causar prejuízo ou não ao erário público, observada a data de emissão das notas fiscais que deveriam ser registradas na escrita fiscal do autuado, exatamente como procedeu a autuante na apuração do *quantum* devido.

Portanto, deixo de acatar a pretensão do autuado, por falta de previsão legal. Infrações inteiramente caracterizadas.

Quanto a alegação do autuado de que a multa aplicada seria desproporcional e confiscatória, saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador a apreciação de questões sobre a constitucionalidade de leis. Ademais, as multas aplicadas estão tipificadas na Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia.

Destaco que foi solicitado que sejam todas as publicações e intimações direcionadas ao endereço dos patronos que subscrevem a defesa, qual seja: Av. Tancredo Neves, n. 620, Edf. Mundo Plaza Empresarial, Sala 1621, Caminho das Árvores, Salvador – BA, CEP 41820-020, sob pena de nulidade. Registro que não há óbice para o seu cumprimento, podendo órgão competente da Fazenda atender ao solicitado, contudo, registro que o não atendimento não implica nulidade, nos termos do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 298922.0002/14-2**, lavrado contra **TERMOVERDE SALVADOR S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$174.070,47**, previstas nos incisos IX e XI do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2014.

ARIVALDO PEREIRA DE SOUSA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR