

PROCESSO - A. I. Nº 055862.0052/14-0
RECORRENTE - A P HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA. (FRIOSVERDURA TODODIA) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0008-02/15
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 26/06/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0157-12/15

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. O recorrente não trouxe à lide provas ou argumentos jurídicos capazes de descaracterizar a infração 01. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. A multa decorrente da falta de escrituração de entradas tributáveis foi revisada, de R\$ 6.596,36 para R\$ 2.707,06, procedimento acertadamente acatado pelo órgão de primeira instância (infração 02). Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 2ª JJF Nº 0008-02/15, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 30/06/2014 para exigir crédito tributário na cifra de R\$ 8.805,17, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do ICMS "*no(s) prazo(s) regulamentar(es)*", referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. R\$ 2.208,81. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 - Entradas tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 6.596,36, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 19/02/2015 (fls. 178 a 180), decidindo pela procedência parcial por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

“Constato que o autuante descreveu os fatos objetos do presente lançamento de ofício, tendo apresentado um demonstrativo de débito anexo à peça inaugural, a base de cálculo utilizada, o imposto devido, as multas propostas nas infrações imputadas, os demonstrativos e cópias dos livros fiscais, fls. 1/5, dotando o presente Processo Administrativo Fiscal - PAF de aptidão para produzir seus efeitos jurídicos e legais. Dessa forma, afasto os argumentos defensivos voltados à nulidade, pois o impugnante realizou o exercício das normas voltadas à ampla defesa e contraditório demonstrado nas peças processuais acostada ao caso em tela. Neste sentido, indefiro o pedido acerca da diligência formulada.

Não acolho o pleito formulado sobre a preliminar de Prescrição, em virtude do PAF em tela relacionar-se com o direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário, e não com o direito da respectiva ação, como estabelece o art. 107-A da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, vigente à época dos fatos geradores imputados, ainda que os argumentos defensivos estejam direcionados à Decadência Tributária.

Quanto ao mérito, o impugnante não traz elementos específicos para extinguir ou modificar a acusação fiscal. Colaciona aos autos normas não aplicáveis à relação jurídica com a Fazenda Pública do Estado da Bahia, tais como art. 630 do Decreto nº 33.118, de 14 de março de 1991, art. 96 da Lei nº 6.374/89; art. 52 da Lei nº 9.298, de 1º de agosto de 1996, que não possuem efeito jurídico na mencionada relação jurídico - tributária. Logo, aplico os art's. 140, 141 e 143 do Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, que aprova o Regulamento do Processo Administrativo fiscal - RPAF, a este PAF na forma a seguir disposta.

No que diz respeito à infração 01, acolho o entendimento do autuante na sua integridade, para considerá-la caracterizada, pela ausência de impugnação específica.

A respeito da infração 02, considero subsistente em parte a imputação inicial e acolho a redução promovida pelo autuante no demonstrativo constante da fl. 33, no total de R\$2.707,06, ao segregar a falta de escrituração no livro fiscal próprio das mercadorias tributáveis e não tributáveis.

Contudo, com base no art. 156 do RPAF, voto para que este Órgão Julgador represente para a autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal, como informa o demonstrativo de fl.34, em virtude da nova infração imputada pelo autuante após lançamento administrativo. Tal entendimento visa o respeito à vedação da Reformatio in Pejus ao sujeito passivo em face, inclusive, do contraditório não exercido, além do pedido ultrapassar os limites da pretensão fiscal empreendida - lançamento original de duas infrações.

Por tais razões, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 192 a 199, em peça idêntica à defesa, na qual, sem indicar a infração, inicia aduzindo que o lançamento de ofício é nulo, pois a peça inicial, entre outros vícios, não especifica a legislação aplicável à correção monetária e aos juros incidentes sobre as multas.

No mérito, sustenta a não ocorrência do fato gerador, pois, segundo alega, foi emitida uma nota fiscal com o devido destaque do ICMS e, posteriormente, a mercadoria foi despachada com a emissão de conhecimento de transporte. O fato de a nota originária não indicar que o bem seria objeto de redespacho não a torna inidônea nem a desqualifica.

Em seguida, ressaltando a sua idoneidade e reclamando contra o tumulto legislativo existente no Brasil, diz que o lançamento caracteriza confisco e que a exigibilidade do imposto deve ser suspensa. Estribado em doutrina, alega que, na hipótese de manutenção do Auto de Infração, estar-se-ia retrocedendo ao *“império de Luiz XV, onde o Estado é rei, tudo podendo”*. Insurge-se contra a UFIR e assevera, nas suas palavras, que, lei por lei, já tivemos o Código de Hamurabi, que ordenava a morte dos nascidos *“monstruosos”* e a *“decapitação”* de eunucos, assim como a Lei da Derrama, causadora do grito de independência ou morte.

Por fim, pede que este órgão declare prescrição, pois já se passaram mais de 05 anos, prazo para o aforamento da execução fiscal.

Encerra pleiteando o acolhimento das razões da irresignação.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas na impugnação, o auditor fiscal e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram as acusações, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados e cálculos, assim como apontando o embasamento jurídico, que se mostra claro, correto e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, Decreto nº 7.629/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

É cediço que no processo judicial, em sede de execução fiscal, ocorre a prescrição intercorrente quando, uma vez iniciado o processo, não sendo encontrado o devedor ou bens penhoráveis, há desídia da Fazenda Pública em movimentar a ação por prazo superior a cinco anos. Nesses termos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está pacificada, tendo ementado que *“a inércia da parte credora na promoção dos atos e procedimentos de impulsão processual, por mais de cinco anos, pode edificar causa suficiente para a prescrição intercorrente”*.

Todavia, o STJ já decidiu, e está assentada a jurisprudência no sentido de não acolher a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, quando há o atraso no andamento do processo, pois *"a demora na tramitação do processo administrativo fiscal não implica preempção do direito de constituir definitivamente o crédito tributário, instituto não previsto no Código Tributário Nacional"*. E assim, entre a notificação do lançamento tributário e a solução do processo administrativo fiscal, não há qualquer prazo extintivo, nem decadencial nem prescricional (REsp nº 53467/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª T, Data do Julgamento 05/09/1996, DJ 30/09/1996 p. 36.613. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 24 fev. 2008; REsp 822705/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T, Data do Julgamento 20/04/2006, DJ 02/05/2006 p. 297: *"(...) Antes de haver ocorrido esse fato, não existe "dies a quo" do prazo prescricional, pois, na fase entre a notificação do lançamento e a solução do processo administrativo, não ocorrem nem a prescrição nem a decadência (art. 151, III, do CTN)"*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 fev. 2008; COELHO, Sacha Calmon Navarro. Decadência e prescrição contra a Fazenda Pública, Revista de Direito Tributário. São Paulo, RT, 1979 (III) 9/10:295-303. p. 21/22).

O caráter supostamente confiscatório da exigência em tela, seja do tributo, seja das multas, não pode ser julgado por este órgão, conforme determina o art. 167, I do Decreto nº 7.629/1999. Não é o caso de reduzir ou cancelar a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista a ausência dos requisitos previstos no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996, em especial a comprovação que do ilícito não decorreu falta de pagamento do imposto.

O percentual utilizado para o cálculo dos acréscimos legais é de 1%, nos termos do inciso II do art. 102 da Lei nº 3.956/1981 (com dispositivo correspondente no art. 51, Lei nº 7.014/1996). Relativamente à multa, os acréscimos têm como fundamento o art. 1º, II da Lei nº 9.837/2005.

No mérito, o recorrente não revestiu a sua petição da necessária clareza e especificidade.

O sujeito passivo não trouxe à lide provas ou argumentos jurídicos capazes de descaracterizar a infração 1, que está comprovada na cópia do livro Registro de Apuração de fl. 09, com o destaque de imposto a recolher no montante de R\$ 2.208,81.

Relativamente à segunda infração, às fls. 29 a 34, a autoridade fiscalizadora revisou os demonstrativos iniciais, de fls. 11 a 13, segregando as entradas tributáveis das não tributáveis.

Em razão disso, a multa decorrente da falta de escrituração das entradas tributáveis restou alterada no levantamento de fl. 33, de R\$ 6.596,36 para R\$ 2.707,06, procedimento acertadamente acatado pelo órgão de primeira instância, que recomendou à Administração Tributária medidas no sentido de apurar e arrecadar as quantias residuais (fl. 34).

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário,.

VOTO DIVERGENTE (Infração 2)

Peço *venia* para divergir do voto do i. Relator no que pertine à infração 2 que acusa o Sujeito Passivo de haver dado entrada no seu estabelecimento de mercadorias tributáveis sem registro na escrita.

Esclarecendo, a minha divergência ocorre apenas em razão do fato de que a multa poderia ter sido reduzida, nos moldes do que determina a legislação.

Pois bem, diz a regra, no que pertine à possibilidade de redução das multas por descumprimento de obrigações acessórias que:

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

§ 7º - As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto."

Também o art. 158, do RPAF/99, tem a seguinte dicção:

Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

Por primeiro, a norma diz de uma faculdade, ou seja, diz que “...**poderão** ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF ...” e no momento seguinte, diz das condicionantes do cancelamento ou redução, que implica na prova de as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, tudo no sentido de que é atribuído ao julgador abrandar possíveis excessos da norma punitiva, sem, todavia, esvaziar a força cogente da norma que prevê a obrigação acessória, aí entendido que as circunstâncias dos fatos são relevantes à concessão do cancelamento ou redução da multa.

Nessa mesma linha tenho pautado o meu posicionamento.

De plano, entendo que o legislador quis entregar ao CONSEF, no caso das obrigações acessórias, a avaliação da falta por parte do contribuinte para, uma vez sopesado os fatos, as suas circunstâncias a própria conduta do contribuinte, tudo no sentido de dosar a penalidade com o fim precípua de que fossem evitados os excessos que, invariavelmente, avançariam sobre princípios constitucionalmente garantidos, bem como no sentido de que querelas que podem ser resolvidas no âmbito administrativo, não cheguem ao judiciário, muitas vezes impondo severos prejuízos ao Estado.

Analisando o voto do n. Relator, vejo que sequer foi aventada a possibilidade da redução da multa aplicada, o que tangencia os pressupostos que viabilizam tal redução. Especificamente, de plano, não há qualquer à mais longínqua possibilidade de ter o recorrente agido com fraude, dolo ou simulação, nem mesmo se afirma que o procedimento irregular adotado pelo autuado na infrações 2 teria ocasionado falta de pagamento de imposto, a não ser pelo fato de a infração 1 exigir imposto que monta R\$ 2.208,81.

Ainda que se atribua a falta de recolhimento de imposto em razão do cometimento da infração 2, vejo que os números são semelhantes, o que, em tese, determinaria uma multa equivalente a 100%, o que não se pode admitir, conquanto afronta a legislação, ou seja, estar-se-ia impondo uma multa desproporcional, elevando o caráter da multa de educativa para severamente punitiva.

Avançando, certo é que o Sujeito Passivo cometeu falta tipificada na legislação e, havendo fato típico, por certo haverá que se apenar o infrator, entretanto, como dito acima, há que se trazer à análise dos fatos as circunstâncias que o envolvem, sobretudo porque no caso vertente, em se tratando de descumprimento de obrigação acessória que implica, no meu entendimento, em valor por demais elevado e de caráter desproporcional e confiscatório, não se pode deixar de aplicar a regra insculpida no § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, pois, além do que já foi acima tracejado, não se verifica prejuízo ao erário na dimensão proposta, como quer fazer crer o autuante, vez que facilmente se verifica que a conduta, mesmo típica, representou prejuízo insignificante ou mesmo não representou qualquer prejuízo ao erário na proporção que sugerem a multa, haja vista que o imposto exigido no Auto de Infração tem valor que pouco passa de dois mil reais.

Nesse contexto, tenho me posicionado no sentido de que as multas com o caráter acima descrito são excessivamente altas e fogem à intenção do legislador, pois, abandonam o caráter educativo adotando contornos de desproporcionalidade, confisco, e até de enriquecimento sem causa por parte do Estado. Não por menos, com permissivo legal contido no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e do art. 158 do RPAF/99, tenho, em casos análogos, reduzido a multa aplicada.

O referido art. 158, que repete os termos da Lei nº 7.014/96, diz que “**as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo**”, ou seja, a norma invoca princípios constitucionais e de direito, referindo-se à necessidade de se fazer prova, naturalmente que por parte de quem acusa – o Fisco –, de que a conduta

infracional foi dolosa, fraudulenta ou simulada, respeitando o princípio que determina que a inocência e a boa-fé, por motivos óbvios, são presumidas, exigindo prova em contrário. (grifo não original)

Assim, ainda que reste absolutamente demonstrado o cometimento da infração, como é o caso, à luz dos fôlios deste PAF, não resta caracterizada a conduta dolosa, fraudulenta ou simulada por parte do recorrente. Ademais, considerando, por princípio fundamental de direito, que a boa-fé é presumida, teria o fisco que demonstrar que a conduta do sujeito passivo foi deliberada, para o que, restou provado exatamente o contrário quando ficou patente que não houve fraude, dolo ou simulação.

Por tudo isso, pela prerrogativa dada a este julgador e porque as multas por descumprimento de obrigação acessória devem ter caráter educativo, jamais devendo alcançar valores que possam suscitar o confisco, reduzo a multa da infração 2 para 20% do valor julgado, o que corresponde a R\$441,76.

Nesses termos voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, reduzo a multa da infração 2 para R\$441,76.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **055862.0052/14-0**, lavrado contra **A P HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA. (FRIOSVERDURA TODODIA) - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.208,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.707,06**, prevista no art. 42, IX da mencionada Lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005.

VOTO VENCEDOR (Infração 2) - Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, Maurício Souza Passos e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Infração 2) - Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Daniel Ribeiro Silva e Alessandra Brandão Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - VOTO DIVERGENTE
(Infração 2)

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS