

A. I. Nº - 213079.0063/14-9
AUTUADO - BELLYS - INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS LTDA - EPP
AUTUANTE - CLARA HELENA DANTAS VICENTE
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 01.09.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-02/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1% DO VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. **b)** MERCADORIA TRIBUTÁVEL. MULTA DE 10% DO VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. Contribuinte elidiu parcialmente o valor autuado, conforme revisão fiscal realizada pela própria autuante, a qual foi aceita tacitamente pelo sujeito passivo. Infrações parcialmente mantidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/06/2014, para constituir o crédito tributário ao ICMS no valor histórico de R\$37.563,85, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributada sem registro na escrita fiscal. Multa de 1%. Valor histórico da infração R\$153,56.

INFRAÇÃO 02 – 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita à tributação sem registro na escrita fiscal. Multa de 10%. Valor histórico da infração R\$37.410,29.

O autuado ao impugnar o lançamento tributário, folhas 602 a 610, mediante advogado habilitado nos autos, aponta algumas razões de sua defesa.

A primeira delas observa que a nota fiscal n.º 2010, apontada como não escriturada fora de fato escriturada, cabendo ser excluída da autuação. A Impugnante apresenta planilha anexa (doc. 04), fls. 641 a 643, onde aponta a referida NF, a página do livro onde foi escriturada e a cópia da mesmo.

Em relação ao lançamento da multa de 10%, infração 02, aduz que esta incide sobre mercadorias que foram devolvidas à impugnante em razão do desfazimento ou inexistência de negócio jurídico. Mas, acima de tudo, incidem sobre situações donde não houve ausência de recolhimento do imposto. Portanto, a redução, senão o cancelamento, da multa por descumprimento de obrigação acessória terá cabimento, como dita os preceitos legais a seguir vistos com ênfase.

Tece comentários sobre multas.

Aduz que o contribuinte é uma empresa de pequeno porte, optante do Simples Nacional, logo, seu faturamento não é alto. Toda perda financeira com pagamentos de encargos tributários é mais do que relevante, é impactante. A injustiça e desarazoabilidade de aplicação de multa a 10%, nesses casos, se dá porque está a multa a incidir sobre uma situação fática que sequer significou em perda na arrecadação, porque já pagos todos os impostos.

Destaca que quando se analisam as notas fiscais em suas características peculiares, joga-se luz sobre a discrepância de se aplicar multa a 10% sobre o valor total das notas fiscais quando sejam

mercadorias sequer sujeitas à tributação, notadamente quando esta Impugnante é optante do Simples Nacional.

Apresenta tabela agrupada por natureza da operação autuada:

Natureza/Produtos	Valor NF	10%	A PAGAR
Material de uso e/ou imobilizado	1.917,95	191,80	191,80
Dev. De vasilhame	526,20	52,62	52,62
Devolução compra	5.935,03	593,50	593,50
Devolução de venda	2.586,54	258,65	258,65
Retorno de Mercadorias	50.203,84	5.020,38	5.020,38
Matéria prima	304.387,67	30.438,77	30.438,77
Embalagem	2.921,15	292,12	292,12
Etiquetas	3.410,47	341,05	341,05
Escriturada	3.015,21	301,52	301,52
TOTAL	374.904,06	37.490,41	37.490,41

Explica que:

Material de uso e/ou imobilizado: são as notas fiscais de aquisição de materiais pela empresa aplicados nas atividades empresariais que não se incorporam ao produto final.

Devolução de vasilhame: trata-se da nota fiscal nº 582 emitida pela empresa Impugnante para receber de volta vasilhames em excesso e não utilizados, enviados para empresa terceira fazer a rotulagem. É, bem verdade, uma nota fiscal emitida tão somente para embasar o retorno de uma embalagem para o estoque da Impugnante.

Devolução de compra: trata-se das notas fiscais nºs 3481, 5128, 71521, 77899, 18329, 74509, 31086, 5817 e 5370 emitidas pela Impugnante para respaldar a devolução de produtos ao vendedor/fornecedor em razão do desfazimento/cancelamento da compra pela Impugnante. Trata-se de notas fiscais emitidas para respaldar o transporte da carga e a entrada de volta no vendedor.

Devolução de venda: trata-se das notas fiscais nºs 4081, 4181, 4182, 74509, 31086, dentre outras descritas na planilha analítica anexa (doc. 05), emitidas pela Impugnante para respaldar a devolução à própria Impugnante de mercadorias que seriam vendidas ao cliente mas que foram objeto de desfazimento/cancelamento da compra pelo cliente. Como se vê, tratam-se de notas fiscais emitidas para respaldar o transporte da carga e a entrada de volta na Impugnante.

Retorno de Mercadorias: tratam-se de diversas notas fiscais, relacionadas analiticamente na planilha anexa (doc 06), emitidas para dar retorno ao estabelecimento da Impugnante a mercadorias por ela produzidas e que haviam sido enviadas para terceiros promoverem alguma etapa de industrialização mas que, por algum motivo, esse terceiro não as industrializou. Veja-se que nesta situação não se tem sequer fato gerador do ICMS, porque não houve mudança de titularidade das mercadorias. O propósito das emissões das notas fiscais foi respaldar o retorno das mercadorias ao estoque da Impugnante já que não ocorreu nenhuma industrialização por terceiros.

Salienta que embora a mercadoria tenha saído – fisicamente – do estabelecimento da Impugnante, não houve tradição. Vários dos negócios jurídicos consubstanciados em Notas Fiscais que foram objeto da autuação não se concretizaram, tendo em vista que o cliente se negou a recebê-los, ou a Impugnante cancelou compras de mercadorias feitas não tendo recebido produtos, não havendo *circulação jurídica de mercadoria (tradição)* apta a ensejar o nascimento da obrigação ao recolhimento de ICMS.

Reitera que a tradição não ocorreu em alguns dos diversos casos desta autuação, como: devolução de vasilhame, devolução de compra, devolução de venda e retorno de mercadoria. Nas situações de ‘devolução de venda’, veja-se das notas fiscais que a impugnante emitiu Notas Fiscais de chamando de devolução de venda o que na verdade era retorno de suas próprias mercadorias diante do desfazimento do negócio, anotando, em campo propício (“Informações complementares”), que se tratava de “DEVOLUÇÃO”, mencionando ainda, a Nota Fiscal objeto do negócio jurídico desfeito.

Acrescenta que as notas fiscais de remessa e retorno destinadas à industrialização (rotulagem do produto), fora do estabelecimento não sofrerem incidência de ICMS, conforme preceitua o art. 280, inciso II do RICMS.

Entende que a multa de 10% têm traço confiscatório, violando o art. 150, inciso IV da CF.

Ressalta que de todas as situações acima refletidas, é evidente que a não escrituração das notas fiscais não se fez acompanhada por dolo ou qualquer intuito de embaraçar ou prejudicar a arrecadação. Ao contrário, o fato da Impugnante ter emitido as notas fiscais em si, demonstram a intenção de buscar formas que refletissem concretamente as situações negociais e fiscais vividas. A intenção era justamente demonstrar toda a transparência e clareza do teor de suas operações mercantis, facilitando sempre o exercício da fiscalização.

Salienta que a multa de 10% quando a Impugnante nada deve à título de ICMS, é optante do SIMPLES NACIONAL e demonstrou toda a sua boa fé, não é razoável ou justa, nem atende a dosimetria da infração versus a capacidade contributiva do contribuinte. Nestes casos, a multa não está respeitando os limites repressivos mas, está extraindo parcela financeira excessiva. Pede-se, portanto, desde já que sejam as multas de 10% fixadas na autuação, reduzidas para 1% ou, ainda, canceladas.

Entende que para o caso concreto desta empresa, é aplicável o art. 158 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, Decreto nº 7.629/99, repetindo dizer constante da Lei nº 7.014/96, art. 42, § 7º, citando e transcrevendo trecho de decisão do Estado de São Paulo.

Diz que, em mesmo sentido, também vale a pena trazer a ementa do acórdão da 2ª Junta Julgamento Fiscal do CONFAZ/BA nº 0316/01:

*“ICMS. Embaraço a ação fiscal. Falta de parada do veículo transportador no posto fiscal. Comprovada a falta de parada do veículo no posto fiscal, pelo motorista, porém, o contribuinte comprovou que as mercadorias estavam acompanhadas de nota fiscal idônea. **Comprovado que não houve prejuízo ao fisco, sendo portanto, reduzida a multa aplicada de 10 UPFS-BA para 1 UPF-BA, pois a infração foi praticada sem dolo ou fraude.**”*

Sustenta que, se, todavia, não se entenda pelo cancelamento da multa, em razão do disposto no art. 158 do RPAF, roga pela redução de todas as multas para 1% para as notas fiscais não escrituradas, sendo retirada a multa sobre a nota fiscal n.º 2010 apontada como não escriturada mas que ficou demonstrado, estava de fato escriturada.

Ao final, requer:

- a) que seja excluída da autuação a nota fiscal efetivamente escriturada, constante da planilha anexa (doc. 04), n.º 2010;*
- b) que seja aplicada a previsão constante do art. 158 do RPAF e art. 42, § 7º da lei 7014/96, no sentido de cancelar integralmente a penalidade aplicada contra a Impugnante, ou, se assim não entenderem os Julgadores, que seja ao menos aplicada as disposições acima para reduzir todas as penalidade à 1% (um por cento) sobre todas as notas fiscais apuradas nesta autuação, reduzindo-se, portanto, a multa outrora aplicada de 10% (dez por cento).*

O autuante, em sua informação fiscal, fls. 1.077 e 1.078, ressalta que a defesa relaciona e comprova a escrituração da Nota Fiscal nº 2010, a qual fora tida como não escriturada. Ao analisar as provas, procedeu à exclusão da mesma do demonstrativo de cobrança de débito e confeccionou novos demonstrativos, fls. 1.079 a 1.094 dos autos.

Em relação ao pedido de cancelamento ou redução da multa de 10%, diz que a cobrança da multa não se dá pelo motivo de a mercadoria ter ou não incidência de ICMS, mas sim pelo fato de o autuado não ter observado o que preceitua a lei no concernente à obrigação acessória de escriturar todas as suas notas fiscais, no caso, notas de entradas.

Esclarece que, exceto para as notas nas quais constam a natureza de operação “uso, consumo, ativo fixo ou imobilizado”, todas as demais por ele recebidas, acobertam mercadorias, tendo ou não havido tradição, cabendo, portanto, a aplicação da multa de 10% pela falta de escrituração

das mesmas, desde que não tenha havido o encerramento da fase de tributação, o que não foi o caso em tela.

Reconhece que nos casos em que as notas fiscais acobertaram bens de uso / consumo, por não se tratar de mercadorias, estão estas enquadradas na cobrança da multa de 1%. Aduz não proceder a argumentação de confisco, vez que o percentual de multa cobrado sobre notas fiscais nestas situações é de 1% e não de 10% conforme alega o autuado. Ademais, a aplicação do percentual das multas não está ligado ao fato de ter havido ou não má fé, dolo ou simulação ou qualquer intuito de embaraçar.

Ao se manifestar sobre a informação fiscal e os novos demonstrativos o autuado, folhas 1.099 e 1.100, aduz ser louvável que tenha sido reconhecido que a nota fiscal n. 2010, de fato, havia sido escriturado, tendo sido indevidamente objeto da autuação atacada. Contudo, permanecem erros e entendimentos equivocados na autuação que ora se reitera.

De plano, aponta que há um erro de somatório na nova planilha feita pela Fiscal. Na planilha referente ao ano de 2012 (multa de 10%) a Fiscal aponta que o total geral seria de R\$28.115,47. Há um erro no somatório que totaliza, de fato, R\$24.754,48. Portanto no documento fornecido pela fiscal há um valor a maior de R\$3.360,99 fruto de erro de somatório. Pede que seja retificado.

Ressalta que outro equívoco de entendimento da Fiscal é o de manter a cobrança da multa à 10% sobre as notas de *retorno e devoluções*, desconsiderando que estes negócios jurídicos/operações não geram tributação. A multa aplicada é excessiva e desarrazoada porque está sendo cobrada sobre a ocorrência de uma operação simplesmente, desprezando-se que os efeitos inexistentes de tributação. Se não há principal, não há que se aplicar multa tão elevada. Reitera o pedido de redução das multas de 10% para 1% para as notas de *retorno e devoluções*.

Salienta que há uma divergência na autuação que ainda requer retificação pela Fiscal. A Fiscal acatou que as notas de uso e consumo e ativo imobilizado são calculadas multa a 1%, no entanto, não aplicou esse percentual para as notas 6145 e 10163, também classificadas pela empresa como uso/consumo e ativo. Ainda constam na planilha da Fiscal sujeitas a multa de 10%, pelo que pede nova retificação.

Ao final, aduz que diante dos erros apontados, e em nome da busca da verdade material, da segurança jurídica e da ampla defesa, pede que a Fiscal seja mais uma vez intimada a se manifestar para retificar os pontos aqui defendidos, retificando-se a autuação. Após, sejam concedidas nova vista a este contribuinte.

Em nova informação fiscal, fls. 1.104 e 1.105, a autuante aduz, quanto a alegação defensiva de erro de somatório por parte do fiscal, que com a confecção de novas planilhas se deu a correção deste erro de somatório.

Quanto ao pedido redução do percentual da multa de 10% para 1%, por se tratar de notas fiscais de retorno e devolução, diz que após reanalisar as mencionadas notas fiscais, procedeu ao deslocamento das mesmas da planilha de cobrança de 10% para a de 1%, o que levou à confecção de novas planilhas, fls. 1.106 a 1.123, e demonstrativo de débito, fls. 1.124 a 1.126.

Em relação às as notas de nº 6145 e 10163, reconhece ser de uso e consumo, logo, frisa que juntamente com as demais, após reanalisar, deslocou as referidas notas fiscais da planilha de 10% para a planilha de 1%.

Em nova manifestação defensiva, fl. 1.132, o autuado aduz que, em que pese as retificações procedidas nos cálculos do levantamento tributário, de modo a excluir valores indevidos da autuação, foram cometidos alguns equívocos no manuseio da planilha de forma a gerar duplicidade no lançamento de algumas competências, que devem ser retificados. De modo a ilustrar esses erros de lançamento na planilha da Fiscal a empresa junta anexo a planilha que apontam as duplicidades, fls. 1.133 e 1.134 do PAF, pedindo pela sua retificação final.

Em nova informação fiscal, fls. 1.140 e 1.141, a autuante destaca que mais uma vez, o autuado se manifesta solicitando correção na planilha do exercício 2012, 1% e 10%, pelo motivo de que no mês 11 constarem notas fiscais digitadas em duplicidade. Esta manifestação pode ser vista às folhas 1.132 a 1.135. Frisa que após proceder aos ajustes necessários nas planilhas apontadas pelo autuado, fez-se necessário a confecção de novas planilhas, folhas 1.142 a 1.158, e o novo Demonstrativo de Débito às folhas 1.159 a 1.161 dos autos, reduzindo o valor do Auto de Infração de R\$37.563,85 para R\$11.053,77.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal, das novas planilhas e do novo demonstrativo de débito, sendo intimado para se manifestar, no prazo legal. Entretanto, silenciou.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para aplicar multas por descumprimento de obrigações acessórias decorrente de duas infrações.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade da multa aplicada de 10%, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Na infração 01 é imputado ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributada sem registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1%. Por sua vez, na infração 02 foi aplicada multa de 10%, imputando ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita à tributação sem registro na escrita fiscal.

Devo registrar que a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Saliento, ainda, que as cópias e/ou vias das notas fiscais que embasaram as infrações foram acostadas às folhas 13 a 37 e 51 a 437, bem como, os demonstrativos às folhas 10 a 12 e 38 a 50, todos entregues ao sujeito passivo conforme recibo firmado nas planilhas, além das cópias dos livros Registro de Entradas às folhas 437 a 595 dos autos.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que as formalidades legais foram observadas pela fiscalização.

O sujeito passivo, em suas diversas manifestação, apontou erros nos levantamentos fiscais originais e nos revisados nas duas primeiras informações fiscais realizados pela própria autuante.

Em sua última manifestação defesa, fl. 1.132, o sujeito passivo aduziu que, em que pese as retificações procedidas nos cálculos do levantamento tributário, de modo a excluir valores indevidos da autuação, foram cometidos alguns equívocos no manuseio da planilha de forma a gerar duplicidade no lançamento de algumas competências, que devem ser retificados. Não havendo nenhum outro questionamento por parte da defesa.

O argumento defensivo foi acatado pela autuante em sua última informação fiscal, fls. 1.140 e 1.141, na qual frisou que após proceder aos ajustes necessários nas planilhas apontadas pelo autuado, fez-se necessário a confecção de novas planilhas, folhas 1.140 a 1.158, e o novo Demonstrativo de Débito às 1.159 a 1.161 dos autos, reduzindo o valor do Auto de Infração de R\$37.563,85 para R\$11.053,77.

Acolho o resultado da última revisão fiscal realizada pela autuante, uma vez que foi embasada

em documentos fiscais apresentados pela defesa. Ademais, devo ressaltar que, diante da nova revisão fiscal, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo sendo informado do prazo legal para se manifestar, entretanto, silenciou. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140, do RPAF/99, o qual determina que “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*”.

Portanto, entendo que o contribuinte elidiu parcialmente o valor autuado, conforme revisão fiscal realizada pela própria autuante, a qual foi aceita tacitamente pelo sujeito passivo.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo as infrações por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o autuado cometeu irregularidades, já relatadas no presente acórdão. Assim, diante das infrações claramente cometidas, devidamente apuradas e confirmadas nesse voto, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento das multas.

Logo, as infrações 01 e 02 ficam parcial mantidas, ficando reduzido o valor do Auto de Infração de R\$37.563,85 para R\$11.053,77, conforme novo Demonstrativo de Débito acostado às folhas 1.159 a 1.161 dos autos.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **213079.0063/14-9**, lavrado contra **BELLYS - INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS LTDA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$11.053,77**, previstas nos incisos IX e XI, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR