

A. I. Nº - 206918.3003/16-9
AUTUADO - INTERTRIM LTDA.
AUTUANTE - ISRAEL CAETANO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13.02.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0001-05/17

EMENTA: ICMS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS. A multa por descumprimento de obrigação acessória independe de dano ao erário, da ausência de má fé ou dolo ou mesmo da ausência de prejuízos ao fisco. Infração caracterizada. Negada a preliminar de nulidade Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 27/09/2016, quando foi lançado da MULTA no valor total de R\$180.240,83 em decorrência da entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo anexo, conforme art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressou com defesa tempestiva, às fls. 27/36 onde inicialmente descreve a infração, em que a Autoridade Fazendária verificou que a Impugnante deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo Anexo E, tendo sido aplicada a multa de 1% (um por cento). Assim, de acordo com a Fiscalização, a Contribuinte deixou de cumprir entre os períodos de 01/2012 a 03/2012, o artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997. Já com relação aos períodos de 04/2012 a 12/2013, a Impugnante não observou o disposto no artigo 217 e 247 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Que em razão da não observância dos artigos acima mencionados, o I. Fiscal aplicou multa de 1% (um por cento), em consonância com o que dispõe o artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/1996 e em que pesem as observações do I. Agente Fiscal, não merece prosperar a autuação pelas razões abaixo declinadas.

Inicialmente pede a nulidade do lançamento, porque o I. Fiscal Autuante não agiu conforme determina a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional e também o próprio Código Tributário do Estado da Bahia. No caso em tela, no momento da autuação, o Fiscal deixou de incluir no Auto de Infração elementos suficientes para determinar a infração, bem como os índices de atualização dos acréscimos moratórios o que configura sua nulidade e impede a ampla defesa e o contraditório, princípios previstos na Constituição Federal como cláusulas pétreas (art. 5º, inciso LV, CF), além de desrespeitar a segurança jurídica.

Após exposição legal da competência do agente fiscal, aduz que essa atividade, em decorrência do princípio da legalidade expresso no artigo 37 da Constituição Federal, e também do disposto no Código Tributário Nacional, é plenamente vinculada, razão pela qual, em atenção ao caso concreto, cumpre-nos trazer à colação o quanto dispõe o artigo 129 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81).

Que sem a correta lavratura do Auto de Infração nos exatos contornos legais, não é possível se falar no aperfeiçoamento da própria cobrança do tributo, pois eivada em sua origem de ilegalidade. Assim, artigo 129 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) acima transcrito deveria obrigatoriamente ter sido observado pelo Fiscal ao autuar a Impugnante. Sua

atividade é inexoravelmente vinculada e se relaciona diretamente aos princípios elementares que norteiam a administração da legalidade e da segurança jurídica, não podendo, em hipótese alguma, ser ignorado pelo Agente Fiscal quando do exercício das suas funções.

No presente caso foram desrespeitados os incisos III e IV do § 1º, do artigo 129 acima citado, na medida em que (a) não consta do Auto de Infração a descrição minuciosa das infrações realizadas pela Impugnante, (b) não constam os índices de atualização da correção monetária, elementos estes que são indispensáveis para o esclarecimento dos fatos e do montante devido.

Ou seja, a presente autuação carece de informações elementares para que a Impugnante esteja apta a realizar a sua defesa de forma contundente. Em primeiro lugar, na Descrição dos Fatos do Auto de Infração, campo este que é imprescindível para que a Impugnante tenha pleno conhecimento dos fatos, não há uma descrição detalhada da infração, nem a relação de quais as Notas Fiscais que foram fiscalizadas, quais as mercadorias, entre outros elementos que possibilite que a Impugnante realize a sua defesa de forma satisfatória.

Que a simples menção de que a Impugnante “*deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributadas sem o devido registro na escrita fiscal*” não fornece nenhum elemento para que a Impugnante tenha pleno conhecimento acerca de qual ou quais operações que foram autuadas.

Evidente, portanto, o descumprimento dos ditames do § 1º, inciso III, do artigo 129 acima mencionado, vez que o I. Auditor Fiscal não realizou a descrição da infração de forma detalhada, bem como não mencionou com exatidão quais as Notas Fiscais que foram fiscalizadas para compreensão da Impugnante acerca da Infração.

Ademais, o “Demonstrativo de Débito” acostado ao Auto de Infração é elemento indispensável para que a Impugnante tenha conhecimento com exatidão do *quantum* devido. Este demonstrativo deveria discriminar a base de cálculo, as parcelas do tributo, por período, bem como os seus acréscimos e as multas aplicadas.

Ocorre que não consta neste demonstrativo o índice de atualização dos acréscimos moratórios. Não se sabe para fins de defesa se foi utilizado o índice de atualização correto conforme os ditames da legislação vigente. Colaciona a seguir o “Demonstrativo de Débito” onde se verifica apenas o valor total do acréscimo moratório por período, mas em nenhum momento é mencionado o seu índice de atualização.

Diante da nulidade mencionada, é evidente a ofensa ao artigo 129, § 1º, inciso IV, do Código Tributário do Estado da Bahia, devendo ser anulado o Auto de Infração na sua totalidade. Assim, carecendo o Auto de Infração de elementos essenciais à sua validade e eficácia, em referência ao comando expressamente positivado no artigo 129 do Código Tributário do Estado da Bahia e em celebração do princípio da legalidade, da segurança jurídica, e da vinculação dos atos administrativos, deve o presente Auto de Infração ser considerado nulo, não sendo lícito ao Estado exigir tributo pautado em atividade estatal eivada de notável irregularidade.

Não há dúvida de que a Impugnante não possui elementos que evidenciem a exata motivação da autuação, sendo obrigada a defender-se com base em suposições, o que é absolutamente ilegal e inconstitucional. Caso não seja acatada a preliminar de nulidade aqui exposta, também no mérito não há como subsistir a presente autuação, conforme veremos a seguir.

Conforme consta das ínfimas informações constantes no Auto de Infração, a Impugnante foi autuada por dar entrada no estabelecimento de mercadorias não tributadas sem o devido registro na escrita fiscal, tendo sido aplicada a multa de 1% (um por cento). Ocorre que a conduta da Impugnante não resultou dano ao erário Estadual, eis que as mercadorias objeto das Notas Fiscais autuadas eram não tributadas, ou seja, não havia o que se falar em pagamento de obrigação principal, no caso, ICMS.

A autuada realizou corretamente a operação, ora autuada, com a emissão de Notas Fiscais conforme os ditames da legislação estadual. O que houve foi mero equívoco da Impugnante ao

dar entrada nas Notas Fiscais no seu estabelecimento. Em síntese, o ICMS nas operações que a Impugnante foi autuada é isento, motivo pelo qual não há imposto devido. No entanto, a Impugnante foi autuada no montante de R\$255.382,87 pelo mero descumprimento de uma obrigação acessória.

Veja que se trata de multa nitidamente com característica confiscatória, sendo vedada por nosso ordenamento, ainda mais no caso que a Impugnante agiu totalmente de boa-fé, conforme já demonstrado e comprovado. As multas, meios de penalidades que são, têm como objetivo reprimir e desestimular o comportamento de inadimplência do contribuinte cumprindo, portanto, sua finalidade.

O inciso IV, do artigo 150 da Constituição Federal veda expressamente a instituição de tributos com efeito de confisco. Esse princípio constitucional tributário deve ser interpretado em sintonia com a garantia prevista no inciso XXII, do artigo 5º da CF/88, atinente ao direito de propriedade, bem como com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Ainda que a multa tenha como finalidade impor um gravame ao contribuinte pelo descumprimento de um dever legal, essa prerrogativa administrativa fiscal não pode extrapolar limites que afrontem as garantias constitucionais.

Importante destacar que eventual erro no cumprimento de dever instrumental no caso em tela não acarreta lesão ao fisco, uma vez que não culmina na exigência do tributo em si. Ademais, ainda que seja apurado eventual descumprimento de dever instrumental, é evidente a ausência de dolo e má-fé na conduta da impugnante, eis que em momento algum omitiu o valor da correta base de cálculo nem teve o intuito de fraudar a legislação tributária do Estado.

Desta feita, evidente a ausência de prejuízo ao erário, eis que em momento algum a impugnante deixou de recolher ICMS, mesmo porque não há que se falar em pagamento do tributo nas operações em evidência. Trata-se de autuação completamente desproporcional e abusiva considerando a origem da suposta infração.

Assim, diante da ocorrência de descumprimento de mero dever instrumental que não influenciou na arrecadação do imposto e não trouxe prejuízo ao Estado, verifica-se a possibilidade de relevação da multa ou no mínimo deve haver a adequação da multa aplicada uma vez que a mesma denota quantia exorbitantemente alta e desproporcional.

Tal situação denota o enriquecimento ilícito por parte do Erário, aonde o melhor cenário possível ao Fisco é que o contribuinte não pague tributos, vez que isso aumenta a sua receita!

Portanto, é evidente a necessidade da relevação ou, no mínimo, a adequação da penalidade imposta, em observância ao princípio constitucional do não-confisco, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ante o exposto, demonstrado de forma inequívoca a impropriedade do presente lançamento, requer a Impugnante seja dado TOTAL PROVIMENTO à presente IMPUGNAÇÃO, para julgar improcedente o auto de infração em sua totalidade, anulando o lançamento da multa. Outrossim, pretende provar o quanto alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada de novos documentos que se fizerem necessários e a realização de prova pericial, se necessário.

Protestam os patronos da Impugnante, subscritores da presente Impugnação, pela possibilidade de realização de sustentação oral. Por fim, requer, sejam as publicações atinentes ao presente feito expedidas exclusivamente em nome dos patronos da Impugnante, Dr. Eduardo Cantelli Rocca, inscrito na OAB/SP sob o nº 237.805, e Dr. Pedro Mariano Capelossi Reis, inscrito na OAB/SP sob o nº 288.044, ambos com escritório na Avenida Brasil, 842, São Paulo - SP.

O autuante apresentou informação fiscal fls. 67/68 quando diz que as alegações defensivas não são fundamentadas e ao contrário, confessa a infração, e ao final, pede pela procedência da ação fiscal.

VOTO

Trata-se de lançamento de multa de 1% sobre o valor das notas fiscais de mercadorias isentas ou não tributadas e que não foram registradas nos livros e documentos fiscais do contribuinte, conforme relação de fls. 8/20 deste processo, totalizando R\$180.240,84. À fl. 22 consta comprovante de recebimento do demonstrativo com as notas fiscais não lançadas por preposto do impugnante em 27/09/2016.

Em preliminar de nulidade, o impugnante sustenta que o autuante não teria incluído os elementos necessários para determinar a infração assim como os índices de correção da atualização dos acréscimos moratórios para sua conferência e que a simples menção de que a impugnante deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributadas sem o registro na escrita fiscal não fornece nenhum elemento para que tenha conhecimento de quais operações foi autuado, já que não foram mencionadas com exatidão quais notas fiscais que foram fiscalizadas para compreensão do impugnante acerca da infração, não havendo um demonstrativo de débito, e que por fim não há um índice de atualização dos valores multados.

Devo ressaltar que conforme foi abordado no início deste voto, o arquivo de mídia que reproduz a listagem de notas fiscais não registradas e relacionadas às fls. 8/20 foram entregues ao impugnante o que não se coaduna com as alegações de que não foram mencionadas as notas fiscais que foram fiscalizadas, havendo sim, pleno conhecimento do impugnante de quais notas compoem a base de cálculo do lançamento assim como do respectivo demonstrativo de débito.

Outrossim, a descrição da infração não deixa nenhuma sombra de dúvidas sobre a motivação do lançamento - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a multa do inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Por outro lado, os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Nos termos do Artigo 3º da Lei de Introdução do Código Civil, que versa sobre o princípio da publicidade, "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece", sendo de fundamental importância para segurança jurídica das atividades estatais.

Assim, se o impugnante desconhece o modo como a multa é corrigida, deve tomar conhecimento e averiguar se o cálculo do lançamento está compatível com o que foi apresentado, e em havendo erro material, se defender, mas jamais alegar desconhecimento da Lei. Assim, não acato a preliminar de nulidade.

No mérito, alega que a conduta da Impugnante não resultou dano ao erário Estadual, eis que as mercadorias objeto das Notas Fiscais autuadas eram não tributadas, e o que houve foi mero equívoco ao dar entrada nas Notas Fiscais no seu estabelecimento. Que não houve prejuízo ao fisco, e que se trata de multa nitidamente com característica confiscatória, sendo vedada por nosso ordenamento, ainda mais no caso que a Impugnante agiu totalmente de boa-fé, conforme já demonstrado e comprovado e conclui que a multa é confiscatória e inconstitucional.

A multa por descumprimento de obrigação acessória independe de dano ao erário, da ausência de má fé ou dolo. Nos termos do art. 136 do CTN, "*Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato*". Não procede também o argumento de que a multa seria confiscatória, já que o percentual é extremamente baixo (1%) e a inconstitucionalidade arguida foge à competência deste Conselho, já que o controle da legalidade é feita com a estrita observância da legislação estadual, e a multa encontra-se prevista na Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pedido de que as intimações sejam feitas no endereço indicado na impugnação, nada impede que a administração atenda ao pleito, ficando ressalvado que conforme disposto no RPAF,

considera-se intimado o contribuinte desde que a intimação seja efetivada no seu endereço comercial.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206918.3003/16-9**, lavrado contra **INTERTRIM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$180.240,83**, prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR