

A. I. N° - 281105.1246/15-2
AUTUADO - TRANSILVA TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07/03/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0019-03/17

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O contribuinte não apresenta prova da escrituração fiscal das referidas mercadorias. Infração caracterizada. Negado pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2015, exige crédito tributário no valor de R\$152.349,68, em razão de o contribuinte ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto de 2012 a dezembro de 2013, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das notas fiscais não registradas, infração 16.01.02.

O autuado impugna o lançamento fls.98/116. Diz vir, tempestivamente, apresentar sua defesa pelas razões de fato e de direito que seguem.

A Impugnante afirma ser uma sociedade que tem por objeto social o transporte rodoviário de cargas em geral, como se infere do seu contrato social que anexa. Explica que na consecução do seu objetivo social, no ano de 2012, iniciou suas atividades na filial localizada neste estado da Bahia, visando atender ao Transporte rodoviário dos veículos importados pela JAC Motors do Brasil Ltda. e demais clientes presentes na região.

Diz que numa fiscalização de rotina quanto à apuração dos impostos estaduais, em especial o ICMS, foi surpreendida com o constante no auto de infração ora defendido, no qual o acusa de efetuar a entrada de mercadorias não tributáveis sem o registro na escrita fiscal. Entende que o Auto de Infração em questão foi lavrado em total desconformidade com as normas do RICMS/BA, inclusive aplicando-se multa exorbitante. Requer a invalidade e improcedência do auto de infração ora guerreado.

Argui nulidade por cerceamento de defesa nos termos do art. 129 da lei 3.956/81 que reproduz. Cita obra de auditores fiscais do Estado do Espírito Santo, dizendo que o lançamento fiscal deverá descrever a infração cometida, fornecer elementos para que quem examine a acusação perceba qual o procedimento correto e legal que deveria ter sido adotado.

Afirma que da simples leitura da descrição do fato, contida no AI em tela, percebe-se que o Agente Estadual desobedeceu a norma contida na legislação vigente, estando ainda, em desacordo com a melhor doutrina, por não ter apresentado as circunstâncias inerentes aos fatos, cerceando o direito de defesa da Impugnante.

Aduz que o Auto de Infração apenas descreve que a Impugnante deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o registro na escrita fiscal. Tal pretensa descrição nada mais é que a transcrição do artigo da norma citada na "Capitulação da Infração".

Sustenta que precisava saber qual seria o procedimento correto, sob a ótica do fiscal, para aí

então se defender, a fim de fazer prevalecer a defesa ou até mesmo reconhecer a infração. Apresenta entendimento que, ante a patente nulidade do Auto de Infração, requer seja a mesma reconhecida, julgando a ação fiscal totalmente improcedente e o auto de infração insubsistente.

Prossegue afirmando que caso não seja acolhida a preliminar indicada, o que não espera, a impugnação merece ser provida, pois no mérito razão assiste à Impugnante.

Argumenta que está sendo acusada de receber mercadorias sem efetuar o registro das notas fiscais na sua contabilidade. Assim, concluiu a autoridade fiscal, que mesmo recebendo as mercadorias listadas nas notas fiscais relacionadas, notas fiscais estas, de simples remessa para armazenagem ou depósito, sem tributação, teria deixado de proceder com a sua obrigação legal de escriturar e registrar as notas fiscais recebidas. Contudo, diz ter se equivocado a Autoridade Fiscal em tal alegação vez que a Impugnante não reconhece a validade das notas fiscais emitidas para esta finalidade e indicadas no auto de infração, pois ao invés de receber as referidas mercadorias para depósito ou armazenagem, recebeu-as para transporte, emitindo assim o respectivo conhecimento rodoviário de cargas.

Alega que conforme se verifica em sua inscrição estadual, não tem como atividade no estado da Bahia a armazenagem de bens, recebendo-os apenas, sendo assim, ilegítimas as notas fiscais emitidas e, portanto, não as reconhece.

Assegura ter ocorrido a emissão de notas fiscais à revelia da empresa Impugnante, a qual não recebeu as notas fiscais em tela, não tendo em decorrência disso efetuado o registro na sua contabilidade. Reitera serem notas fiscais de simples remessa, sem tributação ou encargo para a Impugnante, de forma que as mesmas não teriam qualquer benefício econômico ao não registrá-las na sua contabilidade, demonstrando assim, que efetivamente não recebeu as notas fiscais listadas na autuação.

Observa nos documentos que anexa, que o próprio remetente das citadas mercadorias fez a emissão de notas fiscais de entrada das mesmas, como retorno ao seu estabelecimento, defluindo assim, como certo que o Impugnante não recebeu as citadas notas fiscais.

Salienta que de acordo com a legislação vigente, o remetente da mercadoria somente pode emitir nota fiscal de entrada quando o destinatário e/ou remetente não tiver inscrição estadual, o que não era seu caso, pois esta possui inscrição estadual, ou houver a recusa do destinatário em receber a mercadoria.

Assevera que atualmente, com a nota fiscal eletrônica, isso não ocorre mais, pois desde 2013 a Impugnante consegue realizar uma recusa da nota fiscal emitida irregularmente no próprio site da SEFAZ, recusando assim, aquele documento fiscal que não lhe tenha sido entregue, como no caso em julgamento.

Sustenta que não há nos autos qualquer prova que tenha efetivamente recebido as mercadorias listadas nas notas fiscais ou muito menos as notas fiscais em si, não podendo assim, a mesma ser punida pela não contabilização de documentos fiscais não recebidos. Por tais razões, diz que não há o que se falar em ausência de registro das notas fiscais, pois não restou provado pela autuação o recebimento das mercadorias e muito menos das notas fiscais indicadas na autuação, não podendo assim a Impugnante ser punida pelo não registro de notas fiscais que não recebeu.

Lembra que a finalidade pública da norma que comina penalidades ao contribuinte que deixa de cumprir com suas obrigações fiscais é a prevenção à sonegação (art. 58 da Lei 4.217), além do ressarcimento pelo prejuízo causado ao Tesouro Público.

Afirma que no caso específico, entretanto, as notas fiscais supostamente não escrituradas, não gerariam qualquer custo tributário para a Impugnante, não gerando assim, qualquer imposto a ser recolhido ao Fisco Estadual. Portanto, percebe-se claramente a regularidade da contabilidade da Impugnante, pois todos os impostos devidos foram destacados e pagos, não havendo qualquer prejuízo para o Estado da Bahia.

Assevera que a almejada exigência fiscal extrapola sua finalidade, é desproporcional em relação ao seu fim, pois não houve ação dolosa ou má fé da Impugnante, pois as notas fiscais não foram recebidas pela mesma, não podendo assim a empresa ser punida por não escriturar notas fiscais não recebidas. Entende que o Auto de Infração é exagerado. Sobre a matéria cita lição do mestre Hely Lopes Meirelles.

Entende ser absurda a cobrança de multa à razão de 1%, tendo como base o valor das mercadorias transportadas, pois na operação não havia qualquer imposto a ser pago. Conclui que o valor da penalidade é tão excessivo que mister se faz a sua caracterização como verdadeira hipótese de confisco, visto que transborda em muito o verdadeiro caráter de punição compatível com uma infração de natureza normal, passando a apresentar um enriquecimento ilícito por parte do Estado.

Sobre a inconstitucionalidade e confiscatoriedade na aplicação de multas, cita e reproduz doutrina e jurisprudência. Ressalta que existem numerosas decisões administrativas proferidas pelo Tribunal de Imposto e Taxas de São Paulo - TIT, segundo as quais, não havendo a ocorrência de fraude, dolo ou má-fé, a multa por descumprimento de obrigação sequer seria devida. Aduz que por qualquer ângulo que se examine a aplicação da multa em apreço, conclui-se pela total improcedência do presente Auto de Infração.

Requer que a ação fiscal seja julgada totalmente improcedente e o auto de lançamento contra si lavrado declarado insubsistente.

O autuante prestou informação fiscal fls.308/311. Transcreve a acusação fiscal. Diz que no mérito, o autuado sustenta ter havido um equívoco do autuante, e que não reconhece as NFe emitidas em seu nome e indicadas no Auto de Infração. Considera as notas ilegítimas, posto que não tem como atividade a armazenagem ou depósito de bens e sim o transporte rodoviário de cargas. Diz ainda, que ocorreu à revelia da impugnante a emissão das NFe constantes na infração, e que o registro não foi feito, em virtude de não ter recebido as referidas notas.

Sustenta que no que tange às argumentações academicistas apresentadas pelo querelante, inclusive sobre a suposta natureza confiscatória da multa, entende que não lhe cabe aqui combatê-las, posto não ser esse o foro adequado para a discussão. Portanto, irá se ater apenas às questões fáticas do auto de infração, reservando a esse Conselho, o mister de apreciar as interpretações subjetivas e doutrinárias.

Afirma que a alegação de cerceamento de defesa, sem qualquer embasamento técnico, parece já ter se tornado uma premissa obrigatória nas peças defensivas, como é o caso da ora apreciada, que reclama da falta de mais detalhes, mais dados, para uma melhor compreensão da infração, como se a simples falta de registro de documentos na escrita fiscal, não configurasse, por si só, uma infração formal, por descumprimento de obrigação acessória, prevista em lei. Ademais, aduz que a falta de registro de documentos fiscais, objeto da autuação em comento, não se apresenta como um possível erro de procedimento, haja vista que as omissões foram seletivas, observando-se notas fiscais que em alguns momentos eram lançadas, em outros não. Fato que, para o Fisco, torna-se inaceitável, mesmo em se tratando de mercadorias não sujeitas à tributação, uma vez que causa embaraços à fiscalização do Estado, principalmente no monitoramento das operações e prestações de outras empresas envolvidas no processo.

Explica que o que pode ser visto no levantamento fiscal, é a omissão de lançamentos de mercadorias de uma mesma empresa, contumaz tomadora de serviços da ora impugnante, a BONINA VEÍCULOS LTDA, CNPJ. 09.187.267/0001-04, que, pelo caráter continuado dos serviços prestados, deveria ser operações enquadradas no regime de substituição tributária, e no entanto não o era, uma vez que o recolhimento de ICMS sobre os serviços de transportes vinha sendo realizado pela empresa prestadora do serviço, a ora impugnante.

Quanto aos argumentos de desconhecimento das NFe emitidas em nome da empresa impugnante, por um cliente de peso, contumaz tomador da maioria dos seus serviços, não parece convincente

e suficiente para elidir uma autuação acerca de uma infração tão clara e assentada na legislação, como o é, a omissão de registros na escrita fiscal.

No tocante à multa pela falta de registro nos livros fiscais das entradas de mercadorias, entende que a lei não desobriga o contribuinte de fazer tais lançamentos, pelo simples fato de ter optado pelo regime de crédito presumido como forma de tributação. Nem tampouco, procura distinguir o caráter subjetivo da infração, se houve dolo ou culpa do agente, atendo-se apenas à materialidade do ato.

Explica que os benefícios mais usuais a que faz jus, pela referida opção, são à primeira vista, o cálculo diferenciado do tributo, com aproveitamento de crédito tributário no valor de 20% do total do imposto a ser recolhido, e a dispensa de pagamento do diferencial de alíquotas, decorrente das aquisições de bens, oriundos de outras unidades da Federação, para o seu ativo imobilizado.

Conclui que a defesa do autuado está desprovida de embasamento legal, não trazendo qualquer meio de prova ou fato novo que justifique uma revisão da infração lançada no presente PAF, muito menos qualquer outro argumento que ampare o infundado pedido de improcedência total do Auto de Infração.

Assevera que as alegações apresentadas carecem de sustentação técnica, não tendo, por si só, subsídios capazes de embasar a acusação feita de insubsistência da autuação, tendo quando muito, caráter protelatório, com visível finalidade de procrastinação do processo. Opina pela procedência integral do Auto de Infração que foi lavrado na forma da lei, contra as irregularidades fiscais praticadas pelo contribuinte.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário no valor de R\$152.349,68, em razão de o contribuinte ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das notas fiscais não registradas.

O defendente argui nulidade por cerceamento de defesa dizendo que o lançamento fiscal deverá descrever a infração cometida, fornecendo elementos para que ao examinar a acusação se perceba qual o procedimento correto e legal que deveria ter sido adotado. Disse que o Agente Estadual desobedeceu a norma contida na legislação vigente, por não ter apresentado as circunstâncias inerentes aos fatos, cerceando seu direito de defesa.

Da análise do Auto de Infração, depreende-se que não há razão para prosperar essa preliminar de nulidade, pois o ilícito fiscal imputado ao autuado foi descrito de forma clara e precisa: "*Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal*". Complementando essa descrição, o autuante elaborou um demonstrativo detalhando a apuração do crédito tributário lançado. Nesse demonstrativo fls.16/28, do qual o autuado recebeu cópia, constam, dentre outras informações, o número do documento fiscal, a chave de acesso de cada nota fiscal, o valor contábil de cada operação, e o percentual da multa aplicada prevista na Lei, em função da irregularidade constatada. Como prova da falta de escrituração das referidas notas fiscais, o auditor teve o cuidado de acostar ao processo fotocópia dos livros de Entradas fls. 29/37 e copia livro entradas EFD 2013 fls. 83/89.

Ademais, da simples leitura da defesa constata-se que o defendente compreendeu perfeitamente do que está sendo acusado citando expressamente quando adentrou ao mérito, que não procedeu à escrituração por não ter recebido aqueles documentos fiscais.

Dessa forma, afastado essa primeira preliminar de nulidade, pois, ao contrário do sustentado na defesa, a descrição da infração apurada é clara e precisa, permitindo que o sujeito passivo entenda do que está sendo acusado e exerça o seu direito de defesa sem qualquer cerceamento.

O defendente sustentou que precisava saber qual seria o procedimento correto, sob a ótica do fiscal, para aí então se defender, a fim de fazer prevalecer a defesa ou até mesmo reconhecer a infração.

O Auto de Infração (fl.1) trata do lançamento de ofício de uma única infração. A própria descrição da irregularidade apurada, não deixa margem a qualquer dúvida de qual seria o procedimento correto a ser adotado pelo contribuinte: registrar os documentos fiscais em sua escrituração fiscal. Assim, também afastou essa preliminar de nulidade.

Reitero que a descrição da infração permite, claramente, identificar do que está sendo acusado o contribuinte, inexistindo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

No mérito o autuado concentrou sua defesa na negativa do cometimento da infração. Argumentou que as notas fiscais relacionadas eram de simples remessa para armazenagem ou depósito, sem tributação, que não reconhecia a validade das notas fiscais emitidas para esta finalidade e indicadas no auto de infração, pois ao invés de receber as referidas mercadorias para depósito ou armazenagem, recebeu-as para transporte, emitindo assim, o respectivo conhecimento rodoviário de cargas.

Alegou ainda, que a emissão das notas fiscais teria ocorrido à sua revelia, que por ser de simples remessa, sem tributação ou encargo, não teria qualquer benefício econômico ao não registrá-las na sua contabilidade.

Analisando os elementos que compõem o PAF constato que os documentos que sustentam a autuação são notas fiscais eletrônicas.

Como é sabido, o Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) gerou a obrigatoriedade da Escrituração Fiscal Digital para algumas empresas, desobrigando-as da escrituração dos livros fiscais e transmissão dos arquivos magnéticos SINTEGRA. A Escrituração Fiscal Digital - EFD é um arquivo digital, que se constitui em um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades Federadas bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. Este arquivo deverá ser assinado digitalmente e transmitido, via Internet, ao ambiente SPED sendo submetido à importação e validação pelo Programa Validador e Assinador (PVA) fornecido pelo SPED e transmitido para a base de dados dos entes tributantes em cujo cadastro a empresa é inscrita.

No presente caso, a acusação fiscal está lastreada em documentos fiscais que sustentam operações realizadas pela empresa autuada, junto a empresas localizadas em diversos Estados membros da Federação, através de notas fiscais eletrônicas, autorizadas pelas Secretarias de Fazenda de origem das mesmas, conforme respectivas chaves de acesso, códigos de segurança e protocolos de autorização de uso, sendo as mesmas legítimas e idôneas. Não consta dos referidos arquivos qualquer restrição ou cancelamento das mesmas. Também não foi trazida aos autos a prova de que o próprio remetente das citadas mercadorias fez a emissão de notas fiscais de entrada das mesmas, como retorno ao seu estabelecimento conforme alegação defensiva.

Ressalto que em relação às notas fiscais de que cuida esta infração constam nos respectivos demonstrativos os números das chaves de acesso, permitindo ao sujeito passivo identificar o conteúdo dos documentos fiscais. Portanto, em relação a estas notas fiscais não há necessidade do Fisco investigar se as respectivas operações ocorreram, pois a jurisprudência do CONSEF considera que as notas fiscais eletrônicas servem como elemento de prova das aludidas operações.

Destaco que nitidamente se infere da leitura do inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a seguir transcrito, a inexistência de qualquer excepcionalidade ou atenuante para as entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal de mercadorias adquiridas sem tributação

ou com a fase de tributação encerrada, não havendo qualquer ressalva para a natureza da operação.

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;

O defendente apensou aos autos, cópias do livro Registro de Entradas fls.142/146, com a pretensão de comprovar ter escriturado algumas notas fiscais constantes no levantamento fiscal, posteriormente, em 2014.

Esta pretensão não pode ser acolhida, considerando que o autuado possui obrigatoriedade de Escrituração Fiscal Digital - EFD, portanto ajustes realizados em livros físicos, diferentes daqueles apresentados ao fisco quando da intimação fiscal, não podem ser aceitos.

Depois de examinar as peças que compõem o presente Auto de Infração, constato que restou evidenciado que o sujeito passivo, efetivamente, não escriturou as operações de entradas discriminadas nos demonstrativos de apuração elaborados pelo autuante. Ficou também patente nos autos, a inexistência de qualquer inconsistência com relação ao levantamento fiscal que embasou o lançamento.

Observo que o auto de infração ora em discussão trata do descumprimento de obrigação acessória, dever instrumental de “fazer” a cargo do sujeito passivo, no interesse da fiscalização. O seu desatendimento cria embaraço no exame da tributação do próprio autuado e na implementação das políticas fiscais.

O defendente alegou que no presente caso, a multa aplicada extrapola sua finalidade, é desproporcional em relação ao seu fim, é abusiva e confiscatória, pois não houve ação dolosa ou má fé da Impugnante. Frisou ainda, que a falta de escrituração de notas fiscais sem tributação não causou qualquer prejuízo ao Erário estadual.

Não acolho esta alegação do autuado, tendo em vista que não se pode assegurar de forma inequívoca esta asserção. Ao preconizar a exigência de registro na escrita fiscal de toda e qualquer entrada no estabelecimento culminando com a sanção através da multa de 1%, entendo que a pretensão da legislação é de se manter o controle de todo o fluxo e movimentação das entradas no estabelecimento, de mercadorias ou bens, desde o ingresso até as saídas. Portanto, mesmo as mercadorias, originalmente ingressadas no estabelecimento não destinadas à comercialização, não se pode garantir a manutenção dessa finalidade pelo estabelecimento sem um controle sistemático de suas entradas e saídas.

Ademais, somente a aplicação de um roteiro específico de auditoria poderia aquilatar se a falta de registro das notas fiscais em comento teria causado, ou não, qualquer prejuízo ao erário estadual. Saliento que o roteiro aplicado na presente ação fiscal destinou-se, tão-somente, à apuração do efetivo registro na escrita fiscal de operações realizadas pelo contribuinte.

Do mesmo modo, entendo que a falta de intenção deliberada e de não ter agido com má fé no procedimento que resultou na omissão de escrituração no livro fiscal, ora em lide, a ausência de dolo, como quis aduzir o sujeito passivo em sua impugnação, não tem o condão de isentá-lo do cometimento da infração.

Ante ao exposto, 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 281105.1246/15-2, lavrado contra

TRANSILVA TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$152.349,68**, prevista no inciso XI do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR