

A. I. N° - 269190.0106/16-9
AUTUADO - WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTES - SÉRGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 24.03.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0021-04/17

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOR – ERRO APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA. VENDA INTERESTADUAL A NÃO CONTRIBUINTE UTILIZAÇÃO DE ALÍQ. INTERESTADUAL. A multa é fruto de determinação legal e foge da competência desta Junta de Julgamento Fiscal. Defesa não impugnou a acusação fiscal. Infração subsistente. 2. ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL. NÃO RECOLHIMENTO. A multa é fruto de determinação legal e foge da competência desta Junta de Julgamento Fiscal. Descabimento da arguição da inversão do ônus da prova. Infração subsistente. 3. ENTRADA NÃO ESCRITURADA. MERCADORIA NÃO TRIBUTADA. A multa é fruto de determinação legal e foge da competência desta Junta de Julgamento Fiscal. Comprovada escrituração de duas notas fiscais. Infração elidida parcialmente. 4. ENTRADA NÃO ESCRITURADA. MERCADORIA TRIBUTADA. A multa é fruto de determinação legal e foge da competência desta Junta de Julgamento Fiscal. Desconsiderada alegação quanto a escrituração parcial. Comprovado que se deu após o início da ação fiscal. 5. OPERAÇÃO DE SAÍDA NÃO ESCRITURADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. MERCADORIA TRIBUTADA. A multa é fruto de determinação legal e foge da competência desta Junta de Julgamento Fiscal. Comprovada a escrituração de uma nota fiscal. Infração elidida parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE. EM PARTE.** Decisão Unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 22/06/2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$235.447,55, bem como aplicação de multa de R\$105.507,51 pela constatação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Recolhimento a Menor – Venda Interestadual a Não Contribuinte do ICMS Utilizando Alíquota Interestadual. - Valor Histórico de R\$44.965,71;

INFRAÇÃO 2 – Deixou de Recolher ICMS Antecipação Parcial – Mercadorias Adquiridas para Comercialização- Valor Histórico de R\$122.801,19;

INFRAÇÃO 3 – Entrada de Mercadoria Sujeita a Tributação Sem o Devido Registro na Escrita Fiscal - Valor Histórico de R\$2.841,91;

INFRAÇÃO 4 – Entrada de Mercadoria Não Sujeita a Tributação Sem o Devido Registro na Escrita Fiscal - Valor Histórico de R\$59.991,21;

INFRAÇÃO 5 – Deixou de Recolher ICMS Referente a Operações Não Escrituradas Nos Livros Fiscais Próprios. NF-es de Saída Não Escrituradas - Valor Histórico de R\$4.847,53.

De início a defesa discorre pela tempestividade da peça de impugnação e aduz em seguida acerca da atividade da Impugnante e do seu histórico com relação à lisura no trato de suas obrigações

tributárias.

Quanto à infração 1 a defesa contesta a multa aplicada de 60%, a qual considerou confiscatória, e informa que tratará esta questão de forma mais aprofundada no item IV da Impugnação.

Em relação à infração 2 destaca que no lançamento fiscal, o Autuante entendeu que a Impugnante deveria ter recolhido o ICMS parcial antecipado, uma vez que, conforme menciona na descrição dos fatos da peça acusatória a Autuada “*não comprovou que não se tratam de produtos para revenda.*”

Por este motivo, assevera que o Agente fiscal subverteu o ônus da prova, posto que, no seu ponto de vista, caso o Autuante entenda que parte ou todos os produtos que tiveram entrada são destinados à revenda, deveria este tê-lo comprovado, sob pena de impor a Impugnante o impossível ônus da prova negativa.

De referência à infração 3 afirma a defesa que algumas das notas fiscais indicadas foram devidamente escrituradas, e exemplifica indicando as Notas Fiscais nºs 4.166.878 e 2.714.243, escrituradas respectivamente em 13/03/2014 e 01/01/2015, conforme diz atestar os registros anexos (DOC. 03), o qual transcreve em seu texto. E conclui, por isto, que nenhuma multa deve recair sobre elas.

Assevera ainda, quanto à infração 3, que no que tange à aplicação da multa, a Impugnante demonstrará no capítulo V desta Impugnação a impossibilidade da sua aplicação com base no valor da operação.

Relativamente à infração 4 a defesa esclarece que como ocorrido com as notas fiscais indicadas no item anterior, a escrituração das notas fiscais elencadas na infração 4 estão sendo buscadas pela Impugnante, e serão demonstradas nos autos assim que localizadas em prestígio ao princípio da verdade material.

E acrescenta que algumas das notas fiscais indicadas foram devidamente escrituradas, como é o caso da Nota Fiscal nº 9.435, que foi devidamente escriturada em 02/06/2016, conforme comprova o registro anexo (DOC. 04), o qual demonstra no texto.

No que tange à infração 5, afirma haver duas peculiaridades as quais devem ser observadas. Aduz que primeira delas é a escrituração da Nota Fiscal nº 996, de maneira extemporânea, ocorrida em 02/01/2015, conforme atestam os registros anexos (DOC. 05), afirmando que a mesma foi devidamente computada e ICMS devido foi recolhido no mês de janeiro de 2015.

A segunda se refere à Nota Fiscal nº 41744, sobre a qual afirma que o recolhimento do ICMS foi realizado mediante lançamento contábil na coluna “outras despesas” no próprio mês de competência da Nota, qual seja, janeiro de 2014. E remete a análise probatória para o livro Registro de Apuração do ICMS (DOC. 06), o qual transcreve em seu texto.

E conclui, afirmando haver comprovado que não procede a exigência do ICMS nem tampouco da multa com relação as Nota Fiscais nºs 955 e 41.744, uma vez que houve a comprovação do correto recolhimento do ICMS.

Encerrando as argumentações de cunho material acerca das infrações imputadas à Impugnante, a defesa passa a discorrer sobre as multas aplicadas sob o aspecto da confiscatoriedade, quanto às multas aplicadas em relação às infrações 1, 2 e 5 e acerca de arguição de ilegalidade em face das multas aplicadas no contexto das infrações 3, 4, tendo em vista que estas últimas referem-se ao descumprimento de obrigação acessória e foi calculado com base em percentual do valor da operação, o que afirma não ser possível admitir. Neste sentido, apresenta farta orientação doutrinária e jurisprudencial.

Os Autuantes, no tocante à infração 1, destacam que a defesa apresentou discordância exclusivamente com relação a multa aplicada de 60%, e que não apresenta qualquer prova que desconstitua a materialidade da infração em questão, e afirmam que a mesma encontra-se perfeitamente caracterizada e comprovada conforme cópias de notas fiscais e arquivos

eletrônicos devidamente autenticados e anexados ao presente PAF. Acrescentam, ainda, que os percentuais de multa aplicados estão previstos na Lei nº 7.014/96, não cabendo aos prepostos fiscais outra medida que não a sua estrita aplicação.

Se referindo à infração 2, inicialmente, informam que a defesa voltou a incorrer no mesmo equívoco que já havia sido apurado na fiscalização anterior, que resultou no auto de infração nº 269190.0112/14-1. Afirmam que a infração 2 daquele processo trata, exatamente, da mesma irregularidade, cometida com as mesmas mercadorias em exercícios seguintes.

Asseveram que a infração correlata no PAF indicado acima, foi reconhecida e paga conforme ementa do ACÓRDÃO JJF Nº 0021-05/16 do CONSEF, 5ª Junta de Julgamento Fiscal, o qual transcreve e repito a seguir: “ ... 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. *Infração não impugnada. Exigência fiscal extinta posteriormente através de pagamento ...* ”.

Destacam que em vista de todas as provas apresentadas pela fiscalização “*por meio de notas fiscais, planilhas, arquivos eletrônicos, Escrituração Fiscal e todas as demais peças integrantes do presente processo, restou completamente vazia a argumentação do Requerente, quando afirma, à fl. 90, que: ‘ ... caso entenda que parte ou todos os produtos que tiveram entrada são destinados à revenda, deveria o agente fiscal tê-lo comprovado, sob pena de impor à Impugnante o impossível ônus da prova negativa’*”.

E concluem em relação a infração 2 que o Contribuinte não apresentou qualquer prova ou evidência que possa macular a acusação fiscal.

Com relação as alegações da defesa em referência à infração 3, especificamente quanto às Notas Fiscais nºs 4.166.878 e 2.714.243, informam os Autuantes que, após análise dos arquivos eletrônicos da EFD, bem como das notas fiscais eletrônicas que são parte integrante do Auto de Infração, concordam com a exclusão destas duas notas fiscais do rol daquelas integrantes do ANEXO 3.

Todavia, acrescentam, que “*Com relação a todas as demais 26 notas integrantes da infração 3, o que se verifica, de fato, é que o Contribuinte não nega que tenha deixado de efetuar o devido registro das notas fiscais de entrada no livro fiscal próprio, e, para esta infração, a legislação é muito clara quando prevê a sansão do Art. 42, IX, da Lei Estadual 7.014/96.*”

E sendo assim, autorizam a revisão do ANEXO 03 da infração 3, com a retirada das Notas Fiscais de nºs 4.166.878 e 2.714.243, reduzindo o valor histórico autuado com a exclusão dos débitos referentes fevereiro/2014 - R\$71,99 e dezembro/2014 em R\$388,88.

Referindo-se à infração 4, asseveram que a despeito da defesa sugerir à fl. 93 a possibilidade de existirem outras notas fiscais objeto da exação fiscal escriturada, tal qual a que apresentam, a única nota fiscal contestada pelo Contribuinte com apresentação de cópia do registro da Escrituração Fiscal foi a de nº 9.435. Afirmam, entretanto, que: “*O documento em questão foi emitido em 13/10/2014 e somente foi registrado quase dois anos depois, em junho de 2016, após o início da ação fiscal. Logo, o procedimento retificador da conduta irregular, neste caso, não pode afastar a incidência da multa corretamente aplicada pela fiscalização.*”. E acrescentam que: “*conforme se comprova pela documentação acostada às fls. 10 a 12 deste processo, a ação fiscal teve início em 05/04/2016, não podendo ser acatado o registro desta nota fiscal após tal data.*”

Concluem que o Autuado não apresentou qualquer prova com poder para desconstituir a infração 4, a qual entendem os Autuantes encontrar-se perfeitamente caracterizada e comprovada conforme cópias de notas fiscais e arquivos eletrônicos devidamente autenticados e anexados ao presente PAF. E decidem por manter integralmente os termos da infração 4 do presente auto de infração.

Tratando da infração 5 alçada do demonstrativo ANEXO 05 que se encontra à fl. 58 do presente processo, que lista as 5 notas fiscais de saída que integram esta infração, os Autuantes esclarecem que a Nota Fiscal nº 996 foi lançada no mês de janeiro/2015 e a de nº 41747 teve seu débito lançado diretamente no livro de apuração do ICMS a título de "Outros Débitos" e que após análise dos

livros fiscais e das informações trazidas ao processo às fls. 94 e 95, a fiscalização concorda com a exclusão destas duas notas fiscais do referido demonstrativo. Mantendo, todavia, a infração com relação às outras 3 notas integrantes da infração 5.

Concluindo, desta forma que: *“Portanto, diante da defesa apresentada, fica revisado o demonstrativo ANEXO 05 da infração 5, com a retirada das Notas Fiscais de nºs 996 e 41747, reduzindo o valor histórico autuado com a exclusão dos débitos referentes janeiro/2014 - R\$1.553,77 e dezembro/2014 - R\$355,28. Demais meses permanecem sem alteração.”*

Passando a discorrer sobre os capítulos da defesa em que são questionadas as multas aplicadas, os Autuantes aduzem que a multa foi definida por Lei, não cabendo ao Autuante se manifestar em relação a aspecto ligado a confisco.

Acrescentam ainda que não concordam que a falta de escrituração não haja provocado prejuízo para o fisco, posto que se trata de um risco de eminente prejuízo decorrente das futuras operações de saída com mercadorias sujeitas a tributação que não foram registradas na movimentação do estoque do Contribuinte. Concluindo, afirmam: *“É claro que a falta de registro de nota fiscal pode, SIM, acarretar dano ao Erário, já que a falta de controle na entrada repercute na possibilidade de saída sem emissão de nota fiscal.”*. Citam ainda, julgado do CONSEF que entendem corroborar com seu entendimento.

Ao final pedem que o presente Auto de Infração seja julgado integralmente procedente em relação às infrações 1, 2 e 4, e parcialmente procedente em relação às infrações 3 e 5, passando a considerar as revisões nas respectivas planilhas ANEXO 03 e ANEXO 05, que reduzem os seus valores históricos.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Em relação aos questionamentos em relativos às multas aplicadas, devo esclarecer que a redução da multa das infrações decorrentes de obrigações acessórias estaria facultado a esta Junta de Julgamento Fiscal proceder a reavaliação, contudo não verifico nos autos os requisitos previstos na legislação que justificariam tal expediente. Já quanto as multa decorrentes de obrigação principal, como aquelas exigidas nas infrações 1, 2 e 4, não são tema de competência desta Junta de Julgamento Fiscal, e por este motivo não será apreciada.

Desta forma, considerando que quanto à infração 1 a defesa apenas contesta a multa aplicada de 60%, a qual considerou confiscatória, voto pela sua procedência integralmente.

Adentrando à análise da infração 2, devo externar que discordo da argumentação defensiva quanto a inversão do ônus da prova, neste caso específico, pois as particularidades referentes a atividade da Impugnante é de total domínio desta, sendo assim, ninguém seria mais apropriado para justificar os motivos pelos quais adquire seus produtos do que ela própria, portanto, se se negou a informar tais motivos, e se tratam de produtos inerentes a sua atividade comercial, nada mais coerente do que o entendimento levado a efeito pelos Autuantes, considerá-las como mercadorias para revenda e exigir-lhe a devida antecipação parcial. Neste caso, voto pela procedência integral da infração 2.

De referência à infração 3, tendo afirmado a defesa que algumas das notas fiscais indicadas foram devidamente escrituradas, conforme exemplifica indicando as Notas Fiscais nºs 4.166.878 e 2.714.243, escrituradas respectivamente em 13/03/2014 e 01/01/2015, e considerando que os Autuantes aquiesceram, voto pela procedência parcial da infração 3, e pela consequente revisão do ANEXO 03 da infração 3, com a retirada das Notas Fiscais e respectivos débitos referentes

fevereiro/2014 - R\$71,99 e dezembro/2014 em R\$388,88, devendo o respectivo débito passar a vigorar com o valor de R\$2.381,04.

Relativamente à infração 4, a despeito da defesa comprovar que a Nota Fiscal nº 9.435, foi devidamente escriturada em 02/06/2016, comungo do opinativo dos Autuantes quanto a desconsiderar tal escrituração, posto que o documento em questão foi emitido em 13/10/2014 e somente foi registrado quase dois anos depois, em junho de 2016, após o início da ação fiscal. Portanto, tendo em vista que nem mesmo uma denúncia espontânea poderia ser considerada após o início da ação fiscal, voto pela procedência integral da infração 4.

No que tange à infração 5, tendo verificado que a Nota Fiscal nº 996 foi lançada no mês de janeiro/2015 e a de nº 41.747 teve seu débito lançado diretamente no livro de apuração do ICMS a título de "Outros Débitos" e que após análise dos livros fiscais e das informações trazidas ao processo às fls. 94 e 95, a fiscalização concorda com a exclusão destas duas notas fiscais do referido demonstrativo, voto pela procedência parcial desta infração devendo o respectivo débito sofrer redução do valor histórico autuado com a exclusão dos débitos referentes janeiro/2014 no valor de R\$1.553,77 e dezembro/2014 no valor de R\$355,28. Passando a vigorar com o valor de R\$2.938,48. Devendo os demais meses permanecerem sem alteração.

Destarte, voto pela procedência parcial do presente Auto de Infração, aquiescendo com a redução do débito total de R\$235.447,55 para R\$233.077,63.

INFRAÇÕES	MULTA	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	RESULTADO
01 – 03.02.07	60%	44.965,71	44.965,71	PROCEDENTE
02 – 07.15.01	60%	122.801,19	122.801,19	PROCEDENTE
03 – 16.01.01	-----	2.841,91	2.381,04	PROCEDENTE EM PARTE
04 – 16.01.02	-----	59.991,21	59.991,21	PROCEDENTE
05 – 02.01.02	100%	4.847,53	2.938,48	PROCEDENTE EM PARTE
		235.447,55	233.077,63	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269190.0106/16-9, lavrado contra a empresa **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$170.705,38**, acrescido das multas de 60% sobre R\$167.766,90, 100% sobre R\$2.938,48, previstas no art. 42, II, alíneas “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$62.372,25**, prevista no art. 42, incisos IX e XI, reduzida em obediência à Lei nº 13.461/2015, c/c a alínea “c”, II, do art. 106 da Lei nº 5.172/66, com os acréscimos moratórios, previstos pela Lei nº 8.937/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2017.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA