

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

4^a 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 eminent 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 permanecem 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