

A. I. N° - 232879.0001/13-6
AUTUADO - TRUST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE REFRIGERANTES LTDA. - EPP
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS RODRIGUES DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.01.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0167-02/17

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Revisão efetuada na informação fiscal constatou a inexistência de parte do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. IMPOSTO RETIDO NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Frente à prova trazida em sede de defesa, com acolhimento parcial, a infração é procedente em parte. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor de cada nota fiscal não registrada. Retificação de ofício da multa aplicada, de 10% para 1%, diante do fato da redação do Inciso IX do artigo 42 da Lei 7.014/96, alterado pela Lei 13.461/15, que passou a produzir efeitos a partir de 11 de dezembro de 2015, a qual determinou a imposição de multa no percentual de 1% sobre o valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou por ele utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, atendendo tal retificação ao disposto no artigo 106 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que a lei aplica-se a ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Infração procedente em parte. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Os argumentos defensivos trazidos pela empresa não conseguem elidir a autuação. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Acolhida a prejudicial de decadência para a infração 02. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 27 de dezembro de 2013 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$130.474,54, bem como as respectivas multas, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01: 02.01.01. Deixou de Recolher ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios no valor de R\$53.932,89, fato verificado nos meses de janeiro a março e novembro de 2008, janeiro, junho outubro e dezembro de 2009, sendo proposta multa de 50%;

Infração 02: 03.01.01. Recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS no montante

de R\$ 1.707,74, além da multa de 60%, ocorrência verificada nos meses de agosto e outubro de 2008;

Infração 03: 07.02.01. Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, no total R\$59.783,19, bem como multa de 150%, fato constatado nos meses de fevereiro e novembro de 2008, janeiro, março, junho, outubro a dezembro de 2009;

Infração 04: 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo cominada multa por descumprimento de obrigação acessória, no percentual de 10%, importando a mesma em R\$ 13.930,06, aplicada nos meses de janeiro, fevereiro, abril a julho, setembro e dezembro de 2008, janeiro e dezembro de 2009;

Infração 05: 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, no percentual de 1% sobre o valor das entradas, totalizando R\$ 1.120,66, nos meses de janeiro a março, maio e dezembro de 2008, janeiro e novembro de 2009.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 80 a 86, onde argüi em sua defesa, que não concorda com o mesmo, com base nos fatos que passa a destacar.

Inicialmente, entende ter ocorrido decadência do ano de 2008, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2013, porém conforme atesta o A.R. dos Correios, o mesmo foi postado na agência de Feira de Santana em 03/01/2014, às 15:56 h., e o contribuinte só teve ciência do mesmo em 10/01/2014, consoante documento que apensa, o que leva à conclusão de que todo lançamento tributário compreendido entre janeiro a dezembro de 2008, está alcançado pela decadência tributária, sendo causa extintiva do crédito tributário, consistindo na perda do direito da Fazenda Pública de constituir o lançamento caso seja descumprido o prazo legalmente estabelecido. A efetiva notificação ao sujeito passivo ocorreu depois de decorrido o referido prazo, configurando-se a caducidade do lançamento, face ao instituto da decadência.

Ressalta que a decadência tem previsão legal no artigo 156, V do Código Tributário Nacional – CTN, como causa extintiva do crédito tributário e consiste na perda do direito, pelo seu titular, por inércia do ente tributante, de não exigir o crédito tributário, dentro do prazo legalmente estabelecido, obstaculizando e impedindo a Fazenda Pública de reclamar o pagamento do tributo, conforme estabelece o artigo 173, I e parágrafo único, do CTN, transrito.

Neste sentido, observa que o direito a que se refere tal artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Neste sentido, verifica que o direito de constituir o crédito tributário referente ao exercício de 2008 ainda não estava extinto à época do lançamento, no entanto, a ciência ao sujeito passivo da obrigação tributária, só se materializou em 10 de janeiro de 2014 com a notificação do PAF nº 232879.0001/13-6 com data de postagem em 03/01/2014, quando este não mais detinha o poder de manter o Crédito Tributário, pois já havia expirado o prazo para cumprimento do direito de cobrança deste em 31 de dezembro de 2013. Diante de tais considerações, entende demonstrada a caducidade do crédito tributário, vez que se constatou haver expirado o prazo para sua constituição regulamentar.

No tocante às infrações 04 e 05, frisa que o Fisco apresenta anexos/demonstrativos ao Auto de Infração de notas fiscais de compras ausentes nos lançamentos dos livros fiscais, mas que este fato tributário para ser constituído teria que estar acompanhado de provas materiais produzidas neste procedimento fiscal, pois a verdade para o direito é a manifestação da prova convincente, que está ausente na fiscalização, o que torna nulas estas infrações, baseado no artigo 18, inciso IV, alínea "a", do RPAF/99, igualmente transrito.

Suscita, ainda, a nulidade do lançamento, pelo fato de estar destituído do demonstrativo que lhe deu origem, onde se verifica que as infrações não trazem prova material para lançamento do crédito tributário, apenas demonstrativos, os dispositivos legais não se coadunam com o relato da infração que não contém a perfeita caracterização da matéria tributável de modo que se possa determinar com segurança a infração e o infrator.

Aborda, a seguir, o que denomina "fundamentação jurídica", iniciando pela infração 01, a qual afirma insubsistente, vez que alcançada pela decadência do período de apuração do ano de 2008 e no ano de 2009, faltou ao autuante considerar os parcelamentos realizados pela empresa, conforme documentos que anexa, bem como os DAE's de recolhimento dos mesmos.

Para a infração 02, a entende insubsistente, alcançada pela decadência, pois trata-se de fato gerador do ano de 2008.

Já para a infração 03, observa que os fatos geradores de 2008, estão alcançados pela decadência, e os fatos geradores de 2009, faltou ao autuante imputar os valores dos processos de parcelamentos, conforme documentos trazidos ao feito.

De relação às Infrações 04 e 05, observa que anexo aos autos constam demonstrativos, não tendo sido entregue ao contribuinte a prova material, ou seja, as notas fiscais que pudessem evidenciar a cobrança da penalidade, ficando assim nula a mesma, conforme preceitua o artigo 18 do RPAF, inciso IV, alínea "a", além do que todos os fatos geradores do ano de 2008, já estão decadentes.

Porém, caso este Conselho não acate esta nulidade, solicita a redução da Penalidade de 10%, para 1%, para a infração 04 e a anulação da infração 05, uma vez que é primária neste tipo de irregularidade, baseado no artigo 915 do RICMS, que relata que as multas poderão ser reduzidas e/ou canceladas desde que fique provado que não houve dolo, má fé ou simulação que implique na falta de recolhimento do ICMS.

Indica que se for observado sua conta corrente fiscal fica já caracterizada tal solicitação/pedido, dada a regularidade mensal dos seus recolhimentos de ICMS, ao tempo que apesar de não encontrado as notas fiscais constantes neste item a mesma não aproveitou quaisquer créditos de ICMS contido nos documentos fiscais em questão.

Finaliza, requerendo que seja conhecida e processada a presente Impugnação pela competente Câmara de Julgamento deste CONSEF, objetivando o provimento do seu pedido, no sentido de reconhecer a improcedência e/ou nulidade do Auto de Infração, com remessa deste à PROFIS, para após análise, sugerir a nulidade, dentro das premissas constantes no mesmo.

Informação fiscal prestada à fl. 115 pelo autuante argumenta que a defesa apresentada, por seu teor ali contido, tem o objetivo de desviar a atenção do que realmente é importante e deve ser examinado, uma vez que, os fatos relatados no Auto de Infração em destaque, são bastante claros e encontram sustentação em sua escrita fiscal, nos documentos acostados ao processo e nos registros existentes na SEFAZ.

Destaca a comprovação de pagamento, via parcelamentos 6987109 e 10096086, dos valores consignados no lançamento, pedindo que sejam excluídos do débito nele constante:

Na infração 01, os valores referentes aos meses de fevereiro e março de 2008, janeiro, junho, outubro e dezembro de 2009;

Na infração 03, os valores relativos aos meses de janeiro, março, junho, outubro, novembro e dezembro de 2009.

Informa, ainda, que, só foi possível entregar cópia do Auto de Infração por Aviso de Recebimento dos Correios, pois, os responsáveis pela empresa, segundo registro existente na SEFAZ, não residem na cidade de Feira de Santana e não foram encontrados no estabelecimento autuado.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado parcialmente procedente, acatando-se a alegação defensiva.

Em 25 de abril de 2014, o feito foi convertido em diligência ao autuante (fls. 119 e 120), a fim de que fossem elaborados demonstrativos analíticos das infrações, com indicação dos documentos que os compõem, bem como apensar cópias dos livros fiscais e documentos outros que viessem a comprovar a infração, cientificando o autuado do seu resultado, entregando-lhe cópia do resultado da diligência e demais elementos e documentos nela constante, e reabrindo-lhe prazo de trinta dias para apresentação de nova defesa, o que resultou no documento de fls. 122 e 123, no qual o próprio autuante esclarece que na fl. 115 dos autos, já havia reconhecido comprovação do pagamento pela autuada, de parte do reclamado na infração 01, remanescendo os débitos relativos aos meses de janeiro e novembro de 2008, apensando cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS, vez tratar-se de imposto lançado e não recolhido, conforme documentos de fls. 124 a 126.

Para a infração 02, informa que após confrontar o valor recolhido com o saldo devedor apurado no livro Registro de Apuração do ICMS, excluiu as infrações correspondentes aos meses de agosto e outubro de 2008, na forma comprovada às fls. 127 a 129.

Quanto à infração 03, tendo acolhido parcialmente os argumentos defensivos, remanesce o débito dos meses de fevereiro e novembro de 2008, de acordo com os documentos de fls. 126 e 130 dos autos.

Nas infrações 04 e 05, anexa cópia do livro Registro de Entradas de Mercadorias, comprovando a falta de registro das notas fiscais apensadas na oportunidade (fls. 131 a 157).

Finaliza, pedindo o julgamento do lançamento como procedente, com as correções propostas pela empresa e por ele acolhidas.

Tendo o processo retornado a este Conselho, sem que fosse dada a necessária ciência ao contribuinte autuado do teor da diligência, seu resultado, e cópia dos documentos acostados, mais uma vez o feito foi convertido em diligência para tal fim (fl. 165 e 166), o que resultou na realização de tais atos, bem como a reabertura de prazo de trinta dias para apresentação de nova defesa.

Devidamente intimado, o sujeito passivo manifesta-se (fls. 169 e 170), reiterando os termos da defesa anteriormente apresentada, especialmente a questão da decadência.

Em nova intervenção, o autuante (fls. 172 e 173) também reafirma os termos de sua manifestação anterior.

Julgado, o feito em 04 de dezembro de 2014, a decisão (Acórdão JJF 0240/05-14) foi pela procedência parcial do lançamento (fls. 180 a 189), ensejando a apresentação de Recurso Voluntário (fls. 199 a 202), o qual foi provido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal através do Acórdão CJF 0173/12-15 (fls. 214 a 220), o qual anulou a decisão de primeiro grau, remetendo-o para novo julgamento.

Em atenção a tal decisão, houve solicitação de diligência à Inspetoria de origem, a fim de que fossem entregues ao contribuinte cópias dos documentos de fls. 32 a 75 (fl. 231), tendo, em 12 de agosto de 2015, sido protocolado documento denominado “Recurso Voluntário Complementar ao Acórdão CJF 0173/12-15” (fls. 234 a 237), no qual, a empresa autuada basicamente repete os argumentos já postos anteriormente, especialmente em relação à infração 01, no qual afirma inexistir demonstrativo claro que justificasse o saldo a recolher, motivo pelo qual entende a mesma nula.

Quanto às infrações 04 e 05, assevera que as mesmas não trouxeram prejuízo à Fazenda Pública, vez não ter se apropriado dos créditos fiscais. Além de persistir no argumento de decadência, para os fatos ocorridos em 2008, reiterando o pedido para redução da multa na infração 04, e anulação da infração 05, por ser primária neste tipo de irregularidade.

Solicita, ainda, o envio do feito à Procuradoria Geral do Estado, a fim de que a mesma ratifique as suas solicitações, no sentido de reformar a decisão dos valores mantidos após o primeiro julgamento.

Requer, finalmente, o reconhecimento da decadência para o exercício de 2008, o acatamento integral do voto da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, bem como a anulação das ocorrências e fatos geradores do ano de 2009, por cerceamento de defesa, além das divergências ocorridas no voto de primeiro grau.

Em atendimento à diligência solicitada, a Inspetoria de Feira de Santana efetuou a devida intimação ao sujeito passivo (fls. 244 e 245), inclusive, quanto a reabertura de prazo de sessenta dias para defesa, não tendo o sujeito passivo se manifestado.

Desta forma, o feito foi dado como instruído e julgado procedente em parte, através do Acórdão 0119-01/16 (fls. 250 a 253v), sendo o contribuinte cientificado do teor da decisão, e adentrado com Recurso Voluntário (fl. 261), no qual afirma acatar a decisão quanto às infrações 02, 04 e 05, todavia, reforça a tese de nulidade das infrações 01 e 03, por falha da fiscalização.

Levado a julgamento pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, a decisão, contida no Acórdão CJF 0273-12/17 foi no sentido de que algumas infrações não foram apreciadas no voto de primeira instância, o que causa estranheza, vez que na versão julgada à época, todas elas foram não somente analisadas de *per si*, como, igualmente decididas.

VOTO

Trata-se de novo julgamento, em atenção à determinação da Câmara de Julgamento Fiscal.

O lançamento constitui-se de cinco infrações arroladas pela fiscalização, todas contestadas pelo sujeito passivo.

Inicialmente, abordarei as preliminares aventadas, iniciando pelo argumento da existência de decadência parcial. A decadência cessa o direito de constituir o crédito através do ato administrativo do lançamento. O crédito tributário perde o seu conceito abstrato somente quando a autoridade administrativa formaliza o direito a esse crédito através da emissão do lançamento. Procedida tal formalização, com a devida ciência ao sujeito passivo do mesmo, não se fala mais de decadência, pois o direito de constituir o crédito já foi feito e notificado.

Verificado o nascimento da obrigação tributária com a ocorrência do fato gerador, é imperioso à administração, a realização de um ato que a individualize, caracterizando o fato e a identificação da matéria tributável, indicando o sujeito passivo vinculado à relação jurídica valorando a prestação pecuniária, mediante procedimento administrativo regular. Tal ato representa-se pelo lançamento tributário, consoante definido pelo Código Tributário Nacional (CTN), artigo 142:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.

Na definição de Eduardo de Moraes Sabbag (Elementos do Direito. Direito Tributário. 8ª edição, São Paulo, Premier Máxima, 2007, página 214), “é ato documental de cobrança, por meio do qual se declara a obrigação tributária nascida do fato gerador”.

O CTN elenca três espécies de lançamento, que são: o lançamento por declaração, o lançamento de ofício e o lançamento por homologação. A nós interessarão apenas estes dois últimos.

Fala-se em lançamento de ofício quando o próprio Fisco, de posse das informações necessárias para efetuar o lançamento, o faz por si, sem qualquer contribuição por parte do contribuinte. Já no lançamento por homologação ocorre nos casos em que a lei determina o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, na época em que nasce o fato gerador. Esse pagamento é feito antes de constituído o crédito pelo sujeito ativo, isto é, ainda não há lançamento, mas o sujeito

passivo se antecipa e recolhe o valor do tributo com base nos critérios (base de cálculo, alíquota etc.) estabelecidos na lei respectiva. A Fazenda Pública tem o direito de, posteriormente, verificar se aquele pagamento correspondeu à verdade.

Observo que o lançamento, na forma do artigo 142 do CTN, 1ª parte, é ato privativo da autoridade administrativa. Logo, se vislumbra a necessidade de haver ulterior homologação pelo Fisco no lançamento por homologação, a despeito da conduta do contribuinte ser essencial na modalidade em tela.

A legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que “*o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, e se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*”.

Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173 inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste Órgão era o que prevalecia em tais hipóteses como a presente, não somente a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive no Poder Judiciário, tal entendimento acima exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o pensamento anterior da matéria, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.

Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de n.º PGE 2016.194710-0, aliás, invocado pela defesa, cujo enunciado transcrevo: “*Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas*”.

E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte Nota 1: “*Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação*”.

Inequívoco o fato de o contribuinte ter não somente lançado o imposto, como, da mesma forma, antecipado o pagamento de que nos fala o dispositivo legal acima enunciado, sendo clara e inquestionável a aplicação do mesmo.

Diante de tal posicionamento, claro está que no caso em comento relativo à infração 02 lançada, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte frente ao ocorrido, ou seja, ao recolhimento a menor do imposto lançado na escrituração fiscal, diante do longo lapso temporal em que se manteve inerte, deixando ocorrer a decadência ora aventada para as ocorrências dos meses de agosto e outubro de 2008.

As infrações 01 e 03, não se caracterizam como hipóteses que venham a se enquadrar na previsão do artigo 150 § 4º do CTN, inclusive esta última, além de se caracterizar como ilícito tributário, se apresenta como tipo penal, de apropriação indébita, uma vez que os valores do imposto devido por substituição tributária foram devidamente cobrados e pagos pelos adquirentes das mercadorias.

Logo, descabe qualquer das situações previstas para a aplicação de tal artigo, e sim, do artigo 173 do CTN, e desta maneira, não estaria caracterizada a decadência.

Quanto a solicitação de decretação de nulidade do lançamento, pelo fato de estar destituído do demonstrativo que lhe deu origem, onde se verifica que as infrações não trazem prova material para lançamento do crédito tributário, apenas demonstrativos, a realização das duas diligências supriu tal fato, tendo sido reaberto o prazo de defesa, após a entrega dos documentos ao sujeito passivo, saneando-se o feito quanto a este aspecto, motivo pelo qual, rejeito a mesma, baseado no demonstrativo de fl. 11.

No que concerne ao pedido de remessa para a apreciação da PGE/PROFIS, igualmente não acolho o pleito, tendo em vista o disposto no artigo 118, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, o qual determina que cabe àquele órgão emissão de parecer jurídico, visando à fiel aplicação da lei, no prazo de 10 (dez) dias, nos casos previstos pela legislação ou sempre que solicitado pela autoridade competente. No caso presente, inexiste motivo ensejador para a remessa, diante da matéria em discussão, ser eminentemente fática, e não jurídica.

Quanto ao pedido de nulidade por existência de divergência entre os julgadores, não posso, de igual forma, acolhê-lo, pois a decisão prolatada respeitou a maioria dos julgadores, de acordo com o princípio do livre julgamento do julgador, não havendo necessidade de unanimidade para que o julgamento seja válido.

Vejamos o que diz a jurisprudência a respeito:

[...] *LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. UTILIZAÇÃO DE FUNDAMENTO JURÍDICO DIVERSO DOS APONTADOS PELAS PARTES PARA SOLUÇÃO DA LIDE. POSSIBILIDADE. ART. 131 DO CPC. DIFERENÇA. PEDIDO/OBJETO. FUNDAMENTAÇÃO. O julgador pode utilizar qualquer fundamento que entenda necessário para resolver a causa, mesmo que não alegado pelas partes, desde que a decisão venha suficientemente motivada. A doutrina atribui essa ideia ao Princípio do Livre Convencimento Motivado que está consagrado no art. 131 do CPC: "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".* (TRF4 5017824-49.2011.404.0000, Terceira Seção, Relator p Acórdão Desembargador Rogerio Favreto, D.E. 31/10/2012).

[...] *em âmbito judicial, prevalece o livre convencimento motivado do Juiz e não o sistema de tarifação legal de provas. [...] PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. [...] Cumpre salientar que o art. 130 do CPC explicita que cabe ao Juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, com o que se viabilizará a solução da lide. Esta situação deriva do fato de que, em nosso sistema processual, o Juiz aprecia livremente as provas, limitado pelos fatos e circunstâncias constantes do processo e pelo princípio da necessidade de fundamentação de sua decisão. Tal sistema de avaliação da prova tem sua diretriz básica fixada no art. 131 do nosso estatuto processual civil, impondo limites ao sistema do livre convencimento, já que este sistema na sua forma pura, como ensina Ovídio A. Baptista da Silva (Curso de Processo Civil, vol. I, p. 286-288, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987), poderia gerar o arbítrio, o qual é combatido pela exigência de motivar,*

segundo critérios lógicos adequados, o resultado a que se chegou por meio da análise da prova constante dos autos. (TRF4, AC 5007193-14.2010.404.7200, Sexta Turma, Relator Desembargador Celso Kipper, D.E. 30/10/2012).

Com a edição do novo Código de Processo Civil poder-se-ia argumentar que tal princípio estaria superado, vez que com modificações pontuais feitas com o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.015/15) que se tornaram os artigos 370 e 371 do NCPC.

"Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento de mérito.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento".

Todavia isso não acontece. Continua mantido este poder do julgador. O livre convencimento do juiz não quer dizer que ele pode decidir de qualquer jeito, sem fundamentação. O livre convencimento é pautado na lei e nos fatos trazidos nos autos.

Pode o magistrado determinar as provas necessárias para a instrução, indeferindo as diligências meramente protelatórias. Tudo em busca da verdade real, reveladora dos fatos tal como ocorreram e não como querem as partes que apareçam realizadas.

Passando a apreciar o mérito da autuação, a infração 01, diz respeito a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Em sede defesa, o contribuinte argüiu o fato de ter faltado ao autuante considerar os parcelamentos realizados pela empresa, conforme documentos anexados, bem como os DAE's de recolhimento dos mesmos, o que foi acatado quando da informação fiscal prestada pelo autuante, remanescente, entretanto, débito de R\$ 21.431,49, relativo aos meses de janeiro e novembro de 2008, diante da comprovação de pagamento, via parcelamentos 6987109 e 10096086, dos valores consignados no lançamento. Por este motivo, e diante do fato de que a infração dependia apenas da prova material, fornecida pela empresa autuada, a infração é julgada procedente em parte.

Para a infração 02, consoante visto acima, abarcada pela decadência, a mesma foi excluída.

Quanto a infração 03, a defesa apegue-se ao argumento de que os fatos geradores de 2008, estão alcançados pela decadência, e os fatos geradores de 2009, faltou ao autuante imputar os valores dos processos de parcelamentos, conforme documentos trazidos ao feito. O autuante, ao prestar a informação fiscal, excluiu os valores relativos aos meses de janeiro, março, junho, outubro, novembro e dezembro de 2009, diante da prova apresentada, remanescente apenas os débitos relativos aos meses de fevereiro e novembro de 2008, totalizando R\$ 20.337,30. Infração procedente em parte.

Nas infrações 04 e 05, o contribuinte, inicialmente alega não ter recebido a prova material das mesmas, ou seja, as notas fiscais que pudessem evidenciar a cobrança da penalidade, o que, contudo, foi sanado pela diligência, oportunidade na qual manteve-se silente, não mais apresentando qualquer argumento. Tendo em vista os elementos de prova coligidos ao feito, provando a falta de escrituração e registro dos documentos fiscais nos livros respectivos, julgo ambas procedentes, tais como lançadas.

Quanto ao pedido de redução das multas formulado pela defesa, realizado ao amparo do artigo 42, § 7º "as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto", trata-se, como a própria redação específica, em mera possibilidade, que fica submetida ao entendimento do julgador.

Da análise dos elementos contidos no processo, denota-se com clareza solar que a prática da defendant não era esporádica, mas sim, reiterada.

Isso por que a infração se submete ao princípio da tipicidade, o qual em Direito Tributário, decorre justamente do princípio da legalidade, de previsão constitucional. Alguns doutrinadores

consideram-no até mesmo um subtipo desse princípio. Dessa forma, todos os elementos essenciais da relação jurídico-tributária terão que ser necessariamente objeto de tipificação em sede de lei formal, sob pena de uma atuação discricionária por parte da Administração Tributária.

O princípio da tipicidade enuncia que não basta simplesmente exigir lei para criação do tributo, sendo necessário que a lei que crie um tributo defina tipo fechado, cerrado, todos os elementos que compõem a obrigação tributária, de modo a não deixar espaço que possa ser preenchido pela Administração em razão da prestação tributária corresponder a uma atividade administrativa vinculada, na forma prescrita no CTN, em seu artigo 3º.

O alcance da regra inexistente sanção sem lei, nem tributo sem lei correspondente será obtida a partir da análise da origem normativa do tipo, do objeto da tipificação e dos caracteres da tipologia. O tipo tributário exige a necessidade que a lei que institua um tributo, defina-o como tipo fechado, cerrado, delimitando todos os elementos de sua definição legal.

Assim, a legislação tributária deverá definir com clareza e exatidão o tributo o tipo deverá ser fechado, cerrado e também deverá conter todos os seus elementos fundamentais da figura típica.

A tipicidade no direito tributário ocorre quando o comportamento do contribuinte se adéqua ao tipo tributário. (hipótese material de incidência ou tipo tributário em abstrato, previsto em lei).

Também há de ocorrer com a multa, porque esta implica em dispêndio de parcela monetária do sujeito passivo para o Estado, razão pela qual ela necessariamente deverá estar prevista em lei porque é uma obrigação patrimonial, mas dizer que a multa deve estar prevista em lei não significa dizer que ela faz parte do tributo. A multa é devida pelo descumprimento do tributo, não se confundindo com este. Mas, mesmo assim, deve estar prevista em lei. Multa é sanção, todavia, tributo não o é. Ela pode, inclusive, vir a se caracterizar, como obrigação tributária principal.

Dessa forma, a aplicação da presente penalidade, prevista em lei, e no regramento normativo, é de forma compulsória e vinculada, por parte do agente do Fisco, independente de qualquer outro elemento, inclusive a apreciação da existência ou não de dolo, simulação ou má-fé, bem como da situação tributária da mercadoria.

Ou seja, o cometimento da infração está claro, restando, apenas dosar-se em que medida deva ser apenado. Se é certo que não somente o percentual, mas também a base utilizada como parâmetro para a sua aplicação encontram-se na legislação (Lei 7.014/96, artigo 42), também há previsão legal para que este órgão, em casos como o presente, possa reduzir ou até mesmo cancelar a penalidade aplicada (§ 7º, artigo 42 da Lei 7.014/96 - As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto), conforme, inclusive apelo defensivo lançado pela autuada.

De mais a mais, o artigo 40 da mesma Lei nº. 7.014/96, em seu § 2º estipula que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

No caso específico, não me parece adequada tal redução pleiteada, até diante dos valores, motivo pelo qual nego o mesmo. De igual forma, o fato da empresa ser primária, consoante alegação, também não é causa objetiva para tal redução, vez que não provado tal fato.

Todavia, frente ao fato da redação do Inciso IX do artigo 42 da Lei 7.014/96, alterado pela Lei 13.461/15, que passou a produzir efeitos a partir de 11 de dezembro de 2015, a qual determinou a imposição de multa no percentual de 1% sobre o valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação que tenham entrado no estabelecimento ou por ele utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, atendendo tal retificação ao disposto no artigo 106 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que a lei aplica-se a ato não definitivamente julgado, quando lhe

comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, reduzo a penalidade para 1% o valor inicialmente lançado, resultando em valor de R\$1.393,01 para a infração 04.

Isso diante do fato de que o contido no artigo 106 do CTN, em seu Inciso II, alínea “c”, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assim, diante do fato de que a alteração proporcionada à Lei 7.014/96, trouxe redução do percentual de multa, a infração deve ser adequada aos novos parâmetros, ou seja, 1%, o que faço neste momento.

Quanto ao fato da autuada argumentar não ter se apropriado dos créditos fiscais, nada o impede, uma vez respeitado o prazo decadencial, na forma da legislação pertinente, e de forma apartada, solicitar tais créditos fiscais.

Por tais motivos, voto no sentido de que o presente Auto de Infração seja julgado procedente em parte, de acordo com o seguinte demonstrativo:

Infração 01	R\$ 21.431,49
Infração 02	zero
Infração 03	R\$ 20.337,30
Infração 04	R\$ 1.393,01
Infração 05	R\$ 1.120,66

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 232879.0001/13-6 lavrado contra **TRUST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE REFRIGERANTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.768,79**, acrescido das multas de 50% sobre, R\$21.431,49 e de 150% sobre R\$20.337,30, previstas no art. 42, I, “a” e V, “a” Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$2.513,67**, prevista no artigo 42, incisos IX e IX, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala de Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA