

PROCESSO - A. I. Nº 269138.0087/17-3
RECORRENTE - GF COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0048-03/18
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0331-12/18

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA TRIBUTÁVEL; **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Multas por descumprimento de obrigação acessória de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração 1 subsistente. As mercadorias para revenda impede a execução do roteiro de estoque. Como nem todas as notas fiscais não registradas se referem a mercadorias para revenda reduz a Infração 2 em 60% do seu valor lançado. Infração 2 parcialmente subsistente. Mantida a Decisão quanto à infração 1 e, modificada em relação à infração 2. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à infração 2. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/10/2017, para exigir recolhimento de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$2.510.451,23, em decorrência das seguintes imputações:

Infração 01 – 16.01.01 “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”. Período de maio a setembro, novembro e dezembro de 2013; janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2016; janeiro, fevereiro e abril a junho de 2017, com fulcro nos artigos 217 e 247, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa estipulada no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96. Valor de R\$8.849,45;

Infração 02 – 16.01.02 “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal”. Período de março a dezembro de 2013; janeiro a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a junho de 2017, com fulcro nos artigos 217 e 247, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa estipulada no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96. Valor de R\$2.501.601,78;

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 3ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transscrito, pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente processo exige multas por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência de entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, com fulcro nos artigos 217 e 247, do RICMS/BA.

O autuado preliminarmente arguiu a nulidade do procedimento fiscal, sob o argumento de que a autuação não foi precedida da lavratura do Termo de Início de Fiscalização. Todavia, razão não assiste ao autuado, tendo em vista que o Auto de Infração ora guerreado trata exclusivamente de infrações de obrigações acessórias cometidas pelo contribuinte, e de acordo com o art. 29, I, "a", do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF (Decreto nº 7.629/99), tal formalidade é dispensada nessas circunstâncias.

Acrescento que o lançamento obedeceu a todos os requisitos previstos na norma para validade e consequente produção de efeitos, especialmente quanto à observância do art. 39, do regulamento supra citado, tendo o atuante produzido os competentes demonstrativos devidamente entregues ao sujeito passivo, o qual compareceu em sede de defesa abordando com clareza e precisão todos os aspectos do lançamento realizado, não se podendo falar da presença de cerceamento de defesa e consequentemente de nulidade da autuação.

No mérito, o autuado reconheceu a falta de registro dos documentos em questão, porém, pediu o cancelamento

ou redução das multas impostas baseado no art. 158, do RPAF/BA, sob a alegação de que o erro cometido não causou prejuízo aos cofres públicos, tendo em vista que as mercadorias comercializadas já se encontravam com fase de tributação encerrada e que não houve dolo, fraude ou simulação.

Dessa forma, a própria defesa apresentada pelo sujeito passivo é uma confissão expressa do descumprimento da obrigação acessória em lide.

Em que pese às alegações defensivas de que não ter registrado os documentos em comento, não teria causado prejuízo ao Erário Público, uma vez que se tratava de mercadorias com fase de tributação encerrada (combustíveis recebidos com imposto recolhido por substituição tributária), deve ser observado que se trata de operações de aquisições de mercadorias em que ocorre transferência de titularidade e desembolso financeiro.

Ademais, ao praticar as infrações ora em exame, o contribuinte prejudica o controle do fisco, omitindo informações exigidas em lei, retirando a possibilidade de exercer seu ofício de fiscalização no interregno temporal no qual é omitida a informação. A obrigatoriedade da escrituração das notas fiscais na EFD está descrita no Convênio 143/2006, posteriormente substituído pelo Ajuste SINIEF 02/2009, que instituiu a Escrituração Fiscal Digital – EFD, de uso obrigatório para os contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços De Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS ou do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, conforme reza o art. 247 do RICMS/BA.

Portanto, entendo legítimo o valor exigido, inexistindo motivos para o cancelamento ou redução das multas ora impostas.

Registro ainda que em 22/02/2018 o autuado solicitou que fossem juntados ao processo (fls. 143 a 717) diversos registros fiscais de entrada de mercadorias efetuados em sua EFD a partir de 15/12/2017, porém, a escrituração posterior ao lançamento das notas fiscais que ensejaram a autuação não tem o condão de elidir as infrações em comento.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado o Sujeito Passivo interpõe Recurso Voluntário ao Acórdão JJF nº 0048-03/18, e vem, por seu representante legal, expor as razões que motivam seu recurso voluntário.

Por primeiro, narra os fatos que motivaram a autuação e salienta que a atividade da empresa autuada se refere a Posto de Revenda de Combustíveis e que todas as mercadorias adquiridas já se encontravam com a fase de tributação encerrada, sendo a retenção do ICMS efetuada pelo fornecedor.

Preliminarmente alega a nulidade do auto de infração, por cerceamento de defesa do Contribuinte por inexistência da intimação prévia a sua lavratura nos termos do § 4º do Art. 247 do RICMS/BA, cujo teor transcreve.

Destaca as orientações da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas sobre o significado das inconsistências da EFD.

Aduz que a falta de escrituração das notas fiscais de entrada ensejam a intimação para que o Contribuinte, no prazo de 30 dias, regularize essa pendência de obrigação acessória.

Salienta que as notas fiscais relativas às mercadorias objeto da autuação não se sujeitam ao pagamento do imposto na saída, por se enquadrarem no instituto da substituição tributária, com fase de tributação encerrada.

Reitera que os julgadores *a quo* não levaram em consideração o disposto nos artigos 26 e 28 do RICMS/BA, ao deixar de considerar a falta de intimação prévia do auto de infração.

Transcreve os respectivos artigos.

Aponta ainda o disposto no artigo 18 do RPAF/BA que se refere às nulidades.

Quanto ao mérito, discorre sobre a autuação, destaca a dificuldade de um revendedor de combustíveis localizado no município de Santo Estevão, em contratar bons profissionais contadores o que acarreta prejuízos fiscais para a empresa.

Repisa que somente comercializa produtos submetidos à substituição tributária.

Salienta que uma penalidade desse quilate, no valor superior a R\$2,9 milhões, inviabiliza a saúde financeira da empresa que não dispõe desse valor para honrar esse débito.,

Salienta tratar-se de descumprimento de obrigação acessória, que não houve sonegação na

operação e que não houve prejuízo ao Erário Público baiano em face da anterior retenção do ICMS.

Nessa esteira, roga veementemente à este CONSEF o cancelamento da penalidade ou a gradação da multa aplicada, à luz do disposto no artigo 158 do RPAF/BA, o qual transcreve, salientando a inexistência de dolo, fraude ou simulação no procedimento da Recorrente.

Cita e transcreve julgados prolatados pela 4ª JJF – Autos de Infração nºs 2691380086/17-7 e 2691380044/17-2, os quais resultaram na redução das multas aplicadas.

Ao final reitera que seja acatada a preliminar de nulidade pelo cerceamento de defesa pela falta da prévia intimação da autuação ou que seja reduzida a multa de 1% sobre o valor das operações, por inexistência de prejuízo ao Estado, tendo em vista que as respectivas mercadorias já se encontravam com a fase de tributação encerrada e a existência de jurisprudência já pacificada neste CONSEF.

VOTO (Vencido quanto à redução da multa referente à infração 2)

Objetiva o presente Recurso Voluntário rever a Decisão proferida pela 3ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/09/2016, para exigir recolhimento de multa de 1%, no valor de R\$2.510.451,23, sendo R\$8.849,45 pela falta de registro das entradas de mercadorias tributáveis e R\$2.501.601,78 relativo à mercadorias não tributáveis que deram entrada em seu estabelecimento comercial.

Examinando as peças que integram os autos, depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, pois restou comprovado que em face da atividade exercida pelo Autuado - posto revendedor de combustíveis -, na qual os produtos comercializados encontram-se com a fase de tributação encerrada, decorrente da substituição tributária, cujo recolhimento do tributo devido é de responsabilidade da indústria ou do distribuidor que lhe forneceu o produto para revenda, portanto cabendo-lhe apenas a multa pelo descumprimento de obrigação acessória, pela falta de registro das notas fiscais de aquisição dessas mercadorias.

Em relação à preliminar de nulidade arguida pela Recorrente, constato que essa questão, também levantada pelo sujeito passivo em sua impugnação, já foi avaliada e rebatida pela decisão de piso, conforme a seguir transcrito:

“O autuado preliminarmente arguiu a nulidade do procedimento fiscal, sob o argumento de que a autuação não foi precedida da lavratura do Termo de Início de Fiscalização. Todavia, razão não assiste ao autuado, tendo em vista que o Auto de Infração ora guerreado trata exclusivamente de infrações de obrigações acessórias cometidas pelo contribuinte, e de acordo com o art. 29, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF (Decreto nº 7.629/99), tal formalidade é dispensada nessas circunstâncias.

Acrescento que o lançamento obedeceu a todos os requisitos previstos na norma para validade e consequente produção de efeitos, especialmente quanto à observância do art. 39, do regulamento supra citado, tendo o atuante produzido os competentes demonstrativos devidamente entregues ao sujeito passivo, o qual compareceu em sede de defesa abordando com clareza e precisão todos os aspectos do lançamento realizado, não se podendo falar da presença de cerceamento de defesa e consequentemente de nulidade da autuação.”

Assim, coadunando com essa argumentação, afasto a nulidade suscitada pela Recorrente.

Quanto ao mérito, constato que no presente caso, considerando que não houve prejuízo ao erário quanto à arrecadação do tributo devido, tendo em vista tratar-se de um Posto de revenda de combustíveis, que comercializa produtos com a fase de tributação encerrada, e que essa conduta omissiva, embora passível de multa, não revelou a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, entendo que a multa relativa à infração 2, que se refere à falta de registro de mercadorias não tributáveis, deve ser reduzida para 10% do valor exigido, tendo por supedâneo a faculdade prevista no §7º, do artigo 42, da Lei nº 7014/96 e, certamente, sopesando que o valor remanescente ainda é bastante relevante para punir o Contribuinte pelo descumprimento de uma obrigação acessória.

Quanto à infração 1, por se tratar de falta de registro de entrada de mercadorias tributáveis, entendo que deve ser mantido o valor julgado.

Assim, embora considere o Auto de Infração Procedente, julgo que cabe a redução da multa cominada para os seguintes valores:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO		
INFRAÇÃO	VALOR JULGADO - JJF	VALOR PROVIDO 2ª CJF
1	R\$ 8.849,45	R\$ 8.849,45
2	R\$ 2.501.601,78	R\$ 250.160,17
TOTAIS	R\$ 2.510.451,23	R\$ 259.009,62

Pelo exposto, considerando que a Decisão recorrida merece reparo quanto a sua conclusão, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Redução da multa referente à Infração 2)

Divirjo do nobre Relator apenas em relação ao percentual de redução da multa aplicada em relação à Infração 2, por entender que a redução da multa para 10% do valor exigido é deveras acentuada.

Embora as mercadorias não sejam tributadas, a falta de escrituração de notas fiscais relativas a mercadorias para revenda impede a execução do roteiro de estoque. Como nem todas as notas fiscais não registradas se referem a mercadorias para revenda, opino pela redução da Infração 2 em 60% do seu valor, remanescendo a exigência no valor de R\$1.000.640,71, mantendo a Infração 1 no valor de R\$8.849,45.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para reduzir o valor total das multas aplicadas de R\$2.510.451,23 para R\$1.009.490,16.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269138.0087/17-3, lavrado contra **GF COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$1.009.490,16**, previstas no art. 42, incisos IX e XI da Lei nº 7.014/96, reduzida a multa do valor original com fulcro no art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, com o benefício da Lei nº 13.803, de 23/11/2017, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já pagos.

VOTO VENCEDOR (Infração 2) – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO (Infração 2) – Conselheiros(as): José Carlos Barros Rodeiro, Tiago de Moura Simões e Paulo Sérgio Sena Dantas.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Infração 2)

MARCELO MATTEDI E SILVA – VOTO VENCEDOR
(Infração 2)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS