

A. I. Nº - 278996.0007/17-0
AUTUADO - FLEXNGATE BRASIL INDUSTRIAL LTDA
AUTUANTE - EDUARDO ANDRÉ MOREIRA TOSTA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21/03/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº0002-03/18

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS. PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAIS. Infração está claramente identificada nos autos a partir do demonstrativo de cálculo e dos respectivos documentos acostados. Não existe dúvidas quanto a acusação fiscal. Afastado o pedido de diligência. Elementos constantes dos autos são suficientes para a cognição quanto à acusação fiscal e a apuração do débito. Erro de indicação de dispositivo regulamentar não implica nulidade da acusação fiscal, Art.19 do RPAF. Infração subsistente. 2. MULTA FORMAL. ENTRADA DE MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO. a) SUJEITA A TRIBUTAÇÃO, SEM O REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. b) NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO, SEM O REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. O livro fiscal admitido é o definido pelo SPED - Sistema Público de Escrituração Digital que deu origem ao EFD - Escrituração Fiscal Digital. O termo “adquirir” deve ser entendido como tornar-se proprietário de alguma coisa ou estar de posse de alguma coisa. Documentos constantes dos autos suficientes para cognição sobre o tema. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 27/06/2017 e refere-se ao lançamento do crédito tributário no valor de R\$82.839,55, relativo à exigência de ICMS, bem como aplicação de multa no percentual pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 07.09.03 – Deixou de proceder à retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste estado. Referente aos meses de setembro/2013, janeiro e fevereiro; abril, maio, setembro, outubro e dezembro/2014. No valor de R\$5.736,56, com aplicação de multa percentual de 60%.

Infração 02 - 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias bens ou serviços sujeito a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Referente ao período de janeiro, fevereiro, abril a setembro/2013; março, novembro e dezembro/2014. No valor de R\$7.046,31, resultado da aplicação da multa de 1% do valor comercial da mercadoria o sem o devido registro na escrita fiscal.

Infração 03 - 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Referente ao período de janeiro a dezembro/2013; janeiro a abril, julho e agosto, outubro a dezembro/2014. No valor de R\$70.056,68.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 36 a 44, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir.

Quanto à infração 01 diz que os dois dispositivos legais citados no auto, o art. 8º, §6º da Lei 7014/96

c/c art. 332. inciso III, alínea “g” item 2 do RICMS Decreto 13.780/2012, não tratam de retenção sobre frete interestadual e intermunicipal, conforme redação sobre o motivo da autuação.

Afirma que os citados dispositivos legais tratam da situação de destinatário de mercadoria no estado da Bahia, acrescenta também que a combinação legal indicada no auto infração 01, que remete ao artigo art. 332. Inciso III, alínea “g” item 2 do RICMS Decreto 13.780/2012, cujo teor transcreveu, também nada tem a ver com a redação sobre o motivo da autuação.

Remata que a falta dos dispositivos legais corretos dificultou a defesa, pois a citação legal apresentada nada tem a ver com a redação sobre o motivo da autuação, e que este fato torna o auto em relação à infração 01 desprovido de fundamentação legal, nos termos exigido pela Lei 3.956 de 11/12/81, artigo 129, parágrafo 1º, inciso V, combinado com a Lei 7.629 de 11/12/1981, artigo 39, inciso V, alíneas “a” e “b”.

Quanto à infração 02, destaca que acusa a Impugnante de dar entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviços sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, alerta que parte das notas apontadas na autuação fiscal foram devidamente registradas, conforme pode ser verificado nos livros da autuada, para o qual apresentamos relatório indicando a data dos registros fls. 74, Sendo que referidas notas são equivalentes a multa no valor original de R\$ 5.944,74.

Em relação à infração 03, que versa sobre a entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, explicou a defesa que parte das notas apontadas na autuação fiscal foram devidamente registradas conforme pode ser verificado nos livros da autuada, para o qual apresentamos relatório indicando a data dos registros, constante das fls. 76, sendo que referidas notas são equivalentes a multa no valor original de R\$ 19.553,25.

Acrescenta que apesar de parte das notas estarem escrituradas a autuação da infração 03, não pode prosperar, pois para lei, deve ser multado quem adquire a mercadoria sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, e da entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, assim operações que não seja de aquisição, mesmo que não tenha sido registrado na escrita fiscal não está enquadrado no requisito para aplicação desta multa.

Explica que a multa só deve ser exigida se não forem cumpridos os dois requisitos simultaneamente, sendo o primeiro, que seja a mercadoria adquirida, e o segundo, que não tenha sido registrada na escrita fiscal. Concluindo que se a mercadoria não for adquirida, (comprada), não preenche um dos requisitos exigido para ser multada.

Diz que a prova desta intenção do legislador, está na redação anterior do dispositivo legal, que não constava a palavra adquirida e que foi introduzida pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, destacando as operações de compra de outras modalidades de entrada não onerosa, conforme pode ser comprovado na transcrição do texto abaixo, relativo às modificações do inciso XI, do Artigo 42, da Lei 7.014

Destaca que o termo ADQUIRIR passou a compor o texto desde 28/11/07, deixando de ser exigido autuação para as operações que não forem de aquisição.

Nesta autuação o auditor fiscal relacionou diversas notas, para quais identificamos o CFOP de emissão, conforme relatório (ANEXO 04) da defesa. Ocorre que do universo das notas relacionadas pelo Auditor Fiscal há diversos tipos de operações que não são de aquisição e, portanto, não deveria ter sido autuada.

Abaixo, resumo por CFOP da infração 03, relativo ao universo das notas relacionadas pelo Auditor Fiscal sem registros e que foram identificados o CFOP.

INFRAÇÃO 03 - RESUMO POR CFOP

CFOP	DESCRIÇÃO	MULTA 1%	AQUISIÇÃO	OUTRAS
5101	VENDA DE PRODUCAO DO ESTABELEC	2.528,17	2.528,17	
5124	INDUST EFET. P/ OUTRA EMPRESA	280	280	

5201	DEVOLUCAO COMPRAS INDUSTR	17.060,02	17.060,02	
5902	RET. MERCAD UTIL. NA INDUSTR	2.238,14	2.238,14	
5903	RET MERC REC P/ INDUSTR NAO AP	781,04	781,04	
5908	REM BEM P/ CONTR DE COMODATO	1.063,65		1.063,65
5916	RETORNO DE CONCERTO	7.237,00		7.237,00
5949	OUTRAS SAIDAS	2.494,11		2.494,11
6902	RET. MERCAD UTIL. NA INDUSTR	3.065,38	3.065,38	
6908	REM BEM P/ CONTR DE COMODATO	13.609,82		13.609,82
6916	RETORNO DE CONCERTO	146,09		146,09
	TOTAL GERAL	50.503,43	25.952,76	24.550,67

Conforme pode ser comprovado do total autuado de R\$ 70.056,68, na infração 03, há registros fls. 76, nos livros no valor de R\$ 19.553,25, restando R\$ 50.503,43, dos quais R\$ 24.550,67 não é operação de aquisição, ou seja, não é compra.

Assevera que se deve atentar, também quanto à infração 03, que as notas fiscais apontadas pelo auditor fiscal que não forem de mercadorias adquiridas, compradas, não preenchem um dos dois requisitos simultâneos, portanto não deveria sofrer autuação, desta forma deve ser excluída do auto.

Ressalta que entre as notas que não foram de aquisição, apontadas pelo Auditor Fiscal, o valor autuado de R\$ 24.550,67, refere-se à operação de comodato e concerto, e como é do conhecimento geral “O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis” com regras estabelecidas no código civil Artigos 579 a 585.

Acrescenta que a falta destes registros nos livros de entrada, em nada prejudicaram os cofres públicos, assim as notas apontadas pelo Auditor Fiscal que ficaram sem registro não tem incidência do ICMS.

Discorre sobre seu entendimento de que nas infrações 02 e 03 a Impugnante apenas descumpriu obrigação acessória, por não registrar na escrita fiscal as notas fiscais, sendo que o Auditor Fiscal não encontrou nenhum indício, de que tenham sido praticado dolo, fraude, simulação ou falta de recolhimento do imposto.

Explana que segundo a Lei 7.014 de 04/12/1996 o órgão julgador administrativo tem poderes para cancelar as multas geradas por descumprimento de obrigação acessória desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, e reproduz o texto do Art. 42 §7º da Lei 7014 de 04/12/1996.

Pede que caso entendam que os documentos apresentados não sejam suficientes à apuração dos fatos, seja determinada diligencia para sua verificação, nos termos do artigo 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99 e espera seja acolhida a presente Defesa e reconhecida a mais absoluta improcedência do auto de infração, pelas razões de fato e de direito que diz terem sido demonstrados.

Adicionalmente, protesta pela juntada de quaisquer outros documentos e meios de prova que se façam necessários à comprovação dos fatos alegados.

O Autuante apresenta informação fiscal às fls. 85 a 88, e em relação à infração 01, que questiona a legitimidade da mesma dizendo haver dissonância entre a infração praticada pela Empresa e a cominação legal, e que cita o artigo 39, V da Lei nº 7.629/81, RPAF - Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, o Autuante rebate dizendo que o Princípio da Instrumentalidade das Formas, que rege, orienta e baliza todas as leis processuais vigentes no país estabelece que, mesmo que o ato seja realizado fora da forma prescrita em lei, se ele atingiu o objetivo, esse ato será válido, portanto, o ato é válido se atingiu seus objetivos, mesmo que sem a observância da solenidade.

Diz ainda que nesse caso, está bem claro na descrição da infração e no próprio demonstrativo, que

o autuado recebeu a cópia, a clara e cristalina informação da infração cometida pela empresa.

Quanto à infração 02, assevera o Autuante que a empresa autuada, em sua defesa, apresentou cópia de um suposto livro, em papel, onde contém as mercadorias registradas, mas que o Estado brasileiro introduziu o SPED - Sistema Público de Escrituração Digital que deu origem ao EFD - Escrituração Fiscal Digital, e desde de então, todas as transações comerciais são escrituradas digitalmente.

Ressalta que uma escrituração realizada em papel e sem nenhuma chancela do fisco Estadual, nem mesmo um registro na repartição competente, não tem o condão de fazer prova, em face dos registros digitais que são emitidos e transmitidos pela própria empresa autuada. E conclui que deste modo, não existe nenhuma possibilidade de aceitar as argumentações frágeis do contribuinte autuado.

Em relação à infração 03, diz o Autuante que a defesa é similar a da infração 02 e que o argumento está calcado nas mesmas observações da anterior. E que as provas de registros da escrituração fiscal em um papel não legitimado são as mesmas.

Afirma que seu opinativo e as suas observações referidas em relação a informação fiscal da infração número 2 (dois) vale para infração número 3 (três). E sintetiza dizendo que para a infração 03, também, não existe fundamento nas colocações da empresa autuada. Exatamente pelas mesmas razões.

Quanto à alegação de que a algumas notas fiscais não se referem a aquisição de mercadorias, bens e serviços, tendo em vista ter o legislador colocado na lei o vernáculo 'adquirir', entende o Autuante que o sentido do termo "adquirir" é torna-se proprietário de alguma coisa, é estar de posse de alguma coisa, sem necessariamente de ter de comprar.

Por fim, sobre o pedido redução ou cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, é bom lembrar que essa infração já teve seu valor reduzido de 10% para apenas 1%. Sendo uma redução bastante significativa.

É o relatório.

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.

Quanto a infração 01, analisando a alegação defensiva de que os dois dispositivos legais citados no auto, o art. 8º, §6º da Lei 7014/96 c/c art. 332. inciso III, alínea "g" item 2 do RICMS Decreto 13.780/2012, não tratam de retenção sobre frete interestadual e intermunicipal, e que por isso estaria em desacordo com a redação do motivo da autuação relativo a esta infração, verifiquei que a acusação fiscal em tela trata do lançamento de crédito tributário de ofício referente a falta de retenção do ICMS pela Impetrante, que estava obrigada tendo em vista a sua condição de sujeito passivo por substituição tributária em relação ao contrato relativo a prestação de serviço de transporte interestadual.

Sendo assim, de fato, houve um equívoco por parte do autuante ao enquadrar a infração apurada no art. 332. inciso III, alínea "g" item 2 do RICMS Decreto 13.780/2012, pois, este artigo se refere a antecipação tributária pela entrada e não se coaduna com a acusação de falta de retenção por força da condição de passivo por substituição tributária que foi de fato a acusação perpetrada pelo Autuante.

De fato, verifico que o Autuante também enquadrou a infração com base no art. 8º da Lei 7.014/96 que estabelece quais são os responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, e entre o rol está o contratante de serviço ou terceiro que

participe da prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, estabelecido no inciso V do referido art. 8º da Lei 7.014/96.

Todavia, verifico também que a infração está claramente identificada nos autos a partir do demonstrativo de cálculo e dos respectivos documentos costados, de forma a restar clarividente o objeto da infração perpetrada e o seu *quantum debeatur*, de forma a não restar a menor dúvida quanto a acusação fiscal, sobretudo considerando que, a contratação de serviços de transporte sujeito à retenção por substituição tributária, se trata de um tipo de operação corriqueira por parte da Impetrante, não sendo crível aceitar que a mesma se confunda com em vista da falha no enquadramento em questão. De forma que afasto também o pedido de diligência, maiormente porque os elementos constantes dos autos são suficientes para a cognição quanto à acusação fiscal e a apuração do débito.

Ademais, é jurisprudência deste CONSEF o entendimento de que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, conforme preconiza o Art.19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto Nº 7.629 DE 09 de julho de 1999.

Assim, afasto a arguição pela nulidade da infração 01 e, considerando que não houve arguição quanto ao mérito, nem foram discutidos a metodologia de apuração do débito, sobretudo quanto aos valores apurados, voto pela procedência esta infração 01.

Quanto à infração 02, e infração 03 que acusa a Impugnante de dar entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviços sujeita a tributação e não tributadas sem o devido registro na escrita fiscal, verifico que o argumento de que parte do rol das notas apontadas na autuação fiscal foi devidamente registrada, não procede, pois a autuada apresentou cópias de livros escriturados em papel e sem nenhuma chancela do fisco Estadual, nem mesmo um registro na repartição competente, os quais jamais poderiam fazer prova em substituição aos registros digitais que são emitidos e transmitidos pela própria empresa autuada, conforme exige a legislação vigente desde o período autuado, conforme preconiza o SPED - Sistema Público de Escrituração Digital que deu origem ao EFD - Escrituração Fiscal Digital. Afasto, portanto, este argumento.

Quanto à alegação de que a intenção do legislador constante da legislação anterior do inciso XI, do Artigo 42, da Lei 7.014, não constava a palavra adquirida e que este termo foi introduzido pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, e que sendo assim a exigência da escrituração fiscal deixou de ser exigida para as operações que não forem de aquisição, observo que a interpretação da defesa não procede, pois todas as operações devem ser objeto de escrituração contábil e fiscal. Portanto, é cediço que quando o legislador colocou na lei o vernáculo ‘adquirir’, admitiu o sentido do termo “adquirir” como tornar-se proprietário de alguma coisa ou estar de posse de alguma coisa. O fisco não pode prescindir da escrituração fiscal de qualquer aquisição que ocorra pela empresa, mesmo as relacionadas pela defesa, que se faz mister reproduzir para não deixar dúvidas:

CFOP	DESCRIÇÃO
5101	VENDA DE PRODUCAO DO ESTABELEC
5124	INDUST EFET. P/ OUTRA EMPRESA
5201	DEVOLUCAO COMPRAS INDUSTR
5902	RET. MERCAD UTIL. NA INDUSTR
5903	RET MERC REC P/ INDUSTR NAO AP
5908	REM BEM P/ CONTR DE COMODATO
5916	RETORNO DE CONCERTO
5949	OUTRAS SAIDAS
6902	RET. MERCAD UTIL. NA INDUSTR
6908	REM BEM P/ CONTR DE COMODATO
6916	RETORNO DE CONCERTO

Destarte, o fisco não poderia homologar o recolhimento realizado pelo contribuinte sem ter a exata compreensão e transparência sobre todas as operações ocorridas no período de apuração do imposto. Assim descarto também este argumento, como também indefiro o pedido de diligência, pois os elementos constantes dos autos são suficientes para elaboração da decisão sobre o feito.

Quanto o pedido de perdão ou redução da multa aplicada, entendo ser matéria definida por lei e que a presente instância de julgamento administrativo não tem competência para decidir. Portanto, voto pela procedência das infrações 02 e 03.

Voto, por fim, pela procedência total deste 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 **278.996.0007/17-0**, lavrado contra **FLEXNGATE BRASIL INDUSTRIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.736,56**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42 Inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 77.102,99**, prevista no art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96, com os acréscimos moratórios previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2018

JOSÉ FRANKLION FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA