

A. I. Nº - 269138.0038/17-2
AUTUADA - POSTO JOEIRANA LTDA.
AUTUANTE - JEFFERSON MARTINS CARVALHO
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04.10.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0157-04/18

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. OPERAÇÕES NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Fato demonstrado nos autos. Reduzida a penalidade, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/09/2017, para exigir multa por descumprimento de obrigação acessória, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 16.01.01- *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal*”. Multa de 1% - art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de março a junho e agosto a dezembro de 2015, janeiro a novembro de 2016 e maio de 2017. Valor exigido: R\$544,06;

Infração 02 – 16.01.02- *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável, sem o devido registro na escrita fiscal”*”. Multa de 1% - art. 42, inc. XI da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de fevereiro a julho de 2015; julho a dezembro de 2015; janeiro a setembro de 2016 e janeiro, fevereiro, abril a junho de 2017. Valor exigido: R\$78.375,25.

O autuado apresenta impugnação às fls. 20/38, e após falar sobre a tempestividade da apresentação da mesma faz um resumo da acusação. Após transcrever o disposto no art. 39, inciso II do RPAF/BA, diz que o autuante deixou de observar o referido preceito procedimental ao descrever genericamente a infração, sem especificar caso a caso as situações que ensejariam na suposta infração, restando claro que no Auto de Infração apenas consta uma “generalidade” objetivando abarcar todas as situações entendidas pelo autuante como contrárias ao regramento.

Prossegue dizendo que tal elucidação é de indiscutível importância para o pleno exercício do direito de defesa, em razão de que, somente com os mesmos seria possível manifestar-se positiva ou negativamente contra seus termos, trazendo elementos a desconstituir os fatos.

Entende que se trata de uma narrativa fática complexiva, obscura e imprecisa, violadora do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa garantido à autuada, assim como violadora da norma procedimental estabelecida pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Transcreve ensinamentos dos professores RUY BARBOSA NOGUEIRA, PAULO DE BARROS CARVALHO, PAULO DE BARROS CARVALHO e jurisprudências sobre o tema.

Acrescenta que no caso presente além de violado o princípio da legalidade, encontra-se violado o da moralidade administrativa, em razão da exposição da autuada a uma situação desproporcional, violadora de seus direitos, e decorrente da reunião dos princípios aventados, encontra-se materializado o da motivação dos atos administrativos, não havendo espaço para semelhante ato

arbitrário e desfundamentado.

Transcreve lições de HELY LOPES MEIRELLES E PEDE A DECLARAÇÃO Da nulidade do Auto de Infração.

Ao ingressar no mérito da autuação inicialmente ressalta que as infrações serão tratadas conjuntamente em razão de que possuem supedâneo em não escrituração de documentos fiscais, o que implica em uma mesma base documental.

Diz que em que pese a presente notificação imputar conduta infratora por adentrar em seu estabelecimento, mercadoria ou serviço tributável e não tributável sem o devido registro de escrituração fiscal, a mesma não merece prosperar, já que após a análise das razões impugnatórias e dos documentos ora carreados, se comprovará ser completamente inverídico.

Assevera que as mercadorias e bens identificados pelo auditor como sendo tributáveis e não tributáveis, e que supostamente deram entrada no estabelecimento da autuada sem escrituração, foram efetivamente registradas e escrituradas. Na realidade não procedeu à entrada no estabelecimento de mercadorias (tributáveis ou não) sem registro na escrita fiscal, não passando a presente autuação de um equívoco de levantamento fiscal.

Apresenta registros, por amostragem, que comprovam o quanto alegado e informa estar anexando mídia de CD-R com os SPED's de todos os meses dos anos de 2015, 2016 e 2017, cópia do Livro Razão, assim como excerto do SPED com a integralidade das Notas Fiscais mencionadas pelo autuante na ação fiscal, onde se comprova que a imputação de conduta infratora carece de verdade, ou seja, que as mercadorias e bens ali identificados foram fielmente registrados.

Observa que ditos elementos fáticos, por si só são capazes de ensejar no decreto da improcedência do auto de infração.

Acrescenta que de acordo com fundamentos acima, assim como das provas juntadas à presente, que a autuada não se utilizou que qualquer artifício de fraude, dolo ou simulação, mesmo porque comprovou detidamente o registro das notas fiscais em sua escrita, assim como, conforme se verifica da própria autuação, a mesma não descreve a incidência de carga tributária, ou seja, as supostas infrações ali veiculadas não ensejam em recolhimento de imposto, mas tão somente do descumprimento de obrigação acessória, mediante aplicação de multa.

Considerando tratar-se unicamente de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, não tendo havido dolo fraude ou simulação por parte da autuada e, ainda, devido ao fato comprovado de não implicar em falta de recolhimento do imposto, é caso de, na pior das hipóteses, serem canceladas as referidas multas, a teor do disposto no artigo 46 do Código Tributário do Estado da Bahia, que transcreve inteiramente.

Reitera que não há como prosperar a autuação em questão, em razão de que a mesma lastreia-se em fatos inexistentes não passando de mera ficção jurídica pautada em levantamento fragilizado que não dá qualquer suporte jurídico à exação e requer a realização de diligência, nos termos do artigo 145 do RPAF, a ser realizada por preposto diverso ao autuante, com a finalidade de auditar os valores indicados pelo mesmo na referida autuação.

Após fala sobre a inaplicabilidade da multa moratória dizendo não restar dúvidas quanto a quanto à natureza sancionatória, punitiva, não-indenizatória da multa moratória, que é imposta pelo Fisco estadual, configurando mais uma vez o confisco do patrimônio do contribuinte de um lado e do outro o enriquecimento ilícito do erário estadual.

Finaliza apresentando os seguintes pedidos:

- a) O presente Auto de Infração seja julgado **NULO/ARQUIVADO**, ou que seja julgado **TOTALMENTE IMPROCEDENTE**, pelas razões supra elencadas;
- b) Subsidiariamente requer o **CANCELAMENTO DA MULTA** por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do artigo 46 do COTEB e 158 do RPAF, considerando o integral

atendimento aos requisitos legais pertinentes;

c) Pretende provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidas para serem produzidos durante a instrução, indicados, de logo, a juntada posterior de documentos, inclusive em contra-prova; diligência para revisão de fiscalização por preposto diverso do autuante; sustentação oral perante as Juntas/ Conselhos do CONSEF; oitiva de testemunhas, tudo, *ex-vi* do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988;

Ainda requer que todas as intimações que digam respeito ao presente Processo Administrativo Fiscal sejam realizadas em nome do Bel. WALTER NEY VITA SAMPAIO (OAB/BA 17504) pessoalmente, via correios e/ou via e-mail eletrônico que indicou, inclusive para as sessões de julgamento, que manifesta de logo interesse em se fazer presente e sustentar oralmente suas razões de defesa, sob pena de nulidade.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 87 a 89, e rechaça de logo o pedido de nulidade por ausência de fundamentação do auto de infração pois a mesma é sucinta e suficiente para indicar com precisão a infração cometida e os dispositivos legais violados. Foram anexados, ainda, os demonstrativos de débito das infrações com a indicação de todas as notas não escrituradas. Por fim, anexamos um CD com todas as informações necessárias para a defesa.

Acrescenta que são ineficazes as petições de defesa que consistem em dizer genericamente que os fatos não se passaram conforme descritos na autuação, conforme disposto no art. 10, § 1º, IV, do RPAF.

Diz ser necessário que o contribuinte indique especificamente quais notas fiscais dos demonstrativos estão efetivamente escrituradas informando as datas dos seus registros na escrituração fiscal digital. Esse ônus da impugnação específica cabe ao autuado como indica o art. 123, § 5º, do RPAF. A defesa apresentada não atende a essa exigência processual, ainda que tenha apresentado nas folhas 30, 31 e 32 deste processo uma lista com algumas notas fiscais que supostamente foram registradas equivocadamente como modelo 01 e não como modelo 55 (NF-e). Melhor seria se ela tivesse conseguido com seu fornecedor as cópias das notas fiscais eletrônicas (modelo 55) e nas notas fiscais modelo 1 como os números que indica, a fim de se confirmar que houve um equívoco na escrituração e não apenas a omissão da escrituração de uma nota fiscal eletrônica que teria o mesmo número de uma nota fiscal modelo 1. Isso, ainda, teria que ser feito nota por nota. Somente desta forma, a defesa conseguiria elidir os argumentos da autuação.

Dessa forma, não tendo ocorrido a impugnação de forma especificada e precisa de cada uma das notas fiscais eletrônicas indicadas na autuação, deve-se aplicar preclusão do direito do contribuinte e tomar-se os fatos trazidos no auto de infração como incontroversos - conforme o art. 123, § 5º, do RPAF. Por fim, não cabe ao autuado solicitar diligência a fim de realizar o trabalho que ele não quis realizar.

Em relação ao pedido de cancelamento ou redução da multa lembra que nas omissões havidas nos arquivos de EFDs analisados, não há que se falar em "boa-fé", em "equívocos simples" ou "meras irregularidades" sem "carga fraudulenta ou dolosa", pois, é impossível receber combustíveis e não perceber tal fato no final do dia no levantamento do estoque físico que deve ser anotado nos registros "1300" da EFD. Houve, isso sim, um esforço grande para preparar uma escrituração consistente com a falta do registro das notas fiscais eletrônicas de entradas.

Além disso, como não falar da intenção deliberada de descumprir a obrigação acessória de registrar suas notas fiscais de entradas quando a notificada deixa-a de cumprir por anos. Se ela tivesse deixado de escriturar algumas operações, deixado de escriturar as operações de uma semana ou um de mês no período fiscalizado, poderia ver erro da notificada. Mas, não foi isso o que aconteceu. De fato, a notificada deixou de escriturar suas operações por anos a fio.

Conclui ter restado patente o dolo da autuada, ao contrário do que ela alega, o que impossibilita a aplicação do art. 158 do RPAF-BA.

Quanto às obrigações acessórias objeto da autuação, seu caráter não significa relação de

subordinação ou dependência da obrigação principal tributária. O registro das operações nos livros fiscais próprios é um dever instrumental que serve de auxílio ao fisco na sua atuação fiscalizadora. É uma obrigação autônoma decorrente da lei.

Dessa forma, a obrigação da notificada de registrar suas entradas de mercadorias no seu estabelecimento independe da existência de obrigação principal correlata ou de ter a obrigação principal sido paga pelo contribuinte ou mesmo da inocorrência de prejuízo ao erário, visto que o descumprimento do dever instrumental é suficiente para fazer incidir a penalidade prevista na lei.

Entende não se verificar falta de proporcionalidade ou razoabilidade nas multas aplicadas de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria, tampouco sua cobrança revela confisco. Se o valor final cobrado foi elevado, tal fato se deveu ao grande número de infrações cometidas e é proporcional ao agravo.

Acrescenta que a infração praticada não é irrelevante, pois o contribuinte, quando deixa de prestar as informações exigidas em lei, retira do fisco a possibilidade de exercer seu ofício de fiscalização no interregno temporal no qual é omitida a informação. Ainda, reduzir a multa para um valor menor do que o aplicado significaria aceitar que além de certo número de operações não escrituradas não deveria haver mais punição, servindo como verdadeiro

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de duas imputações, relacionadas a descumprimento de obrigação acessória pela falta de registro, na escrita fiscal, de notas fiscais de entrada de mercadorias tributáveis (infração 01), e mercadorias que não se encontravam tributadas pelo ICMS (infração 02)

O sujeito passivo pede a nulidade do Auto de Infração, argumentando falta de fundamentação violando o princípio do contraditório e da ampla defesa. No que tange a essa arguição, verifico que não procede, pois observo que a fundamentação diz respeito ao direito e aos fatos. Quanto ao direito, foram indicados no Auto de Infração os dispositivos da Lei 7014/96 e do RICMS/BA, salientando-se que nos termos do art. 19 do RPAF/BA, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente. Em relação aos fatos, estes foram descritos de forma compreensível, estando a multa aplicada conforme previsto na legislação.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio da legalidade, ao devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.

Quanto ao argumento defensivo de que falta clareza na autuação, observo que em relação à descrição dos fatos no presente Auto de Infração não há dúvida quanto à irregularidade apurada. Foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, e da leitura da peça defensiva, constata-se que o contribuinte entendeu perfeitamente a natureza da infração que lhe foi imputada.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Em face ao acima exposto, afasto as preliminares de nulidade suscitadas na defesa e passo ao mérito da lide.

No que diz respeito ao argumento defensivo atinente aos juros de mora, este não se sustenta pois os acréscimos moratórios estão expressamente previstos no art. 102 do COTEB, não cabendo a este órgão julgador a discussão da sua legalidade ou constitucionalidade.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, “b”, do RPAF-BA/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinde das questões. Os elementos probantes atinentes à infração impugnada estão relacionados à escrituração fiscal do contribuinte e, portanto, deveriam ter sido trazidos aos autos junto com a defesa. Observo que apesar do mesmo ter indicado por amostragem às fls. 31 a 31 documentos fiscais que estariam registrados em sua escrituração fiscal não trouxe provas comprovando a sua assertiva, vez que o CD-R por ele anexado, não consta o livro Razão e excerto do SPED, com a integralidade das Notas fiscais objeto da exigência, conforme asseverado em sua peça defensiva.

A defesa sustenta a aplicação ao caso da regra prevista no art. 158 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF) que autoriza a redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias, pelas Juntas de Julgamento Fiscal, texto abaixo reproduzido:

“Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”

Entende a impugnante que no caso em exame estão presentes os critérios objetivos previstos nos referidos dispositivos para fins de redução/cancelamento da multa, quais sejam: (i) que a conduta do contribuinte não implicou em falta de recolhimento do imposto, e (ii) as infrações foram praticadas sem dolo, fraude ou simulação.

Pede que a multa aplicada seja cancelada ou reduzida do valor da penalidade aplicada, considerando o preenchimento dos requisitos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 158 do Decreto nº 7.629/99.

O autuante, na informação fiscal, diz que dado o volume de registros não lançados na escrita fiscal a autuada não deve ser beneficiada com a redução da multa, pois descumpriu reiteradamente obrigação tributária prevista em lei.

Verifico que no caso concreto, trata-se de atividades desenvolvidas por Posto Revendedor de combustíveis, cujos produtos, preponderantemente, encontram-se com fase de tributação encerrada por força da substituição tributária, sendo que o imposto foi recolhido pelas distribuidoras ou industriais

Portanto presente o requisito de que a sua conduta omissiva não resultaria em falta de pagamento de tributo.

Por outro lado, durante o período de mais de 24 meses, entre fevereiro de 2015 a junho de 2017, o sujeito passivo, de forma reiterada, deixou de registrar notas fiscais em sua escrita, demonstrando assim que não agiu ocasionalmente, mas de forma repetitiva no cometimento da infração, razão pela qual não acato o pedido de redução da multa.

Porém, ponderando as situações anteriormente descritas: a primeira atenuando o ilícito; a segunda, reveladora do cometimento da infração, de forma reiterada e decisões deste Conselho, considero que a penalidade deve ser reduzida a 10% do valor originalmente exigido, correspondente ao total de R\$7.891,93, sendo R\$54,40 referente a infração 01, e R\$7.891,93 da infração 02, em decorrência da faculdade prevista no §7º, do artigo 42 da Lei nº 7014/96:

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com redução da multa na forma acima aludida, devendo ser homologado os valores recolhidos com Benefício de Lei.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269138.0038/17-2**, lavrado contra, **POSTO JOEIRANA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor principal de **R\$7.891,94**, prevista no art. 42, inc.

XI, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, reduzida em 90% do valor original com fulcro no art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR