

PROCESSO - A. I. N° 269138.0002/17-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ITAPOAN DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDOS - ITAPOAN DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n° 0028-05/18
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/03/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0045-12/19

EMENTA: ICMS. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO E NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias. Comprovado pelo contribuinte a existência de valores registrados na EFD, fato não destituído pelo autuante, assim como de valores já exigidos em ação fiscal anterior. Reduzida a multa imposta, remanescente a autuação no montante que representa 40% do valor da condenação na Primeira Instância. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVADO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVADO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 5ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão JJF n° 0028-05/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 09/08/2017, para exigir a multa de R\$159.500,54 (R\$1.758,25 e R\$157.742,29), correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias, tributáveis ou não tributáveis, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, com data de ocorrência de 31/12/2016, consoante relação às fls. 4 a 22, diante das seguintes acusações:

INFRAÇÃO 1 -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 – Valor R\$1.758,25.

INFRAÇÃO 2 -16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal - Valor R\$157.742,29.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 21/02/2018 (fls. 68 a 71) e decidiu pela Procedência em Parte, em Decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos:

VOTO

O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações, com o débito exigido no montante de R\$159.500,54, correspondente à multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias (tributadas e não tributadas), entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, objeto de insurgência do sujeito passivo.

Inicialmente, rejeito a pretensão do recorrente de nulidade do lançamento de ofício, visto que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte.

Também, nos termos do art. 147, I, alínea “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, em razão de considerar suficientes os elementos contidos nos autos, indefiro o pedido de diligência fiscal, à fl. 29 dos autos, à título de “... revisão fiscal para a conferência dos lançamentos das notas no LRE e arquivos magnéticos (tudo ora apresentado) ...”.

Quanto ao mérito, o autuado alega que, de acordo com os demonstrativos e documentos anexos à sua defesa, que

indicam a situação de cada NFe, as operações que deram margem à autuação foram lançadas no LMC (combustíveis/maior parte da autuação), LRE, como também no SINTEGRA ou no SPED FISCAL, ao qual diz se encontrar obrigado desde 2013, em consonância com as datas das mesmas. Destaca, ainda, que a autuação recaiu sobre notas de devolução, notas canceladas e sobre operações que foram objeto de Auto de Infração anterior. Por fim, por cautela, requer a dispensa das multas aplicadas, com base no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e na jurisprudência do CONSEF, por inexistir dolo, fraude ou simulação, ou descumprimento de obrigação principal.

Por sua vez, quando da informação fiscal, o autuante afirma que o autuado registra suas notas fiscais eletrônicas ora na escrituração fiscal digital (EFD), ora nos LRE, ora no SINTEGRA, e que somente se consideram “escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega” da EFD, consoante determina o art. 247, §2º, do RICMS-BA, já que os LRE foram substituídos pela escrituração digital (EFD), conforme §1º do mesmo dispositivo legal.

Por fim, reconhece caber razão ao defendante apenas quanto as notas fiscais já exigidas em outro auto de infração e as canceladas, correspondentes respectivamente às multas nos valores de: R\$32,87 e R\$22,77, para a infração 1; R\$ 133,25 e R\$ 665,65, para a infração 2, pois, as demais deveriam ter sido registradas na escrita fiscal digital.

Quanto à pretensa dispensa da multa aplicada, por não ter agido com dolo, fraude ou simulação, bem como não ter implicado em descumprimento de obrigação principal, o autuante informa que não se sustenta pelos seus próprios demonstrativos, à fl. 50 verso, pois neles se vê que também pelo SINTEGRA, pouco foi informado ao fisco, evidenciando a intenção deliberada da autuada de não informar as entradas das notas fiscais, objeto da autuação, existindo, assim, o dolo (intenção deliberada de omitir), o que exclui a aplicação do art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96.

Da análise destas peças processuais, verifica-se que o autuado, na sua defesa, anexou por infração, planilha analítica de cada nota fiscal e sua respectiva situação, tipo: REGISTRADA SINTEGRA; PRODUTO NÃO ENTREGUE; DEVOLUÇÃO; SEM REGISTRO; REGISTRADA SPED FISCAL; CANCELADA e AUTO INFRAÇÃO 1464683004/16-3. Contudo, em sua informação fiscal, o autuante não justificou a manutenção das multas relativas às notas fiscais tidas pelo contribuinte como REGISTRADA SPED FISCAL, limitando-se apenas a acatar os valores das multas já exigidas em outro auto de infração e de notas fiscais canceladas.

Determina o §6º, do art. 127 do RPAF, que a informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação. Por sua vez, o art. 140 do mesmo diploma legal, estabelece que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Sendo assim, considerando que o autuante, em sua informação fiscal, atesta que o autuado registra parte de suas notas fiscais na escrituração fiscal digital, e não contestou as notas fiscais tidas como registradas no SPED, como também considerando a existência da comprovação por parte do autuado, conforme CD à fl. 42 dos autos, de Recibos de Entrega de Escrituração Fiscal Digital referentes aos meses de janeiro de 2014 a agosto de 2016, com datas de entrega de 16 a 20 de setembro de 2016, período anterior à ação fiscal datada de 09/08/2017, vislumbro que há de ser acolhida a razão de defesa, quanto às notas fiscais registradas no SPED, cujos montantes de base de cálculo são: R\$116.887,44 para a infração 1, e R\$14.035.076,39 para a infração 2, o que resulta na exclusão das multas exigidas de R\$1.168,87 e R\$140.350,76 das respectivas exações fiscais.

Ainda há de se excluir os valores das multas já acolhidos pelo autuante, inerentes às notas fiscais exigidas em outro auto de infração e as notas fiscais canceladas, de: R\$55,64 para a infração 1 e R\$798,90 para a infração 2.

Em consequência, da multa de R\$1.758,25 exigida na infração 1, remanesce o valor de **R\$533,74** (R\$1.758,25 – R\$1.168,87 – R\$55,64). Já a multa de R\$157.742,29, exigida na infração 2 fica reduzida para **R\$16.592,63** (R\$157.742,29 – R\$140.350,76 – R\$798,90).

No tocante à dispensa ou redução da multa aplicada, nos termos previstos no §7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, vislumbro que no caso concreto, não preenche todos requisitos para sua admissibilidade, pois, em que pese o valor remanescente configurar na sua grande maioria como registradas no SINTEGRA, o que caracteriza boa-fé do contribuinte, eliminando hipótese de dolo, fraude ou simulação, mesmo assim não restou comprovada que tal atitude, não implicou em falta de recolhimento do imposto, à exemplo do ICMS diferença de alíquotas, relativo às aquisições de material de uso e consumo par o ativo imobilizado, como também de antecipação parcial, inerente às mercadorias adquiridas para comercialização, e sujeitas à tributação normal no próprio estabelecimento de venda de combustível ou na loja de conveniência, como consta do objeto social da empresa (fl. 32). Assim, rejeito o pedido de dispensa ou redução da multa.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$17.126,37, sendo R\$533,74 para a infração 1 e R\$16.592,63 para a infração 2.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, em relação às infrações 1 e 2.

A Recorrente inconformada com a Decisão de piso, interpôs Recurso Voluntário (fls. 82 a 86), com fundamento no art. 169, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99.

Inicialmente, renova todos os termos de sua defesa, assim como a solicitação de que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa.

Diz que, de acordo com os demonstrativos e documentos anexos, as operações que deram margem à autuação (itens 1 e 2), foram lançadas no LRE, como também no SINTEGRA ou no SPED FISCAL (ao qual se encontra obrigado desde 2013), em consonância com as datas das mesmas, o que significa que as operações foram informadas à fiscalização. A maior parte das operações são relativas a aquisições de combustíveis, lançadas também no LMC, o que não foi combatido e sequer comentado pela JJJF.

Aduz que apresentou LREs, registros e recibos SINTEGRA e SPED e, com relação aos combustíveis (maior parte da autuação), os LMCs. Ressalta que as operações, assim, ao contrário do quanto consta na acusação fiscal, não deixaram de ser declaradas na escrituração fiscal, estando os registos de acordo com a norma vigente em cada período, sendo informadas ao Fisco, também, através do LMC.

Afirma que, ainda que alguma multa tivesse base legal, e ao contrário da “conclusão” do Sr. Autuante e da JJJF, não há no PAF qualquer indício de que a Autuada agiu com dolo, fraude ou simulação, bem como qualquer ocorrência decorrente de obrigação principal. A existência de dolo, fraude ou simulação exige comprovação inequívoca, o que se afasta no presente caso até mesmo pela condição dos produtos (substituição tributária).

Não obstante, diz que o lançamento das notas no LMC prova a informação ao Fisco sobre as operações, bem como sua lícita conduta. Portanto, caso algum montante seja mantido, requer a dispensa ou redução das multas aplicadas (no caso de redução em 90%), com base no art. 42, §§ 5º e 7º, da Lei nº 7.014/96, e na jurisprudência do CONSEF, o qual transcreveu.

Diz que a Recorrente não foi instada a corrigir qualquer inconsistência nos seus arquivos. Aliás, o próprio Autuante, na informação fiscal, diz que os registros foram realizados. E sua apuração ocorreu pelas datas das emissões das notas e não dos efetivos registros. Dentro desse escopo, não há que se falar, como erroneamente conclui a JJJF, que não foram preenchidos os requisitos para dispensa ou redução da sanção.

Destacou que, se por um lado a JJJF admitiu o lançamento no SINTEGRA, não observou que o lançamento também foi realizado no LMC, como também se equivocou ao avaliar que não existiu provas da ausência de evasão do imposto. Isso porque a maior parte da multa mantida diz respeito a mercadorias não tributáveis (infração 2) e, também, porque não existe no próprio AI qualquer acusação ou indício de ausência de pagamento de ICMS, em qualquer das modalidades ventiladas pela Douta JJJF. Diz que para negar a concessão, especialmente depois de firmar o registro das notas e a ausência de dolo, fraude ou simulação, haveria o Julgador que indicar, provar o descumprimento da obrigação principal, e não apenas especular sobre a possibilidade, EM TESE, pois assim o fazendo derroga até mesmo o espírito da norma – art. 42, §º 7º, da Lei nº 7.014/96. Cita trechos dos Acórdãos CJF nº 0089-11/17, de relatoria do conselheiro Eduardo Ramos de Santana e JJJF nº 0080-04/15, de relatoria do conselheiro Carlos Fabio Cabral Ferreira.

Finalmente, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos demonstrativos e documentos, bem como revisão fiscal para a conferência dos lançamentos das notas no LRE, arquivos magnéticos e LMC (tudo já apresentado), a Recorrente pede pela NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ou, caso alguma parcela de multa seja mantida, pela sua dispensa ou redução em 90%, com fundamento no art. 42, §§ 5º e 7º, da Lei 7.014/96.

Declarou-se impedido o conselheiro Marcelo Mattedi e Silva. Ausente também o conselheiro José Carlos Barros Rodeiro.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário – Redução da multa)

De logo, e conforme relatório supramencionado, sinalizo que a decisão proferida pela 5ª JJF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, reduzindo o montante originalmente exigido de R\$159.500,54 para R\$17.126,37.

Em relação ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 5ª JJF (Acórdão 5ª JJF nº 0028-05/18) desonerou o sujeito passivo, anulando os débitos relativos às Infrações 1 e 2, no montante de R\$142.374,17, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Neste sentido, analisaremos a partir deste momento, as infrações 1 e 2, consideradas parcialmente subsistente.

Quanto a infração 1, a conduta autuada foi descrita como “*Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal – Valor R\$1.758,25*”.

Após analisar o CD elaborado pela Recorrente, acostado à fl. 42, realmente pude perceber que no levantamento elaborado, consta a indicação das notas fiscais tidas como registradas no SPED FISCAL, como também, constatei os recibos de entrega da respectiva obrigação acessória nos anos de 2014 a agosto de 2016, com datas de entregas de 16 a 20 de setembro de 2016, período anterior à ação fiscal, datada de 09/08/2017. Neste sentido, é de se concluir que o procedimento adotado pelo autuante, não foi o mais adequado, uma vez que constou no auto de infração notas fiscais de mercadorias tributadas, as quais haviam sido imputadas no SPED FISCAL, não tendo sido justificada a manutenção das multas relativas a essas notas fiscais e, por isso, a autuação deve ser reduzida no valor de R\$1.168,87 (multa de 1% sobre a base de cálculo de R\$116.887,44).

Em relação à infração 2, a fundamentação do autuante foi “*Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal*” - Valor R\$157.742,29.

De igual forma, e sobre as mesmas razões para justificar a redução da infração 2, utilizei dos mesmos argumentos imputados na infração 1. Neste sentido, é de se concluir que o procedimento adotado pelo autuante, não foi o mais adequado, uma vez que constou no Auto de Infração notas fiscais de mercadorias não tributadas, as quais haviam sido imputadas no SPED FISCAL, não tendo sido justificada a manutenção das multas relativas a essas notas fiscais e, por isso, a autuação deve ser reduzida no valor de R\$140.350,76 (multa de 1% sobre a base de cálculo de R\$14.035.076,39).

Diante de tudo exposto, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, a Recorrente pede pela nulidade ou improcedência do auto de infração, ou, caso alguma parcela de multa seja mantida, pede pela sua dispensa ou redução em 90%, com fundamento no art. 42, §§ 5º e 7º, da Lei nº 7.014/96.

Rejeito a solicitação do recorrente de nulidade do Auto de Infração, visto que os autos preenchem todas as formalidades legais previstas, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte.

Sinalizo, de logo, que as razões articuladas no Recurso Voluntário merecem certa guarida desse Colegiado, cabendo ser, portanto, realizada a redução parcial da multa originalmente imposta ao contribuinte.

Nesse passo, a matéria em questão cinge-se à observância e aplicação da regra prevista no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, notadamente a verificação se presentes estão os requisitos legais para essa redução.

Analizando o presente caso concreto, tal fato não resultou em ausência de recolhimento do ICMS, já que no ato da ação fiscal não houve qualquer imputação à omissão de saídas e, por

consequência, falta de recolhimento de tributos.

Ademais, o próprio autuante, quando da informação fiscal, afirma que o autuado registra suas notas fiscais eletrônicas ora na escrituração fiscal digital - EFD, ora nos LRE, ora no SINTEGRA, ora no LMC – Livro de movimentação de combustíveis. Desta forma, não vejo por parte do Recorrente, intenção de omitir informações ao Fisco Estadual, uma vez que as respectivas notas fiscais foram escrituradas em uma das obrigações acessórias.

E para corroborar ainda mais, destaco que na infração 02, as notas fiscais, ditas pelo autuante que não foram escrituradas, referem-se a notas fiscais para acompanhar mercadorias não tributadas, as quais desoneram e/ou reduzem sensivelmente a recorrente do pagamento de possível imposto.

Não por menos, com permissivo legal contido no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e do art. 158 do RPAF/99, temos, em casos análogos, reduzido à multa aplicada.

O referido art. 158, que repete os termos da Lei nº 7.014/96, diz que *“as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras de Julgamento Fiscal 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”*.

Outrossim, não vislumbro nos presentes autos qualquer conduta comissivo ou omissivo da Recorrente, passível de reconhecimento de dolo, fraude ou simulação, evidenciando, pois, sua conduta de boa-fé perante o Fisco baiano.

Desta forma, sendo uma prerrogativa dada a este julgador, entendo que restou comprovado que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implicou falta de recolhimento do imposto, por se tratar de operações com mercadorias não tributadas e pelo fato de não terem sido apuradas infrações por descumprimento da obrigação principal, proponho que a multa seja reduzida para 10% do seu patamar.

Assim, e por tudo o quanto acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto pelo Recorrente para reduzir o percentual da multa aplicada na infração 2, por se tratar de notas fiscais para acompanhar mercadorias não tributadas, em 90% sobre o valor exigido, isto é, passando o valor julgado pela JJF de R\$16.592,63 para R\$1.659,26, mantendo-se inalterada o valor da multa correspondente à infração 1, de R\$533,74, por se tratar de ausência de escrituração de notas fiscais para acompanhar mercadorias tributadas, conforme demonstrado a seguir:

AUTO	JULGADO - JJF	EXCLUSÃO	JULGADO - CJF CCCCJFCJF
Infração 01	533,74	-	533,74
Infração 02	16.592,63	14.933,37	1.659,26
TOTAL	17.126,37	14.933,37	2.193,00

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário - Redução da multa)

Peço vênia ao nobre relator para apresentar entendimento divergente, relativamente ao recurso voluntário, nos termos em que segue.

Registro que, de fato, em relação a grande parte das operações autuadas, o Sujeito Passivo logrou êxito em comprovar a improcedência do lançamento, tendo remanescido valores relativos as notas fiscais não registradas pela empresa.

É certo que este Conselho de Fazenda possui jurisprudência que aponta no sentido de redução da multa imposta por falta de registro, neste setor de atividade econômica. Não é verdade, contudo, que o Sujeito Passivo tenha provado o registro de todas as notas fiscais omitidas no Sintegra, ao

menos a essa conclusão não se chega a partir das provas acostadas ao processo. Pelo contrário, a informação fiscal prestada pelo Autuante consigna, à folha 51, que “... *Mas, essa informação não se sustenta pelos seus próprios demonstrativos (quadros acima). Neles vê-se que também pelo SINTEGRA pouco foi informado ao fisco. Evidenciando a intenção deliberada da autuada de não informar ao fisco as entradas das notas fiscais objeto da autuação.*”

Embora concorde com o Relator de que inexiste dolo na conduta do Sujeito Passivo (e nesse sentido convirjo com a ideia de redução da sanção aplicada), não posso concordar que a redução da multa atinja o patamar de 90%, indo muito além daquilo que foi consagrado na jurisprudência desta casa, que é de uma redução de 60%.

Nesse sentido, considerando que não há provas de que essas operações tenham sido informadas ao fisco, em qualquer outro livro ou documento econômico-fiscal, reduzo a multa imposta, remanescendo a autuação no montante de R\$6.637,05, que representa 40% do valor da condenação na Primeira Instância, conforme abaixo.

MÊS	MULTA
dez/16	6.637,05

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, 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 269138.0002/17-8, lavrado contra **ITAPOAN DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$7.170,79**, previstas no art. 42, incisos IX e XI da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário – Redução da Multa) – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário – Redução da Multa) – Conselheiros: Luiz Augusto Fernandes Dourado e Carlos Antonio Borges Cohim Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ AUGUSTO FERNANDES DOURADO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Recurso Voluntário – Redução da Multa)

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR
(Recurso Voluntário – Redução da Multa)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS