

PROCESSO - A. I. Nº 269138.0089/17-6
RECORRENTE - LM POSTO DE COMBUSTÍVEL LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0247-03/17
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/10/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0260-12/18

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Nem todas as notas fiscais não registradas se referem a mercadorias para revenda. Reduzida a Infração 2 em 40% do valor lançado. Mantida a Infração 1 no valor julgado pelo relator. Afastadas as nulidades suscitadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, em epigrafe, lavrado em 04/10/2017, para exigir crédito tributário de ICMS no valor original de R\$212.716,48, em razão das seguintes irregularidades:

***Infração 01 - 16.01.01.** Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto, outubro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, janeiro a abril, junho a setembro e dezembro de 2016. Aplicada multa de 1% do valor de cada nota fiscal não escriturada, totalizando R\$4.656,93;*

***Infração 02. - 16.01.02.** Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto de 2014, outubro de 2014 a abril de 2016 e junho a dezembro de 2016. Aplicada multa de 1% do valor de cada nota fiscal não escriturada, totalizando R\$208.059,55.*

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 3ª JF, em sessão realizada em 12/12/2017 decidiu, por unanimidade, pela Procedência da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Inicialmente cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante sob o fundamento de que ocorreria cerceamento de defesa pelo fato de que o lançamento de ter sido realizado sem a sua prévia intimação para tomar ciência antes da lavratura do Auto de Infração, pois, segundo seu entendimento esse procedimento preparatório é imprescindível para se dar início a ação fiscal.

Depois de verificar que a acusação fiscal imputa ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias, constato que não há como prosperar a pretensão da defesa, haja vista que o RPAF-BA/99 excepciona na lavratura de Auto de Infração atinente a descumprimento de obrigações acessórias da exigência de intimação prévia do sujeito passivo.

É o que, nitidamente, se depreende da inteligência da alínea “a”, do inciso I, do art. 29, do RPAF-BA/99, in verbis:

“Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização, do Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência Fiscal:

[...]

I – quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

a) descumprimento de obrigação acessória;”

Logo, resta patente nos autos a consentaneidade do procedimento adotado pela fiscalização e o aludido

dispositivo regulamentar. Portanto, por se tratar de descumprimento de dever instrumental, inexistente o alegado cerceamento de defesa.

Da análise no que tange às questões formais, também constato estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando qualquer dos requisitos essenciais à lavratura do presente Auto de Infração, eis que, encontram-se definidos, o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários exigidos, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos em quaisquer das hipóteses previstas nos artigos 18 e 39 do RPAF-BA/99.

Assim, considero ultrapassadas as preliminares de nulidade aventadas pela Defesa.

No mérito, o Autuado foi acusado de ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias, respectivamente, sujeitas a tributação - Infração 01 e não tributáveis - Infração 02, sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo acostados às fls. 07 a 22.

Em suas razões de defesa o Impugnante não contestou o cometimento das infrações, alegou terem sido decorrentes de um equívoco por parte de seu contador por simples desconhecimento dessa obrigação acessória deixou de escriturar as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal.

Assinalou que pelo fato de comercializar com combustíveis de petróleo e álcool carburante, que são submetidos ao regime de substituição tributária, e que por isso, não causou qualquer prejuízo ao Erário estadual.

Registrou também que, um mero engano não se configura um ato ilícito grave, não sendo razoável a aplicação de penalidade tão severa de 1% sobre o valor da mercadoria que resulta no montante superior a duzentos mil reais inviabilizando a saúde financeira de qualquer empresa.

Em sede de informação fiscal, o Autuante manteve a autuação afirmando que improcedem os argumentos utilizados pelo Contribuinte na defesa, pois restou evidente que o mesmo descumpriu a legislação ao deixar de escriturar as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal.

Asseverou ser indiscutível a intenção deliberada do Impugnante em descumprir a obrigação acessória, uma vez que a irregularidade foi cometida ao longo de anos.

Depois de examinar as peças que compõem o presente Auto de Infração, constato que restou evidenciado que o sujeito passivo, efetivamente, não escriturou todas as operações de entradas discriminadas nos demonstrativos de apuração elaborados pela autuante, fato este, que não foi negado pelo autuado.

Verifico também ficou também patente nos autos, a inexistência de qualquer inconsistência ou falta de reconhecimento das notas fiscais que integram o levantamento fiscal que embasaram o lançamento pelo Autuado

Ao contrário, observo que o auto de infração ora em discussão trata de descumprimento de obrigação acessória, dever instrumental de “fazer” a cargo do sujeito passivo, no interesse da fiscalização. O seu desatendimento cria embaraço no exame da tributação do próprio autuado e na implementação das políticas fiscais.

No tocante à alegação da defesa de que comercializa somente com produtos submetidos ao regime de substituição tributária, não corresponde à realidade dos fatos, haja vista que resta evidenciado no próprio levantamento que estabelecimento autuado também comercializa com mercadorias sujeitas a tributação normal.

O Defendente arguiu que no presente caso, deveria ser aplicado o art. 42, §7º, da Lei n. 7.014/1966 c/c o art. 158, do RPAF-BA/99, no que tange ao cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória, pelo fato de que não foi verificada a ocorrência de conduta dolosa, fraudulenta ou simulação, muito menos houve falta de recolhimento de tributo.

Não acolho a pretensão do autuado, tendo em vista que não se pode assegurar de forma inequívoca esta asserção. Ao preconizar a exigência de registro na escrita fiscal de toda e qualquer entrada no estabelecimento culminando com a sanção através da multa de 1%, entendo que a pretensão da legislação é de se manter o controle de todo o fluxo e movimentação das mercadorias desde o ingresso até as saídas. Portanto, mesmo as mercadorias, originalmente ingressadas no estabelecimento não destinadas à comercialização, não se pode garantir a manutenção dessa finalidade pelo estabelecimento sem um controle sistemático de suas entradas e saídas.

Ademais, somente a aplicação de um roteiro específico de auditoria poderia aquilatar se a falta de registro das entradas não destinadas à comercialização teria causado, ou não, qualquer prejuízo ao erário estadual. Saliento que o roteiro aplicado na presente ação fiscal destinou-se, tão-somente, à apuração do efetivo registro na escrita fiscal de operações realizadas pelo contribuinte. É patente que determinados roteiros de auditoria, a exemplo de levantamento quantitativo de estoques, que é inviabilizado por contribuintes que não cumprem esta obrigação acessória.

Do mesmo modo, entendo que a falta de intenção deliberada e de não ter agido com má fé no procedimento que resultou na omissão de escrituração na escrita fiscal, ora em lide, a ausência de dolo, como quis aduzir o sujeito

passivo em sua impugnação, não tem o condão de isentá-lo do cometimento da infração.

Mesmo que a conduta do autuado não importe em tais circunstâncias, o que se comprovou foi que além da desobediência, por parte do autuado, de uma norma tributária posta e vigente, o que pode levar ao descontrole do Fisco em relação às receitas estaduais, ainda que a escrituração ocorra após o encerramento da fiscalização.

Logo, ante o expendido, concluo pela subsistência da autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Nessa mesma data o Contribuinte requereu e fez-se a juntada dos registros fiscais de entrada de mercadorias e aquisições de serviços, às fls. 83/188.

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JF nº 0247-03/17, vem, por seu representante legal, às fls. 196/204, expor as razões que motivam seu recurso voluntário, inicialmente discorre sobre a atividade da autuada, posto revendedor de combustíveis, onde todas as mercadorias adquiridas já se encontravam com a fase de tributação encerrada, por ter a retenção do ICMS pelo fornecedor.

Preliminarmente argui a nulidade por cerceamento do direito de defesa, por inexistência de intimação antes da autuação, tendo em vista que os Julgadores da 3ª JF, não atentaram para o disposto no artigo 247 do RICMS-Ba. que preceitua a necessidade de intimação para envio da EFD, concedendo ao Contribuinte o prazo de 30 dias, contados da data da intimação, para o envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.

Disserta sobre o significado da dita “inconsistências”, transcreve as orientações disponibilizadas em seu site, pela Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas, quanto ao controle dessas inconsistências da EFD, para, diante desse exemplo, justificar a necessária intimação e concessão do prazo para que Contribuinte regularize a sua pendência quanto à essa obrigação acessória.

Aduz que as notas fiscais objeto da autuação em lide são relativas a mercadorias não se sujeitam ao pagamento do imposto nas saídas, tendo em vista que são enquadradas no instituto da substituição tributária de responsabilidade do fornecedor, conseqüentemente não havendo prejuízo para Erário.

Insiste na questão da imprescindível formalidade da falta da intimação para início da ação fiscal.

No mérito ressalta que como o seu Posto de Revenda de Combustíveis está localizado no município de Santo Estevão, há dificuldade para contratação de bons profissionais as falhas cometidas pelos contadores são frequentes, mas não houve qualquer intenção do Contribuinte em agir de má fé para sonegar informações ao fisco.

Destaca ainda da impossibilidade de um Posto de uma pequena cidade do interior ter movimentação suficiente para amparar o pagamento da multa no valor superior a R\$200 mil que lhe foi imputada.

Assim, considera descabida e roga à este Egrégio e justo CONSEF o cancelamento dessa penalidade ou a gradação da multa aplicada, à luz do disposto no Art. 158 do RPAF, o qual transcreve.

Ressalta que esse dispositivo se coaduna com o caso em comento, pois não houve falta de recolhimento do imposto e por não se constatar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Aponta precedente de redução de multa no Acórdão CJF nº 0119-12/09.

Ao final requer:

1. Seja anulado o Auto de Infração pelo cerceamento do direito de defesa, pela falta de intimação da sua lavratura ;
2. Seja cancelada ou reduzida a multa aplicada face a jurisprudência já pacificada neste Conselho.

VOTO VENCIDO (Infração 2)

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento da multa exigida no presente Auto de Infração.

O apelo recursal é atinente à decisão de primeiro grau que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, que acusa o Contribuinte de ter dado entrada de mercadorias tributáveis e não sujeitas à tributação em seu estabelecimento – Posto de Combustíveis – sem efetuar o devido registro das respectivas notas fiscais em sua escrita fiscal.

Em relação à nulidade suscitada pelo Recorrente que arguiu cerceamento do seu direito de defesa, por inexistência de intimação antes da autuação, tendo em vista que os Julgadores da 3ª JJF, não atentaram para o disposto no artigo 247 do RICMS-Ba. que preceitua a necessidade de intimação para envio da EFD, concedendo ao Contribuinte o prazo de 30 dias, contados da data da intimação, para o envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistência.

Verifico que a Decisão de Piso já afastou essa nulidade, em relação ao descumprimento da exigência de intimação prévia do sujeito passivo, tendo em vista que o Auto de Infração em lide é atinente a descumprimento de obrigações acessórias, apontando que alínea “a”, do inciso I, do art. 29, do RPAF-BA/99, nesses casos dispensa a exigência de intimação prévia do Contribuinte.

Constato ainda, que todas as questões formais foram cumpridas na presente autuação, não lhe faltando os requisitos essenciais à sua lavratura, atendendo, assim, plenamente o disposto nos artigos 18 e 39 do RPAF-BA/99.

Quanto ao mérito, reconheço que a Decisão Recorrida está correta ao julgar a procedência do Auto de Infração, no entanto considerando que, embora o registro das notas fiscais tenha sido efetuado após a autuação, tendo em vista que essa conduta não resultou em falta de recolhimento do ICMS, por se tratar, na quase totalidade, de mercadorias sujeitas à Antecipação Tributária e, ainda, considerando que não se verifica a existência de dolo, fraude ou simulação no proceder do Contribuinte, vejo que cabe a redução da multa para 10% do valor exigido, relativo ao item 2 que trata de mercadorias não tributáveis, porque foram sujeitas à substituição tributária por parte dos fornecedores, considerando os vários precedentes já registrados neste CONSEF, 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.

Pelo exposto acato parcialmente o pedido do Contribuinte, reduzindo a multa relativa à Infração 2 para o valor de R\$20.805,96, correspondente à 10% do valor original, mas mantendo a Infração 1 no valor cominado pela autuação, R\$4.656,93, por se tratar de falta de registro de mercadorias tributáveis.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL para reduzir a multa aplicada para o valor total de R\$25.462,89.

VOTO VENCEDOR (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 de 60% do seu valor, remanescendo 40% da exigência no valor de R\$83.223,82, conforme o demonstrativo abaixo, mantendo a Infração 1 no valor de R\$4.656,93.

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO (40%)
31/08/2014	25/09/2014	300,00	120,00
31/10/2014	25/11/2014	10,07	4,03
30/11/2014	25/12/2014	89,70	35,88
31/12/2014	25/01/2015	1.063,73	425,49
31/01/2015	25/02/2015	7.709,01	3.083,60
28/02/2015	25/03/2015	8.295,94	3.318,38
31/03/2015	25/04/2015	9.527,30	3.810,92
30/04/2015	25/05/2015	9.765,32	3.906,13
31/05/2015	25/06/2015	10.511,28	4.204,51
30/06/2015	25/07/2015	8.772,43	3.508,97
31/07/2015	25/08/2015	9.913,24	3.965,30
31/08/2015	25/09/2015	10.096,41	4.038,56
30/09/2015	25/10/2015	10.025,13	4.010,05
31/10/2015	25/11/2015	11.576,71	4.630,68
30/11/2015	25/12/2015	10.758,90	4.303,56
31/12/2015	25/01/2016	11.761,84	4.704,74
31/01/2016	25/02/2016	9.864,53	3.945,81
29/02/2016	25/03/2016	9.935,73	3.974,29
31/03/2016	25/04/2016	10.779,99	4.312,00
30/04/2016	25/05/2016	10.034,67	4.013,87
30/06/2016	25/07/2016	3,94	1,58
31/07/2016	25/08/2016	9.061,89	3.624,76
31/08/2016	25/09/2016	9.304,61	3.721,84
30/09/2016	25/10/2016	9.209,43	3.683,77
31/10/2016	25/11/2016	9.523,91	3.809,56
31/12/2016	25/01/2017	10.163,84	4.065,54
TOTAL DA INF. 2		208.059,55	83.223,82

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para reduzir a multa aplicada para o valor total de R\$87.880,75.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à infração 2, 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 **269138.0089/17-6**, lavrado contra **LM POSTO DE COMBUSTÍVEL LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$87.880,75**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

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

VOTO VENCIDO (Infração 2) – Conselheiros: José Carlos Barros Rodeiro, Carlos Antonio Borges Cohim Silva e Tiago de Moura Simões.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto 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