

A. I. Nº - 269138.0170/20-8
AUTUADO - AUTO POSTO PONTO FORTE LTDA.
AUTUANTE - JEFFERSON MARTINS CARVALHO
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12/04/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0053-03/23-VD

EMENTA: ICMS. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. **c)** SERVIÇO TOMADO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor comercial dos documentos fiscais sem o devido registro na escrita fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/11/2020, refere-se à exigência de multa no valor total de R\$ 40.393,81, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a março, agosto a novembro de 2017. Multa de 1% sobre o valor dos documentos fiscais, totalizando R\$ 450,06.

Infração 02 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a novembro de 2017. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 17.764,76.

Infração 03 – 16.01.06: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017; janeiro a dezembro de 2018; janeiro, fevereiro, maio, junho e agosto de 2019. Multa de 1% sobre o valor dos documentos fiscais, totalizando R\$ 22.178,99.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 15 a 18v do PAF. Inicialmente, requer que doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do Autuado na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa.

Quanto às infrações 01 a 03, afirma que buscará os registros fiscais realizados, e que no Auto de Infração, o enquadramento para a multa aplicada foi o art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96. Ressalta que na hipótese de homologação e encaminhamento do PAF para "constituição de título executivo", o lastro legal deve se encontrar em consonância com o fato, sob pena de ineficácia absoluta do ato administrativo e mácula insanável no correspondente título. Esse vício se apresenta no Auto de Infração em lide, no que se reporta aos fatos ocorridos até 21/12/2017, em relação aos quais, da forma apresentada na autuação, a imposição é absolutamente ilegal.

Registra que de acordo com o quanto registrado no próprio Auto de Infração, em especial nas infrações 02 e 03, a multa estaria sendo imposta em decorrência da ausência de registro fiscal de mercadorias não tributáveis, pois assim se encontra enquadrado. Diz que a Lei 7.014/96, no seu art. 42, inciso IX, dispositivo que consta no AI como enquadramento legal da sanção aplicada, na redação atual, apontada no AI como respaldo para a sanção, assim prevê:

"Art. 42..... IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;"

Alega que essa redação foi dada pela Lei 13.816/17, com vigência a partir de 22/12/17. Anteriormente, e até esta data, prevalecia a redação da Lei 13.461/15, a saber:

"Art. 42..... " IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal"

Entende que isso significa que, até 21/12/17, pelo dispositivo legal aplicado ao caso concreto, somente existia base para a aplicação da multa sobre mercadorias sujeitas à tributação, o que não é o caso presente, pois a maior parte das aquisições se reporta a combustíveis, os quais ingressam no estabelecimento autuado com a fase de tributação encerrada, pela ST em etapa anterior. Portanto, existindo vício no enquadramento legal aplicável, o lançamento é nulo de pleno direito, como, historicamente, já decidido pelo CONSEF em casos análogos.

Acrescenta que restou amplamente demonstrado, que é nulo o lançamento, por erro no enquadramento legal, o que não pode ser alterado pelo Julgador. A alteração, implicaria, até mesmo, em irregular modificação do fulcro do pedido. Pede que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, notadamente no que tange às "Infrações 02 e 03".

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a posterior juntada de documentos, pede pela nulidade do lançamento.

Se ultrapassada a questão prejudicial, considerando que os fatos geradores ocorreram antes da revogação do § 79 do art. 42, da Lei 7.014/96, apelando ainda para o art. 100, inciso II, do CTN, e que não consta do AI qualquer indício de evasão fiscal, solicita a redução da multa, em 90%, garantindo o pagamento da importância assim reduzida.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 26/26v dos autos para esclarecer todos os pontos contestados pelo Defendente, redarguindo de forma específica e fundamentada cada questionamento apresentado, tudo nos termos do art. 127 do RPAF-BA/99.

Diz que o Impugnante acredita que até 21/12/2017, pelo dispositivo legal aplicado ao caso concreto, somente existia base para a aplicação da multa sobre mercadorias sujeitas a tributação.

Esclarece que antes da alteração do inciso IX do art. 42 da Lei 7.014/96, tratava da multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias entradas sem registro na escrita fiscal e o inciso XI desse mesmo artigo cuidava da multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias sem tributação ou com fase de tributação encerrada, entradas sem registro.

Diz que se percebe que as multas eram idênticas e essa distinção não tinha efeito prático útil, decidiu-se por agrupar as duas multas em uma só, revogando-se o inciso XI e alterando a redação do inciso IX.

Afirma que a nova redação deixa de fazer distinção entre mercadorias tributadas ou não, mas continua a aplicar o mesmo percentual de multa, isto é, a redação do inciso IX foi alterada, o inciso XI foi revogado, mas a norma jurídica promoveu tão somente o aperfeiçoamento da redação da lei.

Menciona ensinamento de Sacha Calmon Navarro Coelho e assegura que não houve qualquer vício no enquadramento legal, como sugere o Impugnante. Pugna pela procedência do presente lançamento.

VOTO

O Defendente ressaltou que de acordo com o quanto registrado no Auto de Infração, em especial nas infrações 02 e 03, a multa estaria sendo imposta em decorrência da ausência de registro fiscal de mercadorias não tributáveis. Disse que o inciso IX, do art. 42 da Lei 7.014/96 é o dispositivo que

consta no AI como enquadramento legal da sanção aplicada. A redação atual, apontada no AI como respaldo para a sanção, foi dada pela Lei 13.816/17, com vigência a partir de 22/12/17.

Apresentou o entendimento de que, até 21/12/17, pelo dispositivo legal aplicado ao caso concreto, somente existia base para a aplicação da multa sobre mercadorias sujeitas à tributação, o que não é o caso presente, pois a maior parte das aquisições se reporta a combustíveis, os quais ingressam no estabelecimento autuado com a fase de tributação encerrada, pela ST em etapa anterior. Portanto, existindo vício no enquadramento legal aplicável, o lançamento é nulo de pleno direito.

Observe que o inciso XI do art. 42 da Lei 7.014/96 (revogado pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 22/12/17.), estabelecia a multa de 1% sobre o valor comercial de mercadoria não tributável ou com fase de tributação encerrada em relação à entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Por outro lado, quanto à falta de escrituração de notas fiscais correspondentes a mercadorias sujeitas a tributação, a partir da alteração do inciso IX do art. 42 da Lei 7.014/96, através da Lei 13.461, de 10/12/2015, publicada no DOE de 11/12/2015, o percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido foi reduzido para 1%.

A redação atual do inciso IX do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 22/12/17: *“1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal”*.

Portanto, em qualquer hipótese, mercadorias ou serviços sujeitos a tributação, não tributáveis ou com fase de tributação encerrada, a multa aplicável é de 1% sobre o valor dos documentos fiscais. A legislação prevê a aplicação de multa, e se conclui que a falta de escrituração constitui irregularidade por descumprimento de obrigação acessória, punível com multa, e tal fato está compreensível na autuação fiscal.

Conforme esclarecimentos do Autuante, antes da alteração do inciso IX do art. 42 da Lei 7.014/96, tratava da multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias entradas sem registro na escrita fiscal e o inciso XI desse mesmo artigo cuidava da multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias sem tributação ou com fase de tributação encerrada, entradas sem registro.

Disse que as multas eram idênticas e essa distinção não tinha efeito prático útil, por isso, decidiu-se por agrupar as duas multas em uma só, revogando-se o inciso XI e alterando a redação do inciso IX.

Afirmou que a nova redação deixa de fazer distinção entre mercadorias tributadas ou não, mas continua a aplicar o mesmo percentual de multa, isto é, a redação do inciso IX foi alterada, o inciso XI foi revogado, mas a norma jurídica promoveu tão somente o aperfeiçoamento da redação da lei.

Observe que em relação às aquisições de mercadorias, a legislação estabelece que a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 217 do RICMS-BA/2012).

Não acato a alegação defensiva, haja vista que foi indicado no campo próprio do Auto de Infração o enquadramento legal em conformidade com a matéria tratada na autuação fiscal e, nos termos do art. 19 do RPAF/BA, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente. Os fatos foram descritos de forma compreensível, foram elaborados demonstrativos, e da leitura da peça defensiva, constata-se que o contribuinte entendeu perfeitamente a natureza de cada infração que lhe foi imputada, bem como o cálculo do débito lançado.

Assim, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma correta, foram indicados os dispositivos infringidos relativamente à multa aplicada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o débito apurado consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O presente processo está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento, ficando rejeitada a preliminar de nulidade, e não se aplica ao presente caso as decisões citadas nas razões de defesa.

Quanto ao mérito, as infrações 01, 02 e 03 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que a caracterização dessas infrações foi efetuada mediante levantamento fiscal relacionado à entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviço tomado sujeitos a tributação e não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, tendo sido utilizados, inclusive, os dados e documentos do contribuinte.

Observo que o levantamento fiscal foi efetuado com base em Nota Fiscal Eletrônica, encontrando-se identificada a chave de acesso para necessária consulta. Neste caso, entendo que existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do autuado, ficando caracterizado que houve a realização dessas operações.

A falta de escrituração ou lançamento de notas fiscais de forma incompleta em livros fiscais impede a realização de auditorias fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS. Ou seja, a falta de escrituração de notas fiscais causa dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais, por isso, é aplicada multa, conforme estabelece o art. 42, incisos IX da Lei 7.014/96, haja vista que interessa ao Estado manter o controle das entradas de mercadorias e prestações realizadas, e a falta de escrituração dos documentos fiscais impede o mencionado controle. A multa é estabelecida em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual.

Portanto, a legislação prevê a aplicação de multa, de 1% sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, para mercadorias sujeitas a tributação bem como em relação às mercadorias não tributáveis ou com fase de tributação encerrada (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96).

O autuado não apresentou qualquer comprovação das alegações defensivas, não trouxe aos autos a prova necessária para elidir a autuação fiscal. Neste caso, o impugnante deveria exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo.

De acordo com o mencionado art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Entendo que neste caso, cabia ao contribuinte apresentar as provas de suas alegações para elidir a totalidade da exigência fiscal, mesmo que os elementos já tivessem sido apresentados anteriormente. Ficou caracterizada a infração relativa à entrada neste Estado de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, e este CONSEF tem decidido, de forma reiterada, que as notas fiscais referentes a mercadorias destinadas a um contribuinte constituem prova da realização de operações de aquisição pelo destinatário, inexistindo necessidade de a fiscalização acostar aos autos outras provas. A existência das referidas notas fiscais eletrônicas é considerada prova suficiente da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário, as quais deveriam ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de desconstituir a exigência fiscal. Ou seja, as notas fiscais obtidas pela fiscalização deste Estado indicam que as mercadorias circularam no território baiano.

As obrigações acessórias constituem instrumentos da fiscalização, tendo por objetivo tornar possível a realização da obrigação principal, ou seja, proporcionar a verificação do adequado cumprimento da obrigação tributária principal. Se a obrigação acessória não é cumprida, a penalidade pecuniária converte-se em obrigação principal, conforme estabelece o art. 113, § 3º, do Código Tributário Nacional.

O Defendente apresentou o entendimento de que deveria ser reduzida a multa por descumprimento de obrigação acessória, entretanto, ao determinar a necessidade de registro das operações na escrita fiscal do contribuinte, a pretensão da legislação é de se manter os controles fiscais. Neste caso, mesmo em relação às mercadorias não tributáveis ou com fase de tributação encerrada, fica caracterizado prejuízo ao mencionado controle pela falta de escrituração de documentos fiscais.

Vale ressaltar, que essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

O Defendente requer que, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do Autuado na ação administrativa que se instaurou, tudo conforme poderes especificados na procuração que anexou aos autos.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada, e conforme art. 26, inciso III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do 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 **269138.0170/20-8**, lavrado contra **AUTO POSTO PONTO FORTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 40.393,81**, prevista no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA