

PROCESSO - A. I. N° 180642.0001/14-5
RECORRENTE - TOTAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0162-01/15
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/05/2016

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0079-12/16

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. Em se tratando de auditoria de estoques por espécie de mercadorias, cujos dados foram extraídos da escrita fiscal e eletrônica do próprio contribuinte, competiria ao autuado objetivar sua impugnação com elementos de provas que pudesse se contrapor aos números apurados pela fiscalização, o que não ocorreu. Infração subsistente. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com Recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração comprovada. **b)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL – MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b.1)** SOLIDARIEDADE. LANÇAMENTO DO IMPOSTO POR TER ADQUIRIDO MERCADORIAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Fato demonstrado nos autos. **b.2)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO, RELATIVAMENTE A MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Fato demonstrado nos autos. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. O autuado fez prova de escrituração de parte das notas fiscais. Imputação parcialmente subsistente. Recurso Voluntário **NÃO PROVÍDO**. De ofício, foi reduzida a penalidade da infração 5, em face de alteração legislativa. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1^a Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, lavrado em 25/03/14 para imputar ao contribuinte o cometimento de nove infrações, sendo objeto do Recurso as infrações 1 a 5, como a seguir descrito:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$1.261,19, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2010. Multa de 100%;

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$6.330,31, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos exercícios de 2010 e 2011. Multa de 100%;

INFRAÇÃO 3 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$30.511,22, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2011. Multa de 100%;

INFRAÇÃO 4 - Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$10.607,77, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado de 2011. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10%, no montante de R\$10.053,76.

A Junta de Julgamento dirimiu a lide com os seguintes fundamentos:

Cuida o presente Auto de Infração do lançamento de ofício em decorrente da apuração das infrações descritas na inicial dos autos. O contribuinte reconheceu a procedência dos itens 8 (R\$580,68) e 9 (R\$2364,62), não oferecendo contestação, estando, pois, caracterizadas tais infrações e fora da lide.

Preliminarmente, suscita a nulidade dos autos, sob a argumentação que houve flagrante equívoco fiscal, sintetizados na Súmula 473 do STF, que impediram o pleno exercício do seu direito de defesa; diz que houve vícios insanáveis que macularam a validade dos Auto de Infração.

De pronto, fica rejeitado o pedido de nulidade argüido pelo defendant, haja vista que o PAF (Processo Administrativo Fiscal) está revestido das formalidades legais, apontado o contribuinte autuado, o montante do débito tributário, a natureza da infração apurada, acompanhada de forma devida por levantamentos e documentos, que permitiram a ampla defesa e o contraditório, como, aliás, exerceu o autuado, da forma e com as provas que melhor lhe aprovou.

No processo administrativo fiscal predomina o princípio da verdade material, significando que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos, tais como esses fatos se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos, devendo ser carreado aos autos provas dos fatos levantados, dever que compete à Administração Tributária, mas também ao contribuinte, que tem o direito e o dever de trazer ao PAF todos os elementos e dados à respeito da matéria discutida, por quanto o que está em debate é a legalidade da tributação e a verdade fática fiscal. No caso, não houve necessidade de diligência ou perícia fiscal, uma vez que consta dos autos, os elementos necessário para a apreciação da lide. Ademais, os livros fiscais e outros documentos utilizados na Auditoria de Estoque são de emissão e se encontram em poder do próprio contribuinte. Na existência de provas a favor da tese defensiva, deveriam ser juntadas ao presente PAF, em homenagem à própria verdade material.

Não é verdadeira a alegação defensiva de agressão ao direito do pleno exercício de defesa, em face da ausência de intimação sobre o inicio da fiscalização. Constam dos autos diversos termos de intimação endereçados ao contribuinte autuado com a ciência do seu Contador, responsável civil (preposto) pelos atos relativos à escrituração contábil e fiscal praticados (artigos 1.177 e 1.178 do novo Código Civil - Lei 10.406/02), profissional que assinou, inclusive, o próprio Auto de Infração e demais documentos do sujeito passivo,

vinculados ao PAF, em debate e mesmo a presente impugnação por outorga do seu mandatário, o Senhor Gerson Teixeira de Novaes Filho, conforme Procuração colada ao PAF, fl. 1.018 (volume III).

Portanto, o lançamento de ofício está em estrita obediência aos diversos princípios processuais, da verdade material, da legalidade, vez que realizado ao amparo e em consonância com as normas legais, a legislação estadual, inclusive, e sobretudo, a Lei nº 7.014/97. Revestido das formalidades legais, não se encontram no presente processo qualquer vício insanável ou motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, as quatro primeiras infrações exigidas no presente Processo Administrativo Fiscal - PAF descrevem a falta de recolhimento de ICMS apurada através da Auditoria de Estoques, identificada no levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, cujos demonstrativos, anexos, documentos, papéis de trabalho que dão suporte às exigências foram acostados aos autos, além da entrega aos representantes do sujeito passivo, arquivos eletrônicos contendo a totalidade dos respectivos demonstrativos, conforme recibos anexados no PAF, assinados pelo contador do estabelecimento autuado.

O primeiro item do Auto de Infração descreve a falta de recolhimento do imposto relativa às operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, no total de R\$1.261,19.

Na infração 02 foi igualmente aplicada a auditoria de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, constata nova omissão do registro de entrada, apurada das diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária- a das operações de entrada- com base na mesma presunção legal do item anterior, no valor de R\$6.330,31.

Os itens 03 e 04 tratam também do mesmo levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, decorrente da apuração de omissão do registro de entrada dessas mercadorias. Na infração 03, exige-se a falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiro, mercadorias da substituição tributária, desacompanhadas de documentação fiscal, no valor de R\$30.511,22. Na infração 04, a exigência é pela falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal (infração 03), no valor de R\$10.607,77.

Os demonstrativos, planilhas e respectivos anexos que sustentam as exigências foram acostados autos, posto que são partes integrantes deste Auto de Infração, e cujas cópias em mídias eletrônicas foram entregues ao autuado.

O contribuinte autuado identifica-se como uma sociedade comercial do ramo varejista de materiais de construção em geral. Alega que a Auditoria, apurada através dos seus arquivos magnéticos, encontra-se envolvida de equívocos, distante da realidade da empresa. Queixa-se que o Mandado de Procedimento fiscal deve ser concluído orientado na correção da escrituração observada com defeito e, no caso do levantamento de estoque, a auditoria deve adotar cuidados específicos na quantificação das mercadorias. Reclama ainda que houve presunção, arbitramento, inobservância de princípios administrativos.

O Auditor Fiscal, na sua Informação, alega que o autuado não apresentou quaisquer provas de inexistência das infrações e que os seus cálculos foram feitos com base nos arquivos magnéticos transmitidos para a SEFAZ.

Não se põe em xeque a lisura ou o comportamento fiscal da empresa, ao aduzir que sempre diligenciou no sentido de bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público ou que não agiu com má-fé. Ocorre que em se tratando de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, cujos dados foram extraídos da escrita fiscal e eletrônica do próprio contribuinte, além de ter o Fisco entregue todos os demonstrativos que embasaram a exigência (fls. 95/287), não cuidou o contribuinte de objetivar sua impugnação com elementos de provas que pudesse tangenciar os números apurados pela fiscalização. Não trouxe aos autos quaisquer elementos que comprovassem equívocos ou incorreções na auditoria de estoques.

A auditoria de estoque constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. No caso em apreço, foram tomadas como referência as informações contidas nos arquivos eletrônicos e demais informações fornecidos à SEFAZ pelo próprio sujeito passivo no cumprimento das normas contidas na legislação do imposto e, especificamente, o Convênio ICMS 57/95 (SINTEGRA), que devem refletir a realidade do movimento comercial do contribuinte.

As ocorrências narradas na defesa, tais como: equívoco fiscal, equívoco na escrituração contábil, falhas técnicas, erros no arquivos eletrônicos, erros materiais, perdas ou quebras de mercadorias, precisavam ser adequadamente comprovadas. Deveria o autuado emitir documentos fiscais na forma dos artigos 100, V; 102 e

356, §5º do RICMS/BA-97, não sendo pertinente o questionamento de que a fiscalização não adotou procedimento mais cuidadoso ou que apontou apenas de forma cartesiana as omissões nos estoques, impossibilitando o seu exercício de plena defesa.

Justamente em contrário, o Auditor Fiscal laborou minucioso levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias e o contribuinte não logrou êxito em contestá-lo ponto por ponto, ainda que de forma amostral, mas, com a consistência que demonstrasse veracidade real dos fatos alegados. Não demonstrou cabalmente as quantidades e os valores de perdas e/ou quebras ocorridas, no período fiscalizado, como também não foram emitidas as notas fiscais relativas às quantidades das mercadorias ditas sem condições de comercialização ou perdas. Somente mediante tais providências, seria possível o exame, a justificação, parcial ou total, das diferenças relativas às mercadorias com omissão detectadas no levantamento fiscal em tela. Nessa quadra, as diferenças de estoques devem ser justificadas, por meio de razões perfeitamente compatíveis com o tipo da atividade desenvolvida no estabelecimento, além da emissão do competente nota fiscal possibilitando o estorno do crédito aproveitado quando da aquisição das respectivas mercadorias, colocadas agora fora de comércio.

Os argumentos de que a apuração dos estoques foi realizada com os arquivos eletrônicos passíveis de erros na sua geração ou na sua transmissão, em função do volume das suas operações, das várias lojas que compõem o seu negócio ou das falhas técnicas e administrativas importadas do próprio sistema fiscal do autuado não podem militar em favor das suas razões. Não se trata de meros erros materiais e sem prejuízo ao erário.

No caso, a forma de controle das mercadorias, diante da dimensão do empreendimento do sujeito passivo, em se tratando de ferramenta utilizada para viabilizar seus negócios e no gerenciamento dos próprios estoques e, havendo quaisquer interferências ou erro na auditoria feita pelo Fisco, caberia ao próprio autuado trazer aos autos os elementos necessários em favor de suas alegações, uma vez que o contribuinte é que tem o domínio desses elementos.

Contudo, não poderá prosperar a exigência contida no item 01, retro narrado, conforme orienta a Portaria 445/98 (art. 10), que dispõe sobre os procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, não permitindo a cobrança de ICMS devido com base na presunção legal, em relação à tintas (Convênio ICMS 74/94) e piso cerâmicos (Item 15, art. 353, II, RICMS/BA), demonstrativo fls. 257/259, conforme laborou a Auditora Fiscal.

Prevê a portaria que, no caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, deverá ser exigido pagamento: a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal - RICMS/97, art. 39, V; b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado (Anexo 88 do RICMS/97), deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal. Conforme, aliás, acertadamente, laborou a auditoria, em relação às infrações 03 e 04.

Diante de tais pressupostos, por desacerto no procedimento escolhido para a sua exigência, sou pela nulidade da infração 01, considerando o disposto no art. 18, IV do RPAF/BA (Decreto 7.629/99)

Art. 18. São nulos

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Em conclusão, as infração 02 (R\$6.330,31); 02 (R\$30.511,22) e 03 (R\$10.607,77), que se referem ao mesmo levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, restam devidamente caracterizadas.

Através da infração 05, a exigência é de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$10.053,76 (10%) pela entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Na infração 06, a multa pelo descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$257,88 (1%) tem origem na entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis e sem o registro na escrita fiscal.

Apesar de, ao final da impugnação, afirmar o sujeito passivo o reconhecimento da infração 05, apresenta considerações acerca das itens 05 e 06, o que provocou o confrontamento de ambas as questões, no presente voto.

Alega o autuado que as mercadorias mencionadas pela fiscalização "não tiveram origem de compra por parte do contribuinte e não representaram evasão fiscal sob nenhuma hipótese"; admite que os documentos que não foram registradas se trata de notas fiscais com mercadorias de pequeno valor, para uso e consumo mostruário doação, ou mercadorias para conserto e utilizadas com simples remessa.

Trata-se as exigências 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; o percentual de 10% previsto na norma (art. 42, inciso IX, Lei 7.014/96) incide sobre as operações tributáveis não escrituradas, enquanto o percentual de 1% previsto na norma (art. 42, inciso XI, Lei 7.014/96) incide sobre as operações não sujeitas à tributação e também não escrituradas.

Verifico a partir dos demonstrativos de fls. 521 e 525, que instruem a infração 05; demonstrativos de fls. 552 e 560, que instruem a infração 06, seguidos das cópias das respectivas notas fiscais, que não foram registradas na escrita do contribuinte autuado, que não procede a mera alegação defensiva de que determinados documentos fiscais, assentadas no relatório de fls. 1020 e 1021, foram destinadas ao uso e consumo do estabelecimento autuado, mostruário, doação ou veio incompleta (relatório de fls. 1020). Tais notas fiscais deveriam estar regularmente registradas, o que ocorreu, destarte, com a nota fiscal nº 99.063, listada no demonstrativo da infração 05 (fl. 521), no valor de R\$950,54, cuja multa de R\$95,05, em dezembro de 2010, escriturada no livro Registro de Entradas (fl. 595), deve ser excluída da exigência.

Deve também ser excluída da exigência, a nota fiscal nº 819, listada no demonstrativo da infração 05 (fl. 525), no valor de R\$904,11, cuja multa de R\$90,41, em dezembro de 2011, escriturada no livro Registro de Entradas (fl. 750).

A simples alegação que as mercadorias não foram solicitadas, sem a devida comprovação, não tem o condão de fazer prova em favor do contribuinte. Nesse sentido, as notas fiscais, cujas mercadorias, diz o autuado, que não adquiriu, tendo solicitado declaração do Fornecedor. Mesmo as notas fiscais que o autuado afirmou que estavam escrituradas nas datas indicadas no relatório de fls. 1020 e 1021 (exceto as notas fiscais nº 99.063 e nº 819, retro citadas), não restaram efetivamente comprovada ou não fazem parte da exigência fiscal.

Fundando-se em documentação idônea, o lançamento tributário de ofício goza de presunção de certeza e, conforme prevê o art. 123 do RPAF/99, cabe ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no sentido de elidir a acusação fiscal. Tais provas não foram trazidas aos autos.

Diante do exposto, a infração 05 é subsistente em parte, no valor de R\$199,00 (2010) e R\$9.669,30 (2011). A infração 06, integralmente subsistente, no valor de R\$257,88.

(...)

Posto isso, o presente Auto de Infração é **PROCEDENTE EM PARTE**.

O sujeito passivo, irresignado com a Decisão de primeira instância, interpôs Recurso Voluntário em relação às infrações 1 a 5, inicialmente observando que “*o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis*”.

Acrescenta que “*a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade*”.

Preliminarmente, suscita a nulidade da Decisão recorrida, por falta de fundamentação, “*posto que restaram intocadas as razões e os argumentos que deram esteio a impugnação do presente Auto de Infração*”.

Prossegue dizendo que, “*malgrado seja comumente aceita a explanação da fundamentação de forma sucinta, deve a mesma analisar as questões postas a sua apreciação*” e, “*no caso em espécie, a 1. Julgadora a quo não se referiu a vários dos argumentos que respaldavam a irresignação do recorrente, fazendo menção apenas a documentos que não teriam sido adunados pelo autuante, sem contudo lograr demonstrar o pensamento engendrado para tal fim, principalmente em confronto com os argumentos postos na peça defensiva*”.

Argumenta que não se deve olvidar “*que a fundamentação das decisões, sejam judiciais ou administrativas, antes que útil apenas para municiar a impugnação, por ventura formulada pela parte prejudicada, revela-se de importância premente no controle da sua legalidade e, acima de tudo, como garantia imanente do Estado Democrático de Direito*”. Transcreve o pensamento de Barbosa Moreira sobre o tema.

Insiste em dizer que não reconhece as penalidades, embora informe que “*reconhece as infrações*

de nºs. 06.07.08 e 09, adiantando que está efetivando o pagamento e quitação das penalidades, utilizando-se dos benefícios da Lei 13.464 de 17/12/2015”.

Finaliza requerendo a reforma da Decisão de primeiro grau e a realização de diligência para verificação *in loco* de “*todos os documentos fiscais da impugnante que deram ensejo à alegação fiscal do nobre autante*” (sic).

A PGE/PROFIS, por meio do Dr. José Augusto Martins Junior, opinou pelo Não Provimento do apelo recursal, “*uma vez que a inconformidade lanceada pelo recorrente não possui qualquer amparo jurídico e, tampouco, fático, travestindo-se duma evidente ‘contestação genérica’, porquanto se reporta apenas a uma suposta nulidade, sem especificar o motivo concreto o pleito de nulificação*”.

Salienta, por fim, que “*não se percebe qualquer refutação quanto ao mérito da autuação*”.

VOTO

O Recurso Voluntário foi apresentado, porque o autuado não se conformou com a Decisão de primeiro grau referente às infrações 1 a 5 do presente lançamento de ofício.

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que o contribuinte não apresentou nenhum documento que pudesse minimamente demonstrar a necessidade de maiores análises. Por outro lado, considero que o processo administrativo fiscal encontra-se devidamente instruído, com todas as informações necessárias ao meu convencimento.

Preliminarmente, não como ser acatada a alegação de nulidade da Decisão recorrida, por falta de fundamentação. Ao contrário, o voto do relator foi bastante minucioso, abordando todas as questões referentes ao levantamento quantitativo de estoques, a partir do qual foram detectadas as primeiras quatro imputações, bem como a falta de escrituração de notas fiscais de entradas (infração 5).

Ademais, o recorrente não apontou quais argumentos defensivos ou documentos não teriam sido apreciados pelos julgadores *a quo*.

Quanto à infração 1, constato que foi julgada nula pela Junta de Julgamento Fiscal e, portanto, não há interesse em recorrer da Decisão. Como não foi interposto Recurso de Ofício, não há como este Colegiado proceder à análise de tal imposição.

O mérito das infrações 2, 3 e 4 não foi abordado pelo contribuinte, que se limitou a dizer que não reconhecia as penalidades. Em consequência, está mantida a Decisão de piso.

Na infração 5 verifico que foi cominada a multa de 10%, no valor de R\$10.053,76, sob a acusação de que o contribuinte deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

O órgão julgador de primeira instância julgou procedente em parte o lançamento, após a retificação de equívocos cometidos na ação fiscal, reduzindo o débito para R\$9.868,30 (R\$199,00 em 2010 e R\$9.669,30 em 2011).

Todavia, o inciso IX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que estabelecia a multa em 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis não registradas, foi alterado pela Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15, passando a ter a seguinte redação:

“Art. 42 -.....”

IX - 01% (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;”

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 106, inciso II, estipula três casos de retroatividade (aplicação a ato ou fato pretérito) da lei mais benigna, aos contribuintes e responsáveis, tratando-

se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

Na hipótese da alínea “c” do citado dispositivo, a lei nova continua prevendo penalidade para o ato praticado pelo contribuinte, mas comina a este ato uma pena menos severa. Dessa forma, a penalidade mais severa decorrente da lei vigente na data da ocorrência do fato gerador é substituída por uma menos severa, advinda da lei nova.

A jurisprudência majoritária aceita que a interpretação de *ato não definitivamente julgado* comprehende tanto o julgamento administrativo como o judicial e, portanto, há de ser aplicado o princípio da retroação benéfica previsto no mencionado artigo 106, inciso II, do Código Tributário Nacional ao caso concreto, para adequar o valor da penalidade, de 10% para 1%, passando o débito da infração 5 a ser de R\$986,83.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mas, de ofício, altero a multa indicada na infração 5, de R\$9.868,30 para R\$986,83 (R\$19,90 em 2010 e R\$966,93 em 2011), em face da aplicação retroativa benéfica da Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário interposto e, de ofício, alterar a multa da infração 5 para 1%, em face da aplicação retroativa benéfica da Lei nº 13.461/15, homologar Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 180642.0001/14-5, lavrado contra TOTAL MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$50.394,60, acrescido das multas de 60% sobre R\$13.553,07 e 100% sobre R\$36.841,53, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "b", "d" e "f" e III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$34.616,02, previstas nos incisos IX, XI e XIII-A, "i", do mesmo diploma legal citado, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS