

PROCESO - A. I. N° 278904.0013/15-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDOS - BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0031-04/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/12/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0259-11/16

EMENTA: ICMS. DECISÃO PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. NULIDADE DE DECISÃO. Constatado vício de omissão na Decisão recorrida, que deixou de apreciar os argumentos defensivos do contribuinte, determina-se o retorno dos autos à primeira instância para que sejam corretamente apreciados, sob pena de se configurar supressão de instância e prejuízo ao direito à ampla defesa. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra decisão que julgou Procedente o Auto de Infração que exige multa no valor histórico de R\$446.274,57 em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$427.198,15.

Infração 02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$19.076,42;

Os Ilustres Julgadores da 4ª JJF rejeitaram o pedido de diligência fiscal e afastaram a preliminar de nulidade arguida em primeira instância com base no seguinte:

Na sessão de julgamento o advogado da sociedade empresária requereu a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de seu direito de defesa, tendo em vista que não fora científica da informação fiscal. Rejeito a preliminar aventada, posto que na informação fiscal não fora juntado novos documentos, nem houve alteração nos valores exigidos nem a elaboração de novos demonstrativos.

Outrossim, nego o pedido de diligência, contido na peça defensiva, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor quanto às infrações em lide, como dispõe o art. 147, I, “a” do RAPF/99 (Decreto n° 7.629/99).

O sujeito passivo por meio de seu patrono pede a nulidade do lançamento sob o argumento de que falta informação imprescindível para a constituição da multa, tal como o acréscimo moratório, sem explicar qual índice está sendo utilizado, o que afronta o contraditório e a ampla defesa.

Os acréscimos moratórios estão previstos pela Lei n° 9.837/05 vigente a partir de 01/01/2006, que

Acrescentou à Lei n° 3.956, de 11/12/1981, o § 3º do art. 102, o qual estabelece que a partir de 1º de janeiro de 2006, também incidirão acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória. Logo, nenhuma ilegalidade pode ser apontada quanto ao fato de que no demonstrativo de débito de fls. 06/08, consta a coluna relativa a valores correspondentes ao acréscimo moratório. Não houve cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório haja vista que os valores do acréscimo moratório estão plenamente quantificados no demonstrativo de débito que faz parte integrante do Auto de Infração.

A decadência alegada pelo sujeito passivo foi afastada conforme seguinte fundamentação:

Rejeito a preliminar de mérito relativa à decadência, posto que deve ser seguido o disposto no art. 173, I do CTN, haja vista que sendo o ICMS tributo sujeito a homologação, isso não entra na questão dessa lide, posto

que está sendo exigido multa por descumprimento de obrigação acessória, em razão da falta de registro de documentos fiscais na escrita fiscal do contribuinte, e não a exigência do imposto.

Outrossim, segundo o art. 173, I, do CTN, o sujeito ativo dispõe de 05 (cinco) anos para constituir o seu crédito, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, para os fatos ocorridos no exercício de 2010, o fisco baiano teria até 31/12/2015 para fazer o lançamento dos créditos que considera devido pelos contribuintes, inclusive a aplicação de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias. Portanto, como o Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2015, os lançamentos relativos ao exercício de 2010 não estavam alcançados pela decadência.

Ao analisar o mérito referente à ocorrência do fato gerador das multas aplicadas, a 4ª JJF conclui pela Procedência da autuação fiscal e reduziu o percentual da multa em virtude da alteração legislativa, conforme o seguinte:

No mérito este Auto de Infração exige multa em decorrência da falta de registro de notas fiscais na escrita fiscal do contribuinte, sendo que a infração 01 reporta-se às mercadorias sujeitas à tributação e na infração 02, às entradas de mercadorias não tributadas, relativo aos exercícios de 2010 e 2011.

Os demonstrativos analíticos encontram-se nas fls. 21 a 26, com cópias das notas fiscais fls 27 a 42 do PAF, relativas à infração 01. Quanto à infração 02, cópias dos documentos referentes às notas fiscais e os demonstrativos elaborados pelo auditor fiscal, estão colacionados nas fls. 44 a 61 do PAF.

Não há contestação relativa ao fato de que as notas fiscais não foram lançadas nos livros fiscais, mas o sujeito passivo pede o cancelamento da multa aplicada, sob o argumento de que estão presentes todos os requisitos previstos no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96. Rejeito o pedido posto que embora não tenha sido comprovado a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o fato de o autuado não ter registrado os documentos fiscais na sua escrita fiscal pode levar à omissão de receitas.

Quanto ao pedido de redução da multa para 1% do valor comercial da mercadoria na infração 01, entendo que procede com base no art. 106, I do CTN, como segue.

É que a Lei 7.014/96 foi alterada pela Lei 13.461/15, a qual deu nova redação ao inciso IX do seu artigo 42, reduzindo a penalidade prevista abstratamente, na lei para este tipo de conduta, conforme abaixo.

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...
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 (A redação atual do inciso IX do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15);
...

Assim, a conduta de falta de registro dos documentos na escrita fiscal do contribuinte passou a ser apenada com multa de 1%, montante este reduzido em relação à multa anteriormente prevista de 10%.

Sendo assim, aplico retroativamente o novo dispositivo legal aos casos não definitivamente julgados, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, conforme texto abaixo.

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...
II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...
c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Com base no exposto, reduzo de ofício a penalidade imposta, para o montante de R\$42.719,82, correspondente ao percentual de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria. (infração 01)

Quanto à infração 02, a multa permanece no valor originariamente exigido de R\$19.076,42.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração com redução, de ofício, da multa para 1%, em decorrência da aplicação retroativa do art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, autorizada pelo art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Diante da redução do crédito tributário, foi interposto Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Suscita a nulidade por afronta ao contraditório e a ampla defesa, pois não fora científica para se manifestar sobre a informação fiscal prestada e juntada aos autos pelo respeitável agente fiscal.

Diz que na impugnação apresentada, fora requerida a realização de perícia técnica contábil, em referência ao princípio da busca da verdade material, nos termos dos artigos 140 a 150 do RPAF.

Argumenta que a Decisão recorrida negou a realização do referido pedido, fundamentando em enunciado normativo referente a pedido de diligência, art. 147, I, “a”, do RPAF, que entende não ser aplicável ao caso.

Defende que a decisão, ao negar a realização do pleito da Recorrente, deveria fazê-lo com base no art. 147, II do RPAF.

Alega que em sua impugnação buscou evidenciar que realizou o registro de suas mercadorias nos documentos fiscais: Livro de Registro de Entradas, Livro de Apuração e Declaração de Apuração de ICMS Mensal (DMA), tendo, inclusive, juntado farta documentação, bem como expostos casos exemplificativos para demonstrar todo o por ela alegado.

Assevera que caso não tenha ficado claro o não cometimento das infrações, reitera o pedido a fim de que seja realizada a perícia técnica solicitada, com fulcro nos artigos 140 a 150 do RPAF, sob pena da Recorrente ter afrontado o seu direito ao contraditório e ampla defesa.

Ressalta que o pedido de perícia técnica, com a indicação oportuna da Recorrente de assistente técnico, trata-se de medida de extrema necessidade tendo em vista a complexidade da autuação, sob pena de ficar evidenciado o seu prejuízo ao exercício dos supra princípios do contraditório e da ampla defesa.

Aduz que a Decisão recorrida tem um erro formal no trecho em que assevera que: “*Não há contestação relativa ao fato de que as notas fiscais não foram lançadas nos livros fiscais, mas o sujeito passivo pede o cancelamento da multa aplicada, sob o argumento de que estão presentes todos os requisitos previstos no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96 [...]*”, pois realizou impugnação específica em sua defesa referente à suposta não realização de registro dos documentos fiscais em sua escrita fiscal.

Alega que não fora analisada pela Decisão recorrida, inobstante ter havido impugnação específica e clara por parte da Recorrente, a matéria de defesa de mérito apontada, motivo pelo qual faz-se necessário o retorno do processo administrativo aqui discutido para 1ª instância a fim de que sejam sanadas as irregularidades já apontadas, bem como novo julgamento em instância preambular.

Requer o cancelamento das multas aplicadas, como base o disposto no artigo 42, § 7º da Lei nº 7.014/96. Entende que a possibilidade de ter ocorrido omissão de saídas tributadas não pode impedir o cancelamento da multa em razão do princípio do *in dubio pro contribuinte*, art. 112 do CTN. Argumenta que o ônus da prova é do Fisco e que não pode produzir a prova negativa quanto à não ocorrência de omissão de saídas.

Suscita a decadência do crédito tributário com base no art. 150, §4º do CTN.

VOTO

Quanto ao Recurso Voluntário, observo que a preliminar de nulidade quanto à não intimação para se manifestar sobre a informação fiscal, suscitada pelo contribuinte não merece ser acolhida. O art. 127, §7º, do RPAF determina que: “*Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18.*”.

A informação fiscal de fls. 178-183 não se enquadra na hipótese prevista no referido dispositivo, portanto, não havia obrigatoriedade de intimação do sujeito passivo para se manifestar a respeito

da informação fiscal. Ademais, caso entendesse necessário rebater os argumentos aduzidos pelo Autuante em sede de informação fiscal, o contribuinte poderia tê-lo feito no seu Recurso Voluntário, uma vez que a sua interposição devolve toda a matéria de fato e de mérito à apreciação deste órgão julgador administrativo, no entanto, o Recorrente foi silente quanto aos argumentos contidos na Informação Fiscal.

Sendo assim, rejeito a preliminar de nulidade suscitada quanto à não intimação para se manifestar sobre a informação fiscal.

Por outro lado, observo que assiste razão ao recorrente ao arguir equívoco na Decisão recorrida quanto à suposta não contestação das infrações imputadas.

Consta na Decisão recorrida a equivocada expressão de que “*Não há contestação relativo ao fato de que as notas fiscais não foram lançadas nos livros fiscais, mas o sujeito passivo pede o cancelamento da multa...*”, uma vez que às fls. 85 a 90, o sujeito passivo expressamente contesta a ocorrência das infrações imputadas.

Sendo assim, nota-se que o argumento defensivo deixou de ser apreciado em primeira instância por conta de uma omissão da Decisão recorrida.

Diante deste vício contido na Decisão recorrida, com o fito de evitar-se uma supressão de instância e prejudicar a defesa do contribuinte, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e voto pela nulidade da Decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à primeira instância para que sejam apreciados os argumentos defensivos de fls. 85 a 90.

Em vista disto, resta PREJUDICADO a análise do o Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **278904.0013/15-1**, lavrado contra **BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**. Devendo os autos retornarem à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS