

**A. I. Nº** - 278904.0013/15-1  
**AUTUADO** - BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTES** - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 06.04.2016

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0031-04/16**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Reduzida de ofício a multa da infração 01, 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. Negado o pedido de diligência. Rejeitas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2015, 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;

O sujeito passivo ingressa com defesa, fls. 73 a 98, e após relatar os fatos que levaram à lavratura do Auto de Infração, pede a sua nulidade, pelo fato de que está sendo cobrado o valor de R\$207.695,82, a título de acréscimo moratório, sem explicar qual índice está sendo utilizado, bem como a forma de cálculo utilizada pela Fazenda deste Estado. Tal fato, aduz, caracteriza afronta ao contraditório e ampla defesa, e nesse sentido cita o posicionamento do doutrinador James Marins.

Caso ultrapassada a nulidade pleiteada, afirma que parte dos créditos tributários estão atingidos pelo instituto da decadência. Cediço que o ICMS é um tributo cujo lançamento é realizado por homologação, e, sendo assim, o direito de a Fazenda Pública cobrar eventual crédito tributário expira em até 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, conforme dispõe o art. 150 § 4º do CTN. Cita o art. 107-A do COTEB, e ademais, cabe à lei complementar estabelecer normas sobre prescrição e, em especial, decadência. Assim, não se pode olvidar o disposto no CTN. Traz a jurisprudência do STJ, bem como do STF. Realça que tal fato fora reconhecido pelos Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, José Antonio Marques Ribeiro e Oswaldo Ignácio Amador, vencido apenas em virtude do voto de qualidade do Presidente da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme trecho do Acórdão que cita. Ademais, conforme se observa no Auto de Infração, aqui em debate, o autuado efetuou o pagamento antecipado do crédito tributário que lhe está sendo imputado como devido, sobretudo porque as infrações no auto ora mencionam sobre estorno, ora sobre recolhimento a menor do tributo, sendo deste modo inofensivo que o prazo a quo, para contagem do prazo de decadência é o do fato gerador, conforme já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça. Considerando que a ciência do Auto de Infração ocorreu em

07.04.2015, todos os fatos geradores ocorridos em período anterior a 5 anos contados de tal data, isto é 06.04.2010, estaria alcançada pela decadência.

No mérito, nega que tenha deixada de realizar o registro de tais operações em sua escrita fiscal, o que pode ser comprovado no Livro de Entradas, Livro de Apuração, Declaração de Apuração de ICMS Mensal (DMA).

Aponta que as notas fiscais nº 22.687, 71.211, 71.250, 71.251, e 71.252, estão devidamente registradas em sua escrita fiscal. A verdade dos fatos é que à época o autuado realizou a migração de seu sistema eletrônico de uma versão denominada Cobol, para outra denominada Delsoft, sendo que nesta migração algumas informações, por um lapso, não foram carregadas, quando da transmissão do SPED, sem, entretanto, alterar o registro na escrita fiscal, o qual permaneceu. Salaria que já protocolizou, pedido de correção dos referidos SPEDS (dos06). Ressalta que todos os recolhimentos tributários foram corretamente realizados ao erário estadual, tendo em vista que os registros em escrita fiscal e a apuração estão corretos. Pede a improcedência da infração 01.

No que pertine à infração 02, nega que tenha cometido a infração, pois registrou todas as operações em sua escrita fiscal. A título exemplificativo, indica que as notas fiscais 165, 167, 171, 172, 173, estão devidamente registradas em sua escrita fiscal. Reitera as mesmas razões apontadas na infração 01, tais como a migração de seu sistema eletrônico para uma outra versão. Pede o cancelamento da penalidade aplicada, conforme possibilita o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, vez que não houve dolo fraude ou simulação. Traz à lume o princípio da verdade material e sua aplicação ao presente caso e a seguir invoca a inequívoca possibilidade de juntada de documentação posteriormente à defesa.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

Em 03 de junho de 2015, o sujeito passivo requer a juntada de documentos, esquecidos, por um lapso, de anexá-los. (fls. 152 a 173).

O autuante presta a informação fiscal, fls. 178 a 183, e após relatar a impugnação, inicialmente destaca que se há de repelir qualquer tentativa de proclamar a nulidade do presente lançamento, haja vista a regularidade dos procedimentos adotados na auditoria em questão, com a devida ciência do autuado em relação ao início dos procedimentos de fiscalização, bem assim pelo amplo direito ao conhecimento do conteúdo da autuação e possibilidade de manifestação, exercidos inclusive durante a realização da presente auditoria, conforme se comprova pela documentação acostada entre as fls. 10 e 14 do AI, conforme preceitua o disposto nos incisos II e III do art. 26, aprovado pelo Decreto 7.629/99. Ressalta que a intimação do autuado ocorreu em 08/01/2015, (fl. 10), e os lançamentos trazidos se referem a fatos geradores ocorridos entre 01/01/2010 a 31/12/2011.

No mérito salienta que com o advento da Escrituração Fiscal Digital – EFD (Convênio ICMS 143/06) e do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, a escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como do registro de apuração de impostos, referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, inclusive do ICMS, passaram a ser feitos de forma eletrônica .

Todavia, durante auditoria, ficou evidenciada a falta de registro nas respectivas EFDs de uma grande quantidade de notas fiscais eletrônicas, relativas às operações de entradas de mercadorias em sua maioria tributadas, conforme demonstrativos anexados entre as fls. 20 a 62 do PAF e CD anexo. Ressalta que tal fato não permitiu a plena execução dos roteiros de auditoria previstos , nem tampouco a imprescindível aferição da correta apuração do ICMS devido no período, razão pela qual, por dever de ofício, foi lavrado o presente AI.

No curso de sua defesa, mais uma vez, o sujeito passivo perdeu a oportunidade de comprovar o devido registro das notas fiscais de entradas nas respectivas EFD, uma vez que limitou-se a apresentar recibos de entregas da DMA, além de registros de controles internos, incompletos, de

difícil identificação, com valores consolidados de apuração no período fiscalizado, (fls. 99 a 131 e 154 a 158 do PAF), o que não afasta a aplicação das penalidades cabíveis. Refuta o cabimento da aplicação do art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, vez que o autuado não foi capaz de demonstrar, inclusive através da documentação apresentada, qualquer relação entre as notas fiscais não lançadas e a correção dos valores do ICMS apurado no aludido período. Pede a procedência da autuação.

Posteriormente, o sujeito passivo manifesta-se, fls. 187 a 212, ratifica as razões de defesa anteriormente apresentadas e requer:

- a) A improcedência do Auto de Infração tendo em vista as nulidades apontadas;
- b) No caso de não ser reconhecida a nulidade dos Auto, que no mérito, o mesmo seja julgado totalmente improcedente;
- c) Caso seja mantido, requer o cancelamento da multa, tendo em vista que estão presentes os requisitos previstos no art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, ou subsidiariamente, a redução das multas, e, no caso da infração 01, a redução para o percentual de 1% do valor da mercadoria.
- d) Protesta pela realização de todos os meios de prova existentes, caso necessário, prova pericial contábil.

## VOTO

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 cientificada 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 nº 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 nº 9.837/05 vigente a partir de 01/01/2006, que Acrescentou à Lei nº 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.

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.

Ultrapasso a preliminar de mérito da decadência e passo à análise do mérito da autuação.

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.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278904.0013/15-1**, lavrado contra **BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$61.796,24**, previstas no inciso IX e XI, da Lei nº 7.014/96, com alteração promovida pela Lei nº 13.461/15, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2016

ÁLVARO BARRETO VIEIRA PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - JULGADORA