

PROCESSO - A. I. N° 269096.0026/15-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA. (ORTOBOM)
RECORRIDOS - INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA. (ORTOBOM) E FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO E RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0065-06/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/05/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0063-11/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Modificada a multa de 10% para 1%, conforme alteração da Lei nº 7014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, com efeito, a partir de 11 de dezembro de 2015, com base no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, que orienta a aplicação retroativa da multa mais benéfica. Refeitos os cálculos, reduzido o valor exigido. Infração procedente com redução da penalidade aplicada. Mantida a Decisão. **b)** NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. CANCELAMENTO IRREGULAR. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Notas Fiscais Eletrônicas (NFe) devidamente autorizada no sistema nacional, escrituradas como “canceladas”. Comprovado que parte das NFe's emitidas em regime de contingência substituem as que foram escrituradas como canceladas. Não comprovado o cancelamento ou recolhimento do imposto relativo às demais NFe's. Modificada a Decisão com relação à infração 3, com afastamento da exigência fiscal relativo às notas fiscais que não escrituradas pelos estabelecimentos destinatários. Inocorrência de operação de circulação de mercadoria. Mantida a exigência relativa às notas fiscais em que foram apresentado apenas declaração de não aquisição por parte dos destinatários. Recurso de Ofício **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão por maioria. Recurso Voluntário **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida que desonerou em parte os valores exigindo nas infrações 1 e 3, e de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em relação ao valor remanescente da infração 3 nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

O Auto de Infração lavrado em 30/09/15, exige crédito tributário no valor de R\$79.623,97, sendo que a infração 2 foi reconhecida integralmente e as infrações 1 e 3 são objeto dos recursos que acusam:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. conforme demonstrativo de débito gravado em mídia (CD) anexo a este PAF à fl. 10 - R\$19.108,53.

3. Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, conforme demonstrativo de débito gravado em mídia (CD - fl. 10) R\$59.371,41.

Na Decisão proferida (fls. 195/202), inicialmente foi indeferido o pedido de constituição de provas, por entender que os elementos constantes do que o processo era suficiente para formação da convicção dos julgadores (art. 147, I, “a” do RPAF/BA).

Ressaltou que as infrações 1 e 2 foram plenamente reconhecidas e pelo sujeito passivo, decorrentes de entradas no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, de mercadorias sujeitas e não sujeitas a tributação do ICMS (art. 42, IX e XI, da Lei nº 7.014/96).

No que se refere à infração 1, apreciou que:

Verifico, entretanto, que a multa constante no art. 42, IX, foi modificada para 1%, a mesma do inciso XI, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito, a partir de 11 de dezembro de 2015, não havendo mais diferenciação de percentuais de multas para as situações postas, cabendo, portanto, com base no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica.

Neste sentido, com a alteração da multa promovida pela Lei nº 13.461/2015, por quantum a falta de registro de notas fiscais nos livros fiscais próprios, agora estão unificadas, para o percentual de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria, seja com tributação, ou sem tributação, ou com fase de tributação encerrada, relativas as entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Diante do exposto, em relação a infração 1, que diz respeito a entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devidos registro na escrita fiscal, a partir do demonstrativo de débito da autuação às fls. 1 e 2 dos autos, cabe um novo demonstrativo de débito, adequado a penalidade de 10% para 1% , para qualquer das situações de falta de registro de entrada, na escrita fiscal, de mercadorias sujeitas a tributação ou não, ou com tributação com fase encerrada, conforme a seguir:

No demonstrativo de fl. 199, foi modificada a aplicação do porcentual de 10% para 1% sobre a base de cálculo apurada, o que implicou na redução do débito de R\$19.108,53 para R\$1.910,82.

Por sua vez, com relação à infração 3, fundamentou que:

... diz respeito ao sujeito passivo ter deixado de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, e que por isso foi lançado ICMS no valor de R\$59.371,41, conforme demonstrativo de débito gravado em mídia (CD) anexo a este PAF à fl. 10, com enquadramento no art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inc. I; § 6º do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, trata-se, na forma da descrição dos atos, de notas fiscais eletrônicas - NFe nº 2857, 3383, 3546, 3775, 3822, 3832, 3831, 3833, 3829, 3830, 33, 34, 35, 43, 44, 60 e 76 – devidamente autorizadas no repositório do sistema nacional, que não foram canceladas pelo sujeito passivo, e, também, à luz da acusação, não lançadas na escrita fiscal, nem tampouco computadas na apuração do imposto, conforme as datas de ocorrência dos fatos, 29/02/2012, 31/05/2012, 30/06/2012 e 31/08/2012 destacadas na caracterização da autuação à fl. 3 dos autos.

Sobre a acusação de que foram autorizadas e não foram canceladas no repositório nacional do sistema nacional de notas fiscal eletrônica, não há controvérsia entre as partes; entretanto, quanto à acusação de que não foram lançadas na escrita fiscal, e, por conseguinte não foram lançadas na escrita fiscal, veem-se as folhas 115, 130, 132, 134, 136, 140, 142, 144, 146 e 148 cópias do livro Registro de Saída (LRE), acostados aos autos pelo deficiente, os registro de todas as notas fiscais objeto da acusação, porém com a observação “NF CANCELADA”, bem assim com os campos, relacionados aos valores fiscais das operações, sem o preenchimento, o que de fato caracteriza que não foram computadas na apuração do imposto.

Neste sentido a lide reside no fato do sujeito passivo não ter efetuado o cancelamento das citadas notas no repositório do sistema nacional de nota fiscal eletrônica na forma que determina a legislação. Aliás, sobre tal assertiva, este Relator, através do site www.sefaz.ba.gov.br acessando o sistema nacional de NFe, atesta que todas essas notas fiscais de fato encontram-se no estado de situação ativa e devidamente autorizada.

Em sede de defesa, o sujeito alega tratar-se, em verdade, de notas fiscais que deveriam ter sido canceladas junto ao sistema da SEFAZ, à época dos fatos geradores, já que em seu lugar foram emitidas outras notas em sistema de contingência, mas que por falha humana e do seu aplicativo que operacionaliza o sistema de NFe, associados à intercorrências no sistema de emissão de notas fiscais eletrônicas da SEFAZ, tal fato não ocorreu.

Para justificar a magnitude da intercorrência no Sistema de Emissão de NFe da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, à época dos fatos geradores, traz aos autos, à fl. 113, matéria publicada no Jornal a Tarde, desenvolvida com o Diretor de Tecnologia da Informação da SEFAZ, onde referenda a “situação de contingência” aventada pelo sujeito passivo, para as situações postas na manifestação de defesa (fls. 20/26).

Relativamente às notas fiscais eletrônicas nº 2857, 3383, 3546, 3775, 3822, 3832, 3831, 3833, 3829, 3830, 33, 34, 35, 43, 44, 60 e 76, objeto da presente autuação, emitidas no sistema nacional de nota fiscal eletrônica e não canceladas, alega o sujeito passivo que foram todas substituídas, na forma da rotina de contingência do sistema de notas fiscais eletrônicas do repositório nacional, por outras notas fiscais eletrônicas, nas mesmas condições de vendas das notas canceladas, com isso dar curso as operações de movimentação das mercadorias aos seus destinatários, sem qualquer alteração das condições negociais, com os destinatários das mercadorias, que deram causa ao demonstrativo de débito da infração 3, constante do CD à fl. 10 dos autos.

O defensor indica, na manifestação de defesa às fls. 22, 23, 24 e 25, de que as notas fiscais eletrônicas que foram emitidas em “situação de contingência” para substituir as notas 3822, 3832, 3831, 3833, 3829 e 3830, são elas na mesma ordem: NF-1 (fl. 28), NF-10 (fl. 32), NF-9 (fl. 31), NF-11 (fl. 33), NF-7 (fl. 29) e NF-8 (fl. 30). Por sua vez, relativamente às notas fiscais eletrônicas 2857, 3383, 3546, 3775, 33, 34, 35, 43, 44, 60 e 76 (fl. 25) apenas destaca que foram canceladas, porém não indica quais notas fiscais, em contingência, foram emitidas para substituí-las.

Compulsando mais detidamente, inclusive com verificação deste Relator, no sistema de nota fiscal eletrônica da SEFAZ, cada uma das notas fiscais emitidas - NF-1 (fl. 28), NF-10 (fl. 32), NF-9 (fl. 31), NF-11 (fl. 33), NF-7 (fl. 29) e NF-8 (fl. 30) – observo, portanto, como destacado pelo sujeito passivo na defesa, excetuando os campos referentes à “data de geração”, “pedido e concessão de autorização”, e o “número de duplicata do pagamento da operação” (porque alterou para o modo de contingência), os demais dados relativo às notas fiscais eletrônicas originais substituídas, são exatamente iguais, conforme o seguinte relacionamento:

NF-e Original	DATA	CHAVE DA NF-e	VALOR	NF-e Contig	DATA	CHAVE DA NF-e	VALOR	NF (PAF)	LRS (PAF)
3822	14/08/2012	29120802748342000462550010000038221008511107'	98.073,96	NF-1	15/08/2012	2912 0802 7483 4200 0462 5590 0000 0000 0130 0888 8883	98.073,96	28	115
3832	15/08/2012	29120802748342000462550010000038321008011100'	37.351,91	NF-10	15/08/2012		37.351,91	32	115
3831	15/08/2012	2912080274834200046255001000003831100202888'	116.748,43	NF-9	15/08/2012	2912 0802 7483 4200 0462 5590 0000 0000 0830 0999 9990	116.748,43	31	115
3833	15/08/2012	29120802748342000462550010000038331000666032'	31.605,00	NF-11	15/08/2012		31.605,00	33	115
3829	15/08/2012	29120802748342000462550010000038291007111360'	77.259,57	NF-7	15/08/2012	2912 0802 7483 4200 0462 5590 0000 0000 0730 0555 5550	77.259,57	29	115
3830	15/08/2012	29120802748342000462550010000038301003797330'	39.677,50	NF-8	15/08/2012	2912 0802 7483 4200 0462 5590 0000 0000 0830 0999 9990	39.677,50	30	115

Ainda na perspectiva de efetivamente comprovar a fidedignidade da informação quanto ao efetivo relacionamento das notas fiscais originalmente emitidas, com as notas fiscais substitutas em regime de contingência vê-se no campo “Informações Adicionais de Interesse do Fisco” das notas fiscais eletrônicas nºs 3822 (fl. 46), 3832 (fl. 100), 3831 (fl. 85), 3833 (fl. 108), 3829 (fl. 46), e 3830 (fl. 76), são as mesmas informações constantes nas notas fiscais eletrônicas substitutas emitidas em situação de contingência NF-1 (fl. 28), NF-10 (fl. 32), NF-9 (fl. 31), NF-11 (fl. 33), NF-7 (fl. 29) e NF-8 (fl. 30), conforme a seguir:

NF-e Original	NF-e Contig	Informações Adicionais de Interesse do Fisco
3822	NF-1	PED 4907,4901,4962 + 10%\Frete incluso no valor da merc. doc. val. como como conhec.de transport.remet.cf. Art.646 II Dec. 6284/97\Cliente: 000019 Pedido: 0004076 C
3832	NF-10	PED 4071/1\Frete incluso no valor da merc. doc. val. como como conhec.de transport.remet.cf. Art.646 II Dec. 6284/97\Cliente: 000023 Pedido: 0004090 Carga: 103689\
3831	NF-9	PED 4703/1\Frete incluso no valor da merc. doc. val. como como conhec.de transport.remet.cf. Art.646 II Dec. 6284/97\Cliente: 000001 Pedido: 0004086 Carga: 103688\
3833	NF-11	PED 5112\Frete incluso no valor da merc. doc. val. como como conhec.de transport.remet.cf. Art.646 II Dec. 6284/97\Cliente: 000007 Pedido: 0004089 Carga: 103690\
3829	NF-7	PED 3620,3618\Frete incluso no valor da merc. doc. val. como como conhec.de transport.remet.cf. Art.646 II Dec. 6284/97\Cliente: 000011 Pedido: 0004084 Carga: 1036
3830	NF-8	PED 4703/1\Frete incluso no valor da merc. doc. val. como como conhec.de transport.remet.cf. Art.646 II Dec. 6284/97\Cliente: 000001 Pedido: 0004085 Carga: 103687\

Neste sentido, à luz de outras informações constantes do presente PAF, como a informação fiscal dos próprios Fiscais Autuantes à fl. 167, que, mesmo o defensor acostando aos autos vários elementos e considerações de provas, momento nenhum contrapõe a defesa quanto à assertividade ou não da emissão das notas fiscais emitidas em situação de contingência, apenas limitam-se a destacar que as notas fiscais eletrônicas da primeira emissão, que são as integrantes do demonstrativo de débito da autuação objeto em análise, “são documentos que tiveram possibilidade de surtir efeitos jurídicos e financeiros fora do alcance da fiscalização, e desta forma o benefício da dúvida há de convergir para o erário”; denotam serem sim as notas fiscais eletrônicas que efetivamente deram curso as mercadorias objeto das notas fiscais nºs 3822, 3832, 3831, 3833, 3829 e 3830, que fazem parte integrante do demonstrativo de débito da infração 3, foram as notas fiscais eletrônicas emitidas em situação de contingência NF-1 (fl. 28), NF-10 (fl. 32), NF-9 (fl. 31), NF-11 (fl. 33), NF-7 (fl. 29) e NF-8 (fl. 30).

Quanto as demais notas fiscais que integram o demonstrativo de débito da infração 3, o sujeito passivo nada acosta aos autos elementos que se possa referendar de que de fato as notas fiscais eletrônicas nº 2857, 3383, 3546, 3775, 3822, 3832, 3831, 3833, 3829, 3830, 33, 34, 35, 43, 44, 60 e 76, tenham sido substituídas por quaisquer outras notas fiscais eletrônicas em situação de contingência, apenas citam essa afirmação na defesa. Neste aspecto, diferentemente das notas nºs 3822, 3832, 3831, 3833, 3829 e 3830, o defensor não informa quais notas fiscais foram emitidas. Aliás, em outro momento da defesa, destaca que apenas teria cancelado essas notas fiscais, neste caso, também não traz aos autos quaisquer elementos de prova de que tais mercadorias, objeto das citadas notas, não saíram do seu estabelecimento.

Desta forma, relativamente as notas nºs 3822, 3832, 3831, 3833, 3829 e 3830, considerando que está provado nos autos que as notas fiscais que efetivamente deu curso as mercadorias foram as notas fiscais eletrônicas emitidas em situação de contingência NF-1 (fl. 28), NF-10 (fl. 32), NF-9 (fl. 31), NF-11 (fl. 33), NF-7 (fl. 29) e NF-8 (fl. 30), e quanto a essas notas fiscais o imposto foi devidamente recolhido aos cofres do Estado da Bahia, vez que os próprios Fiscais Autuantes na informação fiscal em nada contradiz a essa informação do sujeito passivo, observo que cobrar o imposto relativo as notas nºs 3822, 3832, 3831, 3833, 3829 e 3830, dado, eminentemente, por conta de falha de procedimento na rotina de cancelamento de nota fiscal no sistema

nacional de emissão de nota fiscal eletrônica, vez que na escrita fiscal o defendant agiu na forma da legislação, estaria a Fazenda Pública cobrando em duplicidade o imposto.

Desta forma, entendo que deva ser excluído do demonstrativo da infração 3 o imposto relativo as notas nºs 3822, 3832, 3831, 3833, 3829 e 3830, estando caracterizada a infração para as notas fiscais eletrônicas nº 2857, 3383, 3546, 3775, 3822, 3832, 3831, 3833, 3829, 3830, 33, 34, 35, 43, 44, 60 e 76. Isto posto, o valor da infração de vê ser alterado de R\$59.371,41, para o valor de R\$10.751,06 na forma do demonstrativo abaixo:

Dt. Ocorr.	Dt. Venc.	Valor Histórico
29/02/2012	09/03/2012	536,62
31/05/2012	09/06/2012	2.098,56
30/06/2012	09/07/2012	7.165,27
31/08/2012	09/09/2012	950,61
Total da Infração 03		10.751,06

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela, por restar procedentes as infrações 1 e 2 pelo reconhecido do defendant, com refazimento do débito da infração 1, dado a modificação da penalidade da multa de 10% para 1% na forma promovida pela Lei nº 13.461/2015, e procedente em parte a infração 3, pelas razões acima expostas.

A 6ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a”, do RPAF-BA.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 214/216) o sujeito passivo comenta as infrações, a Decisão da primeira instância que desonerou parte dos valores exigidos e afirma que a infração 3 reporta-se a não recolhimento do ICMS sobre NFe autorizadas pelo Sistema Nacional, que não foram canceladas, nem lançadas na escrita fiscal digital, nem computadas na apuração do ICMS.

Afirma que, “*por nunca ter entrada em Contingência*”, não percebeu que as NFes nºs 2857, 3383, 3546, 3775, 33 a 35, 43, 44, 60 e 76 estavam abertas no sistema.

Diz que os documentos que ora anexa ao recurso, comprovam que as mercadorias não circularam, o que pode ser comprovado por meio das cópias dos livros de Registro de Entradas das empresas destinatárias das NFes, que constam em aberto, além de declarações atestando que as notas fiscais não foram escrituradas na escrita fiscal, conforme tabela anexa.

Destaca ainda que o AI 401140.3768-48/6 com valor de R\$465.948,94 foi lavrado no Estado de Goiás onde consta a NFe nº 3546 com valor do ICMS de R\$7.165,27, com a mesma infração autuada no Estado da Bahia, reforça o entendimento de que não houve circulação de mercadoria, visto que a NFe não foi recepcionada pelo destinatário, bem como no seu livro REM.

Solicita reconhecimento do equívoco cometido por desconhecimento, na medida em que está solicitando cancelamento de todas as notas fiscais em aberto perante à SEFAZ/BA.

Ante ao exposto, requer que o fato deve ser reconhecido como indiciário da falta cometida e acolhimento do recurso julgando Improcedente a infração 3.

Na assentada do julgamento foi questionado se houve comprovação da escrituração das notas fiscais emitidas em contingência referente à infração 3, cuja exigência fiscal foi afastada na Decisão proferida pela primeira instância. O patrono do recorrente solicitou que fosse acostado ao processo cópia do livro RSM, onde foram escrituradas as NFes emitidas em contingência.

VOTO (Vencido quanto à infração 3)

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício interposto pela 6ª JJF quanto à desoneração de parte dos valores exigidos nas infrações 1 e 3.

No que se refere à infração 1, que aplica multa de 10% sobre o valor da entrada das mercadorias tributáveis no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal, foi decidido pela conversão em aplicação do porcentual de 1%, com base no princípio da retroação benigna da lei.

Conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, o art. 42, IX da Lei nº 7.014/96 estabelecia multa de 10% do valor comercial da mercadoria sujeita à tributação, que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, foi modificado para o porcentual de 1%,

pela Lei nº 13.461/2015, com efeito, a partir de 11/12/15.

Pelo exposto, considero correta a Decisão, com fundamento do disposto no art. 106, II, “c” do CTN, com a aplicação retroativa da multa mais benéfica ao estabelecimento autuado, o que implicou na redução do débito da infração 1, de R\$19.108,53 para R\$ 1.910,82.

No que se refere ao voto proferido pela Conselheira Juliana Santos da Silva, com posicionamento de que a multa de caráter acessória deve ser reduzida em 50%, nos termos do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, observo que a infração acusa aplicação de multa de 10%, que foi reduzida para 1% do valor das mercadorias que a empresa deu entrada no estabelecimento, sujeita a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal.

Em tal circunstância, o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 prevê que considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento que ocorrer ... “existência de entrada de mercadorias não contabilizadas...”. Portanto, o procedimento adotado pelo sujeito passivo implica em descumprimento de obrigação principal. Também, o fato de o contribuinte não registrar a operação de entrada de mercadoria pode implicar em não pagamento do ICMS, visto que a contrapartida da operação contábil da compra da mercadoria é o desembolso de recurso da conta Caixa, ou de assumir a obrigação de pagar (fornecedores) que no momento do pagamento resulta em baixa do valor correspondente na conta Caixa. Neste caso, se o sujeito passivo não registra a operação de entrada, também não registra a saída do recurso da conta Caixa, cuja origem da entrada também pode não ter sido contabilizada.

Pelo exposto, o § 7º, entendo que já tendo sido aplicada o princípio da retroatividade benigna que implicou na redução do porcentual da multa de 10% para 1% (reduzindo o débito original de R\$19.108,53 para R\$1.910,85), a natureza da multa pelo não registro de entrada de mercadorias na escrita fiscal pode implicar em falta de recolhimento do imposto, conforme acima apreciado, o que vai de encontro ao disposto no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, motivo pelo qual me posiciono pelo não acolhimento da proposição da n.Conselheira.

A infração 3 acusa falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente à NFes emitidas e não escrituradas nos livros fiscais próprios.

Na defesa a empresa alegou que algumas notas fiscais lançadas que a fiscalização exigiu o imposto por não ter sido comprovado que foram “canceladas”, foram emitidas em regime de contingência, porém lançou no livro de Registro de Saída de Mercadorias (RSM) como “canceladas”, e em seguida lançou uma outra NFe em sua substituição.

A 6ª JJF acatou em parte esta alegação, após realizar o confronto dos documentos apresentados na defesa, com os livros fiscais, o que implicou na redução do débito de R\$59.371,41 para R\$10.751,06.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que no voto proferido pela 6ª JJF foi fundamentado que:

- As NFes nºs 3822, 3832, 3831, 3833, 3829, 3830 (fls. 35 a 109) constam no repositório do sistema nacional de NFe, foram lançadas no livro RSM do estabelecimento autuado como “canceladas” (fl. 115);
- As NFes de nºs 1; 10; 9; 11; 7 e 8 (fl. 28 a 33), apresentam os mesmos dados, alterando apenas o modo de contingência, conforme comparativo indicado na fl. 201:

NF-e Original	DATA	CHAVE DA NF-e	VALOR	NF-e Contig	DATA	CHAVE DA NF-e	VALOR	NF (PAF)	LRS (PAF)
3822	14/08/2012	29120802748342000462550010000038221008511107'	98.073,96	NF-1	15/08/2012	2912 0802 7483 4200 0462 5590 0000 0000 0130 0888 8883	98.073,96	28	115
3832	15/08/2012	29120802748342000462550010000038321008011100'	37.351,91	NF-10	15/08/2012		37.351,91	32	115
3831	15/08/2012	29120802748342000462550010000038311002028888'	116.748,43	NF-9	15/08/2012	2912 0802 7483 4200 0462 5590 0000 0000 0830 0999 9990	116.748,43	31	115
3833	15/08/2012	291208027483420004625500100000383310066032'	31.605,00	NF-11	15/08/2012		31.605,00	33	115
3829	15/08/2012	29120802748342000462550010000038291007111360'	77.259,57	NF-7	15/08/2012	2912 0802 7483 4200 0462 5590 0000 0000 0730 0555 5550	77.259,57	29	115
3830	15/08/2012	29120802748342000462550010000038301003797330'	39.677,50	NF-8	15/08/2012	2912 0802 7483 4200 0462 5590 0000 0000 0830 0999 9990	39.677,50	30	115

- Consta no campo de “Informações Adicionais de Interesse do Fisco” das NFes lançadas como canceladas de nºs 3822, 3832, 3831, 3833, 3829 e 3830 (fls. 46, 100, 85, 108 76), as mesmas

informações constantes nas NFes substitutas emitidas em situação de contingência de nºs 1, 10, 9, 11, 7 e 8 (fls. 28, 32, 31, 33, 29 e 30), conforme indicado (fl. 201):

NF-e Original	NF-e Contig	Informações Adicionais de Interesse do Fisco
3822	NF-1	PED 4907,4901,4962 + 10%\Frete incluso no valor da merc. doc. val. como como conhec.de transport.remet.cf. Art.646 II Dec. 6284/97\Cliente: 000019 Pedido: 0004076 C
3832	NF-10	PED 4071/1\Frete incluso no valor da merc. doc. val. como como conhec.de transport.remet.cf. Art.646 II Dec. 6284/97\Cliente: 000023 Pedido: 0004090 Carga: 103689\
3831	NF-9	PED 4703/1\Frete incluso no valor da merc. doc. val. como como conhec.de transport.remet.cf. Art.646 II Dec. 6284/97\Cliente: 000001 Pedido: 0004086 Carga: 103688\
3833	NF-11	PED 5112\Frete incluso no valor da merc. doc. val. como como conhec.de transport.remet.cf. Art.646 II Dec. 6284/97\Cliente: 000007 Pedido: 0004089 Carga: 103690\
3829	NF-7	PED 3620,3618\Frete incluso no valor da merc. doc. val. como como conhec.de transport.remet.cf. Art.646 II Dec. 6284/97\Cliente: 000011 Pedido: 0004084 Carga: 1036
3830	NF-8	PED 4703/1\Frete incluso no valor da merc. doc. val. como como conhec.de transport.remet.cf. Art.646 II Dec. 6284/97\Cliente: 000001 Pedido: 0004085 Carga: 103687\

De acordo com o exposto e conforme apreciado pelo julgador da primeira instância, embora a fiscalização não tenha reconhecido as alegações defensivas, constata-se que efetivamente, os dados constantes das notas fiscais que foram lançadas como canceladas (NFes nºs 3822, 3832, 3831, 3833, 3829, 3830 - fls. 35 a 109) corresponde na sua quase totalidade aos dados que constam nas notas fiscais que foram emitidas em regime de contingência (NFes nºs 1, 10, 9, 11, 7 e 8 - fls. 28, 32, 31, 33, 29 e 30).

Constatou que no quadro comparativo constante do voto à fl. 201, foi indicado que as NFes de nºs 1, 7, 8, 9, 10 e 11 foram lançadas na fl. 115, conforme indicado na coluna intitulada “LRS(PAF)”.

Diante do questionamento suscitado de que a cópia do LRS acostado à fl. 115 da defesa, indica os números das NFes 3822, 3832, 3831, 3833, 3829, 3830, como “canceladas”, o recorrente acostou cópia do livro RSM, no qual consta que as NFes nºs 1, 7, 8, 9, 10 e 11 foram escrituradas na fl. 1, como operações tributadas pelo imposto.

Pelo exposto, há de se reconhecer como verdadeiro a alegação defensiva de que as NFes emitidas em regime de contingência corresponde as NFes que foram emitidas e escrituradas como canceladas e foram substituídas por NFes emitidas em regime de contingência e que foram tributadas no mesmo mês, não causando qualquer prejuízo ao Erário.

Assim sendo, com relação ao Recurso de Ofício, não merece nenhum reparo a Decisão proferida pela 6ª JJF, ficando mantida a Procedência em Parte da infração 3.

No que se refere ao Recurso Voluntário, constato que o recorrente reapresentou o argumento defensivo de que, “*por nunca ter entrada em Contingência*”, não percebeu que as NFes nºs 2857, 3383, 3546, 3775, 33, 34, 35, 43, 44, 60 e 76 estavam abertas no sistema, mas que as mercadorias não circularam, conforme cópias dos livros REM das empresas destinatárias das NFes, que constam em aberto, além de declarações atestando que as notas fiscais não foram escrituradas (fl. 215).

Também, que o AI 401140.3768-48/6 com valor de R\$465.948,94 foi lavrado no Estado de Goiás no qual consta a NFe 3546 com valor do ICMS de R\$7.165,27, com a mesma infração autuada no Estado da Bahia.

Com relação ao primeiro argumento, o recorrente acostou às fls. 257 a 355, declarações emitidas pelos estabelecimentos destinatários de que não adquiriu as mercadorias e juntou cópias dos livros REM, nos quais não constam escrituração das citadas NFes.

Tomando por exemplo a Nota Fiscal nº 2587, o estabelecimento destinatário é a Matriz do estabelecimento autuado com o CNPJ 02.748.342/0001-10, localizado no mesmo bairro do estabelecimento autuado (Valéria/Salvador), que declara não ter lançado a referida NFe (fl. 218), conforme cópia do livro REM acostados às fls. 219 a 304.

Da mesma forma acosta declarações dos destinatários das NFes nºs 3383, 3546, 3775, 33 a 35, 43, 44 e 60.

Conforme apreciado na Decisão ora recorrida, as mencionadas NFes constam no sistema nacional como emitidas e autorizadas, porém não foram escrituradas no LRS do estabelecimento autuado, ficando fora da apuração do ICMS que foi destacado.

Com relação a estas NFes, relacionadas no demonstrativo de débito elaborado pela fiscalização, a empresa não apresentou qualquer prova de que foram canceladas ou que tenham sido substituídas por outras NFes emitidas em regime de contingência, que tenha sido escriturada e oferecida a tributação. Assim sendo, as mencionadas NFes regularmente emitidas produziram seus efeitos jurídicos de operações de circulação de mercadorias e o fato dos destinatários

declararem não ter recebido as mercadorias e que também não as escrituraram, não desconstitui seus efeitos legais.

Devo ressaltar que a Nota Fiscal nº 2587 acima exemplificada foi destinado a outro estabelecimento da própria empresa, e não é razoável que a emissão de documentos fiscais que acobertem operações de circulação de mercadorias entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, não tenha sido identificado e corrigido as supostas falhas alegadas antes do início da ação fiscal.

Com relação à NFe 3546, observo que a cópia do AI 401140.3768-48/6 lavrado pela Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás indica que o estabelecimento destinatário deixou de escriturar no livro REM (EFD) diversas NFes de entrada, entre as quais a NFe 3546, o que culminou na aplicação de multa com porcentual de 25% sobre o valor das operações.

Neste caso, a autuação no estabelecimento destinatário não desconstitui a exigência fiscal objeto desta infração, visto que apesar de haver uma conexão das infrações com a mesma operação de circulação de mercadoria, as mesmas possuem naturezas excludentes, ou seja, no estabelecimento emitente da NFe está se cobrando o imposto, por não ser sido comprovado que a mesma tenha sido cancelada, não ter sido escriturada e não ter sido computado na apuração do ICMS. Já a infração imputada ao estabelecimento destinatário foi de aplicação de multa pelo não registro de entrada das mercadorias consignadas no mesmo documento fiscal.

Por tudo que foi exposto, considero correta a Decisão pela manutenção da exigência relativo às mencionadas notas fiscais.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, restabelecendo a exigência do valor total da infração 3 de R\$59.371,41.

VOTOS DIVERGENTE (Quanto à redução da multa da infração 1) e VENCEDOR (Quanto à exclusão dos valores relativos às NFes da infração 3, que não foram escrituradas no estabelecimento destinatário)

A divergência por mim levantada trata de dois pontos do presente processo.

No que tange a infração 1, o contribuinte deixou de lançar na escrituração fiscal notas fiscais sujeitas a tributação.

Nesse item, a conduta do contribuinte foi sancionada pelas disposições do art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96, que apresenta a seguinte redação:

Art. 42 – (...)

X - 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.

No entanto, durante a leitura de todo o processo, constata-se que o mesmo se deu por uma série de erros escusáveis, não se vislumbrando nenhum tipo de conduta maculada por dolo, fraude ou má-fé por parte do Autuado.

Neste diapasão, o art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, que prescreve que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação, o que se coaduna com o caso dos autos, devendo a multa aplicada ser reduzida em 50%.

No que tange a infração 3, apesar de não constar nos autos do presente processo fiscal notas substitutivas para as Notas Fiscais Eletrônicas de nºs 2857, 3383, 3546, 3775, 3882, 3832, 3831, 3833, 3829, 3830, 33, 34, 35, 43, 44, 60 e 76, apenas no que se refere as Notas Fiscais de nºs 33, 34, 35 não foram acostadas provas contundentes da não circulação das mercadorias objeto das referidas notas. No que concerne às Notas Fiscais de nºs 2857, 3383, 3546, 3375, 3382, 3832, 3831, 3833, 3829, 3830, 43, 55, 60 e 76, o contribuinte acostou os respectivos livros de entrada dos destinatários, comprovando a não circulação das mercadorias.

Ademais, o contribuinte acostou juntamente com sua peça defensiva, matéria publicada pelo jornal “A TARDE” do ano de 2012, ano de ocorrência, dos fatos geradores dos Autos de Infração, relatando a respeito dos problemas técnicos do sistema de emissão de notas fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SEFAZ), o que corroborou com as falhas cometidas pelo contribuinte, por ter sido forçado a operar em regime de contingência e não se encontrar familiarizado o com referido regime.

Por tudo quanto exposto, voto no sentido de ser excluído do demonstrativo da infração 3 o imposto relativo às Notas Fiscais de nºs 2857, 3383, 3546, 3375, 3382, 3832, 3831, 3833, 3829, 3830, 43, 55, 60 e 76, permanecendo caracterizada a infração para as Notas Fiscais de nºs 33, 34, 35.

Portanto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício e Voluntário apresentados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto a infração 1, com voto de qualidade do presidente, e não unânime quanto a infração 3, **PROVER PARCIALMENTE** os Recurso de Ofício e Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269096.0026/15-5**, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA. (ORTOBOM)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$468,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$3.054,85**, previstas nos incisos IX e XI, do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologando os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à exclusão dos valores relativos às NFes da infração 3, que não foram escrituradas no estabelecimento destinatário) – Conselheiros(as): Juliana Santos da Silva, Laís de Carvalho Silva, Valnei Sousa Freire e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Quanto à exclusão dos valores relativos às NFes da infração 3, que não foram escrituradas no estabelecimento destinatário) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana e Paulo Danilo Reis Lopes.

VOTO VENCEDOR (Quanto à redução da multa da infração 1) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana e Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à redução da multa da infração 1) – Conselheiros(as): Juliana Santos da Silva, Laís de Carvalho Silva e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Infração 3)

JULIANA SANTOS DA SILVA – VOTOS DIVERGENTE
(Infração 1) e VENCEDOR (Infração 3)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS