

PROCESSO - A. I. Nº 278904.0013/15-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (ALUMÍNIO BELMETAL)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0049-04/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/11/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0375-12/17

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL DOCUMENTOS FISCAIS. (Redução da multa de 10% para 1% em obediência à Lei). **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 nº 7.014/96, autorizada pelo art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Negado o pedido de diligência e de perícia fiscal. Rejeitas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE** com redução, de ofício, da multa para 1%, na infração 1, em decorrência da aplicação retroativa do art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, autorizada pelo art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Temos em análise o Recurso de Ofício contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração nº 278904.0013/15-1, lavrado em 31/03/2015 para cobrar ICMS no valor histórico de R\$446.274,57, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – 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 2 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$19.076,42;

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 11/04/2017 (fls. 399 a 405) e decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epigrafe. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

O presente processo administrativo fiscal retorna para julgamento em 1ª instância, haja vista a decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal por meio do Acórdão CJF Nº 0259-11/16, que deliberou pela nulidade da decisão de primeira instância, Acórdão JJF Nº 0031-04/16, por constatar vício de omissão na Decisão recorrida, que deixou de apreciar os argumentos defensivos do contribuinte, pena de supressão de instância e prejuízo à ampla defesa.

Primeiramente rejeito a preliminar aventada de que a autuação seria nula, por cerceamento de direito de defesa, tendo em vista que a sociedade empresária não fora cientificada da informação fiscal. Ocorre que na informação fiscal, ora questionada, não foram juntados novos documentos, nem houve alteração nos valores exigidos nem a elaboração de novos demonstrativos e somente nessas hipóteses o sujeito passivo teria que ser intimado para ter ciência da mesma. Eis o que dispõe o art. 127 § 7º do RPAF/99, Decreto 7.629/99: “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. Ademais, consoante o parágrafo seguinte, ou seja o § 8º, “É dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada”.

Outrossim, nego o pedido de diligência, contido na peça defensiva, haja vista que os elementos constante 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). Também fica negado o pedido de perícia fiscal, nos termos do art. 147, II, “a” e “b”, pois a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, bem como mostra-se desnecessária em vista de outras provas produzidas. Ademais, o indeferimento do pedido de prova, diligência ou perícia será feito pelo relator, quando este, individualmente, não houver acatado o pleito, devendo as razões do indeferimento serem enunciadas e fundamentadas na exposição do seu voto. (§ 2º, I do art. 147).

Rejeito a preliminar de mérito relativa à decadência, posto que deve ser seguido o disposto no art. 173, I do CTN, haja vista que embora o ICMS seja um tributo sujeito a homologação, tal fato não alcança o objeto desta lide, posto que está sendo exigido multa por descumprimento de obrigação acessória, ou seja, uma obrigação de fazer, em razão da falta de registro de documentos fiscais na escrita fiscal do contribuinte, e não a exigência do imposto.

Desse modo aplico o art. 173, I, do CTN, que reza que o sujeito ativo dispõe de 05 (cinco) anos para constituir o crédito tributário, 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 foram alcançados pela decadência.

Também 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 os acréscimos moratórios, já que não houve a explicação de índice está sendo utilizado, fato 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, na forma prevista no inciso II do § 2º deste artigo, qual seja, se reclamados através de Auto de Infração, 1º (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de 30 (trinta) dias de atraso. 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.

No mérito este Auto de Infração exige multas em decorrência da falta de registro de notas fiscais na escrita fiscal do contribuinte, sendo que a infração 1 reporta-se às mercadorias sujeitas à tributação e a infração 2, 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 1. Quanto à infração 2, cópias dos documentos referentes às notas fiscais e os demonstrativos elaborados pelo auditor fiscal, estão colacionados nas fls. 44 a 61 do PAF.

Constata-se que as notas fiscais eletrônicas, objeto da autuação estão listadas, com as respectivas chaves de acesso, nos demonstrativos de fls. 21 a 26 e 56 a 58, constando o CNPJ dos fornecedores.

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. A falta de registro de notas fiscais de entrada leva à consequência de não permitir a plena execução dos roteiros de auditoria, bem como a imprescindível aferição da correta apuração do ICMS devido no período fiscalizado.

Observe que sujeito passivo não comprovou 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.

Outrossim, documentos internos da sociedade empresária não conseguem demonstrar o registro das notas fiscais, cuja escrituração fiscal está sob o comando de Escrituração Fiscal Digital, obrigatória para os contribuintes, a partir do Decreto 6.022/2007. Destaco que as notas fiscais apontadas na peça de defesa, relativas à infração 01, tais como a Nota Fiscal 22.687. NF 71.211, 71.250, 71.251 e 71.252, e as Notas fiscais discriminadas na infração 02, tais como as de nºs 165, 167, 171, 172, 173, as quais estariam registradas na escrita fiscal, o contribuinte apresenta um documento interno, com emissão de 25/04/2015, posterior à lavratura do Auto de Infração. Justifica que houve migração de seu sistema eletrônico entre duas versões distintas de programas, em razão da qual, por um lapso, algumas informações não teriam sido “carregadas”

quando da transmissão do SPED, mas que não teria alterado o registro em sua escrita fiscal. Ademais salienta o sujeito passivo, que somente tomou conhecimento do fato no curso da auditoria, bem como que já teria protocolizado expediente solicitando autorização para a correção dos respectivos EFDs.

Realmente consta na fl. 247, um documento endereçado à Secretaria da Fazenda, Inspetoria da Infaz Atacado, no qual a BELMETAL, sociedade empresária autuada solicita autorização para envio da retificadora do EFD (SPED FISCAL) de janeiro de 2010 a dezembro de 2010, para acerto de dados do período, documento este datado de 14/05/2015, e cadastrado em 13/05/2015, quando a autuação fiscal já havia acontecido, posto que a lavratura do AI em lide ocorreu em 31/03/2015.

Assim, este documento trazido pelo defendente, fls. 154 a 158, não pode ser aceito para elidir a autuação, no que concerne às notas fiscais apontadas na defesa e adrede mencionadas. Ademais, a retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009:

Cláusula décima terceira O contribuinte poderá retificar a EFD:

I - até o prazo de que trata a cláusula décima segunda, independentemente de autorização da administração tributária;

II - até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês da apuração, independentemente de autorização da administração tributária, com observância do disposto nos §§ 6º e 7º;

III - após o prazo de que trata o inciso II desta cláusula, mediante autorização da Secretaria de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação do seu domicílio fiscal quando se tratar de ICMS, ou pela RFB quando se tratar de IPI, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos.

Contudo estabelece o § 7º, inciso I desta Clausula Décima Terceira do Ajuste SINIEF 02/2009 que “ Não produzirá efeitos a retificação de EFD de período de apuração que tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal.

Logo, o documento trazido pelo sujeito passivo para demonstrar que notas fiscais objeto da autuação teriam sido registradas não pode ser aceito, pelas razões adrede expostas, nem houve a devida retificação da EFD, no prazo legal.

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, bem como leva à consequência de não permitir a aplicação de outros roteiros de Auditoria Fiscal.

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 nº 7.014/96 foi alterada pela Lei nº 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 1).

Quanto à infração 2, 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%, na infração 01, em decorrência da aplicação retroativa do art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, autorizada pelo art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Como a redução do crédito tributário atualizado foi superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a 4ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício em relação à Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2015.

No mérito este Auto de Infração exige multas em decorrência da falta de registro de notas fiscais na escrita fiscal do contribuinte, sendo que a infração 1 reporta-se às mercadorias sujeitas à tributação e a infração 02, às entradas de mercadorias não tributadas, relativo aos exercícios de 2010 e 2011.

Verifico nos cadernos processuais que a Recorrente não consegue elidir a exigência fiscal, conforme se destaca na decisão de piso que transcrevo abaixo:

Os demonstrativos analíticos encontram-se nas fls. 21 a 26, com cópias das notas fiscais fls. 27 a 42 do PAF, relativas à infração 1. Quanto à infração 2, cópias dos documentos referentes às notas fiscais e os demonstrativos elaborados pelo auditor fiscal, estão colacionados nas fls. 44 a 61 do PAF.

(...)

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. A falta de registro de notas fiscais de entrada leva à consequência de não permitir a plena execução dos roteiros de auditoria, bem como a imprescindível aferição da correta apuração do ICMS devido no período fiscalizado.

Observe que sujeito passivo não comprovou 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.

Verifico à fl. 247, um documento endereçado à Secretaria da Fazenda, Inspeção da Infaz Atacado, no qual a BELMETAL, sociedade empresária autuada solicita autorização para envio da retificadora do EFD (SPED FISCAL) de janeiro de 2010 a dezembro de 2010, para acerto de dados do período, documento este datado de 14/05/2015, e cadastrado em 13/05/2015, quando a autuação fiscal já havia acontecido, posto que a lavratura do Auto de Infração em lide ocorreu em 31/03/2015.

Logo, o documento acostado às fls. 154 a 158, pela Recorrente, não tem o condão de elidir a autuação, pelo que estabelece o § 7º, inciso I da Clausula Décima Terceira do Ajuste SINIEF 02/2009 que diz:

“Não produzirá efeitos a retificação de EFD de período de apuração que tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal.”

De igual sorte, entendo que o documento trazido pelo sujeito passivo para demonstrar que notas fiscais objeto da autuação teriam sido registradas não pode ser aceito, pelas razões expostas, e pelo fato de que a devida retificação da EFD foi feita fora do prazo legal, conforme estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009:

Cláusula décima terceira O contribuinte poderá retificar a EFD:

I - até o prazo de que trata a cláusula décima segunda, independentemente de autorização da administração tributária;

II - até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês da apuração, independentemente de autorização da administração tributária, com observância do disposto nos §§ 6º e 7º;

III - após o prazo de que trata o inciso II desta cláusula, mediante autorização da Secretaria de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação do seu domicílio fiscal quando se tratar de ICMS, ou pela RFB quando se

tratar de IPI, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos.

Em relação ao objeto deste Recurso de ofício, vejo que a decisão a “*quo*”, a qual me filio, foi correta ao proceder a redução da multa para 1% do valor comercial da mercadoria na infração 01, com base no art. 106, I do CTN, como segue.

É que a Lei nº 7.014/96 foi alterada pela Lei nº 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 1).

Do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto e mantenho a decisão de Primeira Instância para julgar PROCEDENTE o presente Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278904.0013/15-1**, lavrado contra **BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (ALUMÍNIO BELMETAL)**, 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 art. 42, incisos 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS– PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS