

A. I. Nº - 278904.0013/15-1
AUTUADO - BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.05.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0049-04/17

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 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. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2015, exige multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$446.274,57 em razão das seguintes irregularidades:

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;

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 empregado, 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, estariam alcançados pela decadência.

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

Aponta que as notas Fiscais nºs 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. Salienta 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 1.

No que pertine à infração 2, nega que tenha cometido a infração, pois registrou todas as operações em sua escrita fiscal. A título exemplificativo, indica que as Notas Fiscais nºs 165, 167, 171, 172, 173, estão devidamente registradas em sua escrita fiscal. Reitera as mesmas razões apontadas na infração 1, 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 Auto de Infração. Tudo, conforme preceitua o disposto nos incisos II e III do art. 26, aprovado pelo Decreto nº 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 Auto de Infração.

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 nº 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 nos aludidos períodos. Pede a procedência da autuação.

Posteriormente, o sujeito passivo, 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 nº 7.014/96, ou subsidiariamente, a redução das multas, e, no caso da infração 1, 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.

A 4ª JF em sessão de 17 de março de 2016, deliberou pela procedencia do Auto de Infração, consoante o Acórdão JF Nº 0031-04/16, de fls. 286 a 290 do PAF.

O contribuinte inconformado com a decisão de primeira instância, ingressa com Recurso Voluntário, fls. 302 a 325, e após relatar os fatos que deram ensejo à lavratura do combatido AI, e sua decisão pela 4ª JF do CONSEF, passa a expor as razões de sua inconformação.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal por meio do Acórdão CJF Nº 0259-11/16, decide pela nulidade da decisão de primeira instância, por constatar vício de omissão na Decisão recorrida, que deixou de apreciar os argumentos defensivos do contribuinte, determinando o retorno dos autos à primeira instância, para que sejam corretamente apreciados, pena de supressão de instância e prejuízo à ampla defesa.

Nota-se que o argumento defensivo deixou de ser apreciado em primeira instância por conta de uma omissão na decisão recorrida. Diante deste vício contido na decisão recorrida, foi dado provimento ao Recurso Voluntário, sendo determinado o retorno dos autos à primeira instância para apreciação dos argumentos defensivos, de fls. 85 a 90.

VOTO

O presente processo administrativo fiscal retorna para julgamento em 1ª instância, haja vista a decisão da A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal por meio do Acórdão CJF Nº 0259-11/16, que deliberou pela nulidade da decisão de primeira instância, Acórdão JF 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 fora juntado 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 RPAF/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 do 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.

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 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.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2017.

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE – EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADORA