

PROCESSO - A. I. N° 281077.3008/16-0
RECORRENTE - ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF n° 0108-05/17
ORIGEM - INFAC CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/06/2018

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0094-12/18

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. No presente caso, o sujeito passivo deixou de registrar na escrita fiscal muitos documentos fiscais relativos a operações de remessa de mercadorias e de aquisições de mercadorias submetidas ao regime de diferimento. Reduzida o percentual da multa em 90% com relação às operações de simples remessa em atendimento ao disposto no art. 42, §7º da Lei n° 7.014/96. Mantida a multa aplicada de 1% sobre as operações de aquisições de mercadorias, por não atender o requisito previsto no citado dispositivo legal de que o não registro da operação não tenha implicado em falta de pagamento do imposto. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2016, referente à exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, com a seguinte imputação: “*Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns), ou serviços sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal*”. *Multa de 1% - art. 42, inc. IX da Lei n° 7.014/96*. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a novembro de 2015. Valor exigido: R\$90.178,96.

Da análise dos fatos trazidos aos autos, a 5^a JJF, por decisão não unânime e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcreto, que o Auto de Infração é procedente, de acordo com os votos abaixo transcritos:

VOTO VENCEDOR

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, imputa ao autuado a multa por descumprimento da obrigação acessória por dar entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviços (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

O sujeito passivo não contesta a falta de registro da mercadoria em sua escrita fiscal, contudo requer a redução da multa imputada. Argui que a regra prevista no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 158 do Decreto nº 7.629/99 autoriza a redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias, pelas Juntas de Julgamento Fiscal.

Acrescenta que, uma vez atendidos os critérios objetivos previstos nos referidos dispositivos para fins de redução/cancelamento da multa, quais sejam: (i) não impliquem falta de recolhimento do imposto, e (ii) que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação, medida de rigor se revela a sua aplicação, bem como se enquadra em todos os aludidos pressupostos para obter a aludida redução.

O § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas as multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem na falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do

RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo às infrações por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não concedam a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o sujeito passivo deixou de registrar na escrita fiscal muitos documentos fiscais que acobertaram aquisições de mercadorias, totalizando R\$9.017.896,04 (nove milhões dezessete mil oitocentos e noventa e seis reais e quatro centavos), consubstanciando-se em um procedimento reiterado de não registrar documentos fiscais que totalizam valores de grande vulto, conforme acima alinhado. Assim, diante de tantas infrações claramente cometidas e reiteradas, tendo em vista que cada falta de registro se constitui em uma infração, não vejo como afastar a ocorrência de dolo, não havendo, portanto, como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento das multas.

Ainda que ficasse demonstrada de forma inequívoca a falta de dolo, não caberia o acolhimento da redução da multa que, atendendo as razões apresentadas pelos contribuintes, foi retirada deste órgão julgador praticamente toda a dosimetria, com redução recente dessa multa de 10% para 1% pelo legislador, portanto, um diminuto percentual, considerando a importância que tem a falta de registro dos documentos fiscais na escrita fiscal para os controles da arrecadação. Controles não apenas em relação ao adquirente, que no presente caso é o autuado, como também do remetente, que sabendo da falta do registro de entrada pelo adquirente, passa a ter a seu dispor um conjunto de recursos e possibilidades que lhe permitem não oferecer à mercadoria a tributação, sem o conhecimento do fisco, constituindo-se, assim, em um elemento de fragilização de todo o sistema de controle implantado, por atos normativos, visando acompanhar e assegurar o devido e regular recolhimento do ICMS aos cofres do Estado.

Quanto às decisões desse CONSEF apresentadas pelo impugnante contemplando a redução das multas por descumprimento de obrigação acessória, não vejo identidade com a presente decisão, na medida em que se amparam em pressupostos distintos dos apresentados no caso presente e justificativas alinhadas no presente voto.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênia para discordar do eminente relator no que tange à dosimetria da penalidade aplicada neste Auto de Infração.

Incialmente observo que o lançamento em lide é composto de uma única imputação, relacionada a descumprimento de obrigação acessória pela falta de registro, na escrita fiscal, de notas fiscais de entrada de mercadorias cujas operações não se encontravam tributadas pelo ICMS.

A defesa após discorrer que a empresa autuada desenvolve atividade de construção de embarcações (estaleiro naval), declarou que atualmente o empreendimento vem sofrendo sérias dificuldades em dar continuidade ao negócio, em virtude da crise que atingiu o seu setor com a diminuição das encomendas destinadas à Petrobras e redução significativa na quantidade de empregos gerados, hoje em torno de 200 (duzentos) funcionários, implicando em ociosidade da sua capacidade instalada.

No que concerne à exigência fiscal disse a defesa que sustenta a aplicação ao caso da regra prevista no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 158 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF) que autoriza a redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias, pelas Juntas de Julgamento Fiscal, textos abaixo reproduzidos:

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

(...)

§ 7º 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 e não impliquem falta de recolhimento do imposto.”

“Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”

Entende a impugnante que no caso em exame estão presentes os critérios objetivos previstos nos referidos dispositivos para fins de redução/cancelamento da multa, quais sejam: (i) que a conduta do contribuinte não implicou em falta de recolhimento do imposto, e (ii) as infrações foram praticadas sem dolo, fraude ou simulação.

Pede que a multa aplicada seja cancelada ou reduzida em 90% do valor da penalidade aplicada, considerando o preenchimento dos requisitos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 158 do Decreto nº 7.629/99.

A autuante, na informação fiscal, pelo volume de registros não lançados na escrita fiscal, no montante total de R\$9.017.896,04, não deve ser beneficiada com a redução da multa, pois descumpriu reiteradamente obrigação tributária prevista em lei.

Verifico que no caso concreto as atividades desenvolvidas pelo sujeito passivo são beneficiadas com diferimento do imposto (art. 2º, inc. VI, do Dec. nº 6.734/97), dilatação do prazo de recolhimento do tributo (Regulamento do PRONAVAL: Programa Estadual de Incentivos à Indústria de Construção Naval – Dec. nº 11.015/2008), e, em algumas operações, isenção do ICMS (Dec. nº 11.183/2008, que dispõe sobre benefícios fiscais nas operações que destinem bens e mercadorias às atividades de pesquisa, exploração e produção de petróleo e gás natural).

Diante desse quadro normativo verifica-se que a empresa autuada desenvolve atividade com ampla gama de benefícios que a desoneram de pagamento do imposto ou que o pagamento é sensivelmente reduzido.

Ademais, no caso concreto, o volume de notas fiscais que deixaram de ser registradas totalizou apenas 3% (três por cento) do total de documentos escriturados pela empresa no período autuado, conforme foi documentado nos memoriais apresentados na sessão de julgamento.

Portanto presente o requisito de que a conduta omissiva do contribuinte não resultaria em falta de pagamento de tributo, até porque as aquisições objeto da autuação estavam relacionadas a mercadorias e bens não tributados.

Por outro lado ao longo de 12 (doze) meses, entre 31/01/2015 e 31/12/2015, o sujeito passivo, de forma reiterada, deixou de registrar notas fiscais de valor econômico expressivo em sua escrita, ainda que no percentual diminuto de 3% do total de documentos escriturados, demonstrando que não agiu ocasionalmente, mas de forma repetitiva, ao longo do ano, no cometimento da infração. Mesmo com a redução significativa de seu quadro de funcionários a omissão se perpetuou ao longo de 1 (um) ano, sem a adoção de medidas corretivas.

Ponderando as duas situações acima descritas: a primeira atenuando o ilícito; e a segunda, reveladora do cometimento da infração de forma reiterada por um ano, e, considerando a possibilidade de redução da multa, prevista no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e a incidência dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade, reduzo a penalidade lançada neste Auto de Infração em 50% (cinquenta por cento), passando o valor do débito para a quantia de R\$45.089,48. Adoto na solução desse processo o mesmo entendimento por mim externado no PAF nº 281077.3007/16-3, que resultou no Acórdão nº 0077-05/17.

Discordo, portanto, do entendimento apresentado pelo relator de que a Lei nº 7.014/96 eliminou a possibilidade de dosimetria de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, por conta da unificação das multas por falta de registro de notas fiscais no percentual de 1%, visto que continua intacta a redação do § 7º, do art. 42 da citada lei, que confere esta competência às Juntas e Câmaras do CONSEF, a partir da análise do caso concreto.

Em decorrência do quanto acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

O Contribuinte apresenta Recurso Voluntário no qual, inicialmente, destaca a sua tempestividade e passa a dissertar sobre a autuação e a decisão ora recorrida, salientando que nesse julgamento de 1ª Instância a 5ª JJF entendeu, em decisão não unânime, pela manutenção integral do presente Auto de Infração.

Salienta o contexto da atividade exercida pela Recorrente, a importância do seu parque naval e o caráter estratégico do empreendimento, criador de mais de 14.000 empregos em Maragojipe, fato reconhecido pelo próprio Estado da Bahia e que está sendo reestruturado, após a crise e de enfrentar sérias dificuldades.

Disserta sobre a autuação e sobre o julgamento da decisão recorrida e que em decisão não unânime, decidiu pela manutenção integral da autuação, não aplicado o §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, por entender tratar-se de infração reiterada.

Destaca a existência do voto divergente, do Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco, que discordou do entendimento do relator de que a Lei nº 7.014/96, diante da unificação das multas por falta do registro, teria eliminado a possibilidade de aplicação de dosimetria à penalidade, tendo em vista que o seu parágrafo 7º confere essa competência às Juntas e Câmaras deste CONSEF.

Salienta que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação, que não resultou em falta de pagamento de impostos e que não houve conduta reiterada por parte da Recorrente já que a falta de escrituração representa apenas 3% do total das notas fiscais escrituradas no exercício de 2015 e

que já teria adotado medidas corretivas de escrituração, não lhe sendo lavrado novos autos para aplicação da penalidade em comento.

Por fim, aponta a existência de precedentes nas Câmaras deste CONSEF que de forma unânime reduziram a multa, quando presentes os critérios objetivos previstos no art. 42 § 7º, da Lei nº 7.014/96.

Transcreve os Acórdãos CJF nº 0436-11/16, da 1ª Câmara e o CJF OO53-12/17, e o CJF 0339-12/15, da 2ª Câmara deste CONSEF.

Aduz que pelas razões expostas, tendo em vista que não houve prejuízo ao Erário e inexistência de dolo, fraude ou simulação e a inexistência de falta de recolhimento de imposto, requer o cancelamento da multa aplicado ou reduzir em 90% a penalidade aplicada.

O conselheiro Tolstoi Seara Nolasco declarou impedimento devido ter participado da composição do julgamento de piso.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo Contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento da multa exigida no presente Auto de Infração.

Em relação ao Recurso Voluntário interposto pelo Contribuinte, verifico que se cinge a requer o cancelamento ou a redução da multa que lhe foi aplicada, para 90% do montante cominado, por considerá-la desproporcional e, traz em apoio a seu apelo, a colação de julgados deste CONSEF que decidiram por reduzir a multa para esse patamar.

Para avaliação do apelo recursal, primeiramente há que se considerar que a infração em comento diz respeito ao descumprimento de obrigação acessória – dar entrada no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal - o que não teria implicado em falta de recolhimento de ICMS, tendo em vista que as atividades desenvolvidas pelo sujeito passivo são beneficiadas, entre outros benefícios fiscais, com o deferimento de ICMS, e que não se constatou a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

De outra banda há que se sopesar o contexto do empreendimento do Contribuinte, e da importância do seu seguimento para a economia do Estado e, ainda, o fato de que as notas fiscais, que deixaram de ser escrituradas, representam apenas 3,7% de um universo de 2.355 documentos, conforme destaca a Recorrente.

Portanto, diante dessas premissas, considero que ao valor da multa aplicada e mantida após o julgamento da Impugnação cabe reparo.

Eis que, analisando a documentação anexada aos autos constato que as notas fiscais objeto da autuação englobam operações de remessa (para locação e por conta e ordem) e também de aquisição de mercadorias contempladas pelo regime de deferimento (refeições).

Assim, tendo em vista o disposto art. 42 § 7º, da Lei nº 7.014/96, valho-me da ponderação dessas circunstâncias apontadas no voto discordante do i. Julgador da Decisão recorrida, transcritas nesta peça, e acompanhando parcialmente sua conclusão, para manter a aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações tributáveis (deferidas) e reduzo a penalidade em 90% (noventa por cento), para as operações de remessas, totalizando o valor da exigência fiscal em R\$9.017,90 conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Base Cálculo	Multa 1%	Redução p/10%
31/01/2015	09/02/2015	2.532.579,68	25.325,80	2.532,58
28/02/2015	09/03/2015	329.790,63	3.297,91	329,79
31/03/2015	09/04/2015	123.257,66	1.232,58	123,26

30/04/2015	09/05/2015	14.767,65	147,68	14,77
31/05/2015	09/06/2015	3.132.046,80	31.320,47	3.132,05
30/06/2015	09/07/2015	140.475,33	1.404,75	140,47
31/07/2015	09/08/2015	316.967,27	3.169,67	316,97
31/08/2015	09/09/2015	2.183.101,42	21.831,01	2.183,10
30/09/2015	09/10/2015	235.348,60	2.353,49	235,35
31/10/2015	09/11/2015	561,00	5,61	0,56
30/11/2015	09/12/2015	9.000,00	90,00	9,00
Total		9.017.896,04	90.178,97	9.017,90

Portanto voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO EM SEPARADO

Diante da fundamentação apresentada pelo n.Relator, cumpre fazer algumas considerações.

Constatou que a infração relaciona-se a aplicação de multa de 1% sobre o valor das mercadorias que deram entrada no estabelecimento autuado sem o devido registro na escrita fiscal.

Entretanto deve ser apreciado o argumento de que a ausência de registro de documento fiscal traz prejuízo à Fiscalização.

Conforme relatado as notas fiscais não registradas englobam operações de (i) remessa de mercadorias e (ii) aquisições de refeições.

Com relação às operações de remessa de mercadorias, quer seja para locação (fl. 100) ou por conta e ordem de terceiros (fl.132), configuram simples deslocamentos de bens, mas não envolve transferência de propriedade dos mesmos. Neste caso é provável que não causem prejuízo ao Fisco o não registro das operações.

No que se refere às operações de aquisições de refeições (fls. 107 a 130), são operações contempladas com o regime de diferimento cuja responsabilidade pelo pagamento do ICMS na qualidade de contribuinte substituto é do estabelecimento adquirente que é o estabelecimento autuado (art. 286, VII do RICMS/2012).

Neste caso, o não registro das operações nos livros fiscais próprios dificulta a atividade de fiscalização homologatória.

Por sua vez, em se tratando de multa aplicada por descumprimento de obrigações acessórias, o §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 prevê as condições exigidas para a sua redução, desde que fique comprovado que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implicou em falta de recolhimento do imposto.

Não tendo sido registradas as operações tributáveis que foram objeto da autuação (diferimento), na situação presente não ficou provado que o procedimento praticado tenha implicado em dolo, fraude ou simulação, mas não atende ao terceiro requisito, de que tal descumprimento “*não implicou em falta de recolhimento do imposto*” observo que nas situações em que as operações não tenham sido registradas pode ocorrer:

- A) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS (não tributadas): O fato de não ter registrado as aquisições das mercadorias conduz a constatação de que não foi registrado contabilmente o pagamento do valor das mercadorias adquiridas (quer seja a vista ou do pagamento da duplicata, se a prazo) e também, não contabilizada a receita anterior que foi utilizada no pagamento das mercadorias adquiridas e não registradas (presunção prevista no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96). Isso remete para a exigência do ICMS tomando como base o valor da operação não registrada, com exigência do imposto proporcional as saídas tributadas do mesmo período (Instrução Normativa nº 56/2007). Conclui se por este raciocínio que a receita empregada no pagamento das mercadorias adquiridas e não registradas, implica em falta de pagamento do imposto, que é um dos requisitos previstos no art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96;

B) REMESSA SIMBÓLICA (conserto, depósito, etc.). O fato de não ter registrado as operações de remessa simbólicas, estas operações implicam em simples deslocamentos físicos de mercadorias, não caracterizando transferências de propriedades e consequentemente não provoca realização de pagamentos. Logo, ficando comprovado que não se trata de **aquisições** e sim de **simples remessa**, pode preencher o requisito previsto no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Por isso, entendo estar correta a aplicação da redução da multa neste julgamento acolhendo o pedido da redução apenas com relação às operações de remessa e mantida a aplicação do percentual de 1% sobre as operações tributáveis.

Cabe ainda representar a autoridade competente (Inspetor Fazendário) para determinar a verificação se o estabelecimento autuado promoveu o pagamento do ICMS-ST relativo às aquisições de refeições relacionadas nas notas fiscais acostadas às fls. 107 a 131, conforme disposição contida no art. 286, VII do RICMS/2012.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, porém com a fundamentação aqui posta.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281077.3008/16-0, lavrado contra **ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$9.017,90**, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05. Representa-se a autoridade competente (Inspetor Fazendário) para determinar a verificação se o estabelecimento autuado promoveu o pagamento do ICMS-ST relativo às aquisições de refeições relacionadas nas notas fiscais acostadas às fls. 107 a 131, conforme disposição contida no art. 286, VII do RICMS/2012.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS