

PROCESSO	- A. I. N° 269102.0296/10-2
RECORRENTE	- FORTIORI CONFECÇÕES LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acordão 4ª JJF nº 0177-04/11
ORIGEM	- INFAS GUANAMBI
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 21/05/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0088-11/19

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa adequada para 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com base no art. 106 do CTN. Exclusão de notas fiscais que não provam a circulação no território baiano. Modificada a Decisão recorrida. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTA. A multa é aplicada por arquivo mensal considerado não entregue relativo a cada período de apuração. Aplicada a redução da multa por obrigação acessória estipulada no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Vencido o voto da relatora quanto à infração 5. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 27/12/10, o qual exige tributos no valor de R\$242.000,95, acrescido das multas de 60% e 70%, além de multas fixas. O contribuinte reconheceu parcialmente a autuação, tendo confrontado as seguintes infrações:

5 - *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$164.932,18.*

7 - *Falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Processamento de Dados (TED) - R\$20.700,00.*

Após a devida instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial, por unanimidade, pelos seguintes argumentos abacionado:

VOTO

O Auto de Infração acusa cometimento de diversas infrações: Recolhimento a menos do ICMS; falta de atualização monetária; omissão de saídas (suprimento de caixa/pagamento não registrado); operações tributáveis como não tributáveis, além de aplicação de multas por falta de registro de nota fiscal e entrega de arquivos magnéticos e declaração incorreta de dados (DMA).

Na defesa apresentada o autuado reconheceu o cometimento das infrações 1, 2, 3, 4, 6 e 8. Portanto não havendo quaisquer discordâncias, as mesmas devem ser mantidas na sua integralidade.

Quanto à infração 5, o autuado argumentou que parte dos materiais foram adquiridos na condição de consumidor final, destinados ao uso/consumo e bens do ativo e no seu entendimento cabe a aplicação da multa de 1% e não de 10% como aplicada o que foi contestado pelo autuante.

Conforme indicado pelo autuado trata-se de materiais de construção (cantoneiras, tubos, vergalhões de aço, cimento, telhas, perfis estruturais de aço), equipamento para tratamento de esfuentes, cabos, agulhas/uso e consumo, materiais de informática e outros.

Pela análise das cópias das notas fiscais juntadas às fls. 484/669 parte das mercadorias foi adquirida em outros estados a exemplo das notas fiscais emitidas pelas empresas Acopaiva Tubos e Perfis-MG (fls. 484/485), Adma Embalagens-SP (fls. 486/488) Manchester Tubos e Perfilados-NG (fls. 554/563), entre outras.

Com relação aos materiais e bens adquiridos em outros estados destinados a consumo ou ativo permanente, a entrada no estabelecimento gera obrigação de pagamento da diferença de alíquota (art. 5º, I do RICMS/BA). Por isso, deve ser considerada como operação com mercadoria ou serviço sujeitos à tributação (art. IX da Lei nº 7.014/96) e não “mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada” como quer o impugnante.

No momento que deixou de registrar estas operações é provável que a empresa não tenha recolhido o ICMS da diferença de alíquota (17% - 7% = 10%) e não é razoável que venha ser apenado com uma multa de 1% que resulta em débito menor do que o imposto devido.

Por sua vez, o autuante admitiu na informação fiscal ser cabível a aplicação da multa de 1% sobre as mercadorias que tiveram a fase de tributação encerrada em razão do pagamento do ICMS antecipado. Analisando as notas fiscais juntadas ao processo, faço as seguintes observações:

- a) A nota fiscal 265.756, conforme ressaltado pelo defendente foi computada em duplicidade no demonstrativo à fl. 67, motivo pelo qual excluo da base de cálculo o valor de R\$2.942,65 no mês de julho/07, conforme demonstrativo no final do voto;
- b) As notas fiscais 12218/13119 foram emitidas pela empresa Lisboa Distribuidora de Materiais de Construção localizada no Estado de Minas Gerais (fls. 544/552) e trata de aquisição de cimento, sendo que em algumas notas fiscais foi destacado e retido o ICMS (fl. 548) e em outras não (fl. 544). Como o remetente não tem inscrição como contribuinte substituto no Estado da Bahia (Convênio ICMS 81/93) o imposto retido foi recolhido para o Estado de Minas Gerais. Em se tratando de operação interestadual de aquisição de material destinado a consumo, é devido o ICMS da diferença de alíquota (operação tributada) e correta a aplicação da multa de 10%. A mesma análise é válida em relação à nota fiscal 321508 (fl. 564) relativa à aquisição de telhas/cumieira no Estado de Minas Gerais.
- c) Com relação às notas fiscais 2162, 2165, 2193, 2.201 e 2235 emitidas pela empresa Dimacol (fls. 640/669), constato que a empresa está localizada no Estado da Bahia (Caetité) e as mencionadas notas fiscais consignam operações de vendas de mercadorias tributadas e com fase de tributação encerrada (tintas, cimento, lâmpadas, reator, massa corrida, selador, solvente). Portanto, de ofício, faço a exclusão dos valores correspondentes no demonstrativo elaborado pelo autuante.

Data Ocorr	Data Vencto	BC/autuada	Fl.	(-) Valor	BC ajustada	Multa %	VL. MULTA	Nota Fiscal	Motivo	FL.
31/07/07	09/08/07	16.516,96	67	2.942,65	13.574,31	10	1.357,43	265.756	Duplicidade	
			69	6.025,09				2.162	Fase de tributação encerrada.	653
			69	11.355,01				2.165		655
31/03/08	09/04/08	82.377,78	69	17.380,10	64.997,68	10	6.499,77			
			69	17.011,06				2.193	Fase de tributação encerrada	662
			69	19.638,15				2.201		665
			69	19.880,91				2.235		669
30/04/08	09/05/08	126.340,81		56.530,12	69.810,69	10	6.981,07			

Com relação à base de cálculo acima excluída (fase de tributação encerrada) fica sujeita a aplicação da multa de 1% prevista no inciso XI do art. 42, da Lei Estadual nº 7.014/96, cuja exigência poderá ser feita mediante nova ação fiscal.

Observo que com relação às operações interestaduais de bens de ativo e consumo, poderá ser exigida a diferença de alíquota em outra ação fiscal.

Quanto ao posicionamento da PGE/PROFIS, observo que o período fiscalizado engloba os exercícios de 2007 e 2008 e a redação dada ao inciso XI do caput do art. 42 pela Lei 8.967, de 29/12/03, com efeitos de 30/12/03 a 27/11/07 estabelecia: “1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria não tributável ou cujo imposto já tenha sido pago por antecipação, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;” e a redação atual dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07 determina: “1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal”.

Portanto, a legislação determina aplicação da multa da “mercadoria não tributável” ou “adquirida sem tributação” o que conforme anteriormente apreciado não se aplica às operações em questão, excetuando as mercadorias adquiridas com fase de tributação encerrada. Da mesma forma, conforme ressaltado pelo autuante, a decisão contida no Acórdão CJF 0239-12/09 refere-se à contribuinte que exerce atividade de comercialização de combustíveis cujo imposto é pago por antecipação, situação diferente da empresa em questão.

Com relação aos demais valores exigidos, permanecem inalterados. Com os ajustes procedidos o valor da ACÓRDÃO CJF Nº 0088-11/19

infração fica reduzido de R\$164.932,18 para R\$157.246,97 (R\$164.932,18 – R\$1.651,62 – R\$8.237,78 – R\$12.634,08 + R\$1.357,43 + R\$6.499,77 + 6.981,07). Infração elidida em parte.

No tocante à infração 7, o autuado argumentou que não existe suporte legal para aplicar a multa por cada mês e sim a aplicação de uma multa pelo descumprimento da obrigação acessória.

O inciso XXI-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 estabelece que: “nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados” será aplicada multa de:

j) R\$1.380,00 pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação,
...

O artigo 708-A estabelece que o contribuinte usuário de SEPD deverá entregar o arquivo magnético referente ao “movimento econômico de cada mês” em dias do mês subsequente em função do número da inscrição estadual e o art. 708-B tudo do RICMS/BA, determina que sempre que for intimado o contribuinte deverá fornecer ao Fisco o arquivo magnético.

Portanto, interpreto que a multa em questão deve ser aplicada em relação a cada arquivo considerado não entregue e não a aplicação de uma multa em relação ao período fiscalizado. Mesmo porque, o próprio dispositivo legal (XIII-A, “j”) prevê aplicação cumulativa de um por cento do valor das saídas ou das entradas de mercadorias em “cada período de apuração”, assim sendo, a vinculação é de multa mensal por arquivo magnético não entregue com multa sobre a movimentação econômica de cada mês.

Concluo que a multa foi aplicada corretamente. Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, com base nos argumentos abaixo expostos.

Em relação à infração 05, a qual diz respeito a entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o registro na escrita fiscal, foi aplicada a multa de 10% sobre as aquisições que não teriam sido registradas na escrita fiscal.

Afirma que a JJJ fez uma verdadeira modificação do fulcro no AI para manter a sanção. Diz que a JJJ admitiu os documentos listados no Anexo ao AI que dizem respeito a aquisição de materiais de uso/consumo e bens do ativo (materiais de construção, embalagens, equipamento para tratamento de efluentes, cabos, agulhas, materiais de informática e outros), os quais, então, foram comprados pela Autuada na condição de consumidor final.

Salienta que, conforme cópia do contrato social anexo ao PAF, a Autuada exerce a atividade de “comércio varejista de artigos do vestuário e impressão de material para uso industrial, comercial e publicidade”. Assim, como não exerce atividade comercial ligada aos produtos comprados (a acusação do AI não se reporta a esse tema), é evidente a compra na qualidade de consumidor final, e, portanto, as mercadorias não mais se encontram dentro da cadeia de tributação.

A tributação se encerra na entrada das mercadorias no estabelecimento autuado, ainda que algumas façam nascer a obrigação de pagar “complementação da alíquota”. Assim sendo, a multa deve ser correspondente aos produtos com a fase de tributação encerrada.

Cita o disposto na Lei nº 7014/96, art. 42, incisos IX e XI, concluindo que o disposto no inciso IX se estende aos documentos de aquisição de material de uso/consumo e ativo, na medida em que não mais se encontram sujeitos à tributação, sendo adquiridos pela Autuada, no que tange a fatos futuros, sem tributação. Estão, por isso, equiparados aos produtos isentos, não tributados ou substituídos.

Explica que o espírito da lei, como já externado pela PGE e pelo CONSEF, é de multar de maneira mais severa apenas as operações não registradas com produtos que continuarão na cadeia de circulação e produção, fazendo nascer novos fatos geradores do imposto.

Entende a recorrente que a ausência de registro da entrada dessas mercadorias é ilícito a ser

penalizado com a multa prevista no art. XI, do art. 2º, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 1% do valor comercial das mesmas.

Ressalta que quando da ocorrência do fato gerador examinado – março e junho de 2004 – a apontada multa de 1% apenas aplicava-se à ausência de registro de entradas de mercadorias não tributáveis ou sujeitas à antecipação. Em relação àqueles bens da natureza dos ora examinados, com tributação já encerrada por outros fatores, penalizava-se com a multa de 10%, por força do art. 42, X, da Lei nº 7.014/96, tal como aplicado no lançamento vertente.

Todavia, o já citado inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, teve sua redação alterada em novembro de 2007, aplicando-se a multa de 1% não apenas às entradas não registradas de mercadorias não tributáveis, mas também a todas aquelas com a fase de tributação encerrada, tornando-se a redação do dispositivo, portanto, mais abrangente.

E tendo em vista que mais benéfica, essa norma, por força do art. 106, “c”, do CTN, tem aplicação RETROATIVA para todas as entradas não registradas de mercadorias com a tributação encerrada, tal como no caso examinado, que se tratam de bens adquiridos, repita-se, para uso e consumo.”

Conclui no pertinente a infração 05, que não existe dúvida de que as aquisições são para uso/consumo e ativo (como atestado pela JJF), além da exclusão sobre as notas cujas cópias não se encontram no PAF, motivo pelo qual a multa do item 05 deve ser de 1%, sobre o valor comercial das mercadorias, haja vista que, comprovadamente, as aquisições listadas no Anexo concernente à “Infração 05” apontam aquisições, em sua totalidade, para uso, consumo ou ativo, não havendo posterior comercialização dos produtos, tudo consoante análise feita pela JJF, com base nas notas que, segundo a decisão, constam às fls. 484 a 669 (nas quais se pode identificar a natureza das mercadorias).

Quanto à infração 07, a recorrente entende que não existe lastro legal, no art. 42, inciso XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96, indicado no AI como suporte, para a aplicação de uma multa por cada mês. Face a “continuidade” da ação fiscal, deve prevalecer apenas uma pena de R\$1.380,00, que será recolhida pela Autuada.

Explica que a JJF entendeu que a redação do art. 708-A, do RICMS, que prevê a entrega do arquivo magnético referente ao “movimento econômico de cada mês”, determinando, assim, que sempre que intimado pelo Fisco o Contribuinte deverá entregar o arquivo, leva à conclusão de que “a multa deve ser aplicada em relação a cada arquivo considerado não entregue”.

Entende o Recorrente que tal entendimento fez uma extensão ILEGAL da norma e atribuiu ao RICMS o condão de “fixador da pena”. Da mesma maneira que agiu em relação ao item 05, o Julgador interpretou de forma irregular, vez que a Lei nº 7.014/96 não deixa espaço para a fixação de uma multa por cada mês, não permitindo, nesse caso, a cumulação. Se o legislador quisesse que a multa fosse por mês, assim teria expressamente fixado. Não o fazendo, sendo a ação fiscal única, ou seja, gerando a mesma ação fiscal a cobrança dos arquivos de vários meses, somente uma sanção pode ser imposta. Somente a Lei poderia determinar a aplicação, em uma única ação fiscal, de uma multa para cada fato (período), como o faz, por exemplo, através do art. 42, incisos XIV (uma multa por cada livro), XIII-A, “f”, 1.1 (por cada documento extra fiscal emitido). Contrário sendo, não existindo expressa base legal, não se pode estender a interpretação da LEI, especialmente com base em passagem, que nem se refere a aplicação de penas, do Regulamento.

Por fim, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e a revisão para conferências dos valores e percentuais da multa do item 05, protesta pelo provimento do presente recurso e pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com as correções acima legalmente pleiteadas, quais seja, da multa do item 05 para 1% e do item 07 para R\$1.380,00.

Em Parecer (fls. 1096/1098), a PGE informa que, compulsando os autos, verifica-se à saciedade que as imputações fiscais estão devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação tributária estadual

e o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99, tendo o contribuinte exercido na plenitude o direito de defesa consagrado no Texto Magno.

Diz que a alegação de alteração de fulcro na infração 05 deverá ser rechaçada de imediato, porquanto, a questão relativa à falta de pagamento da diferença de alíquota foi objeto de mera recomendação para uma posterior ação fiscal. Com efeito, em momento algum foi exigido o recolhimento da diferença de alíquota, no lançamento tributário sob apreço.

Assegura que a JJF promoveu as necessárias adequações das operações de vendas de mercadorias tributadas e com fase de tributação encerrada, sendo aplicada a multa de 1% prevista no inciso XI, art. 42 da Lei nº 7014/96.

Afirma que resta comprovado que o sujeito passivo realizou algumas operações interestaduais de aquisições de bens destinados ao consumo e ativo fixo. A decisão proferida pela JJF, de modo acertado, considerou as operações interestaduais como operações sujeitas à tributação, sendo cabível a aplicação da multa de 10% e a exigência da diferença de alíquota em novo procedimento fiscal.

Registra que o Parecer da PGE reconhecendo a aplicabilidade da sanção menos onerosa de 1% sobre entradas para uso, consumo e ativo fixo com fase de tributação encerrada foi rigorosamente acatado, posto que, as operações remanescentes não podem ser contempladas como operações com mercadorias sem tributação ou com a fase de tributação encerrada.

No tocante à infração 07, entende que a interpretação sistemática e teleológica das duas normas jurídicas mencionadas conduz a aplicação de multa mensal por arquivo magnético não entregue.

Em manifestação, a recorrente expõe o que segue:

Quanto ao item 05, amplamente debatido, conforme aferido na sessão de julgamento, foi baseado em notas fiscais obtidas junto ao CFAMT e mediante “circularização com os fornecedores”. Tais circunstâncias se encontram especificadas, por NF, no demonstrativo analítico da apuração, se extraíndo daí duas circunstâncias: impossibilidade de autuação baseada em notas fornecidas pelos “remetentes”, notadamente segundas e quartas vias; ausência de sustentação para imposição lastreada em notas do CFAMT que igualmente não comprovam a efetividade das operações (segundas e quartas vias).

Cita duas decisões da 2ª CJF (ACÓRDÃO CJF Nº 0270-12/11 e ACÓRDÃO CJF Nº 0078-12/09) e requer a exclusão das notas obtidas junto ao CFAMT e aos “fornecedores”, apresentadas no PAF, aquelas em especial, em segundas e quartas vias, posto que não servem para comprovar a real circulação das mercadorias e o ingresso das mesmas no estabelecimento autuado, solicitando diligência para conferência e dedução dos valores atinentes às seguintes Notas Fiscais nºs: 34.516, 101, 312, 89.112, 726.713, 29.550, 8.532, 1.860, 264.300, 264.724, 265.055, 293.238, 848.657, 46.651, 46.652, 47.260, 47.403, 47.404, 47.708, 48.072, 48.729, 156.656, 12.472, 12.538, 12.551, 13.112, 13.119, 265.756, 321.508, 234.468, 205.839, 206.112, 206.460, 186.372, 206.727, 57.233, 57.236, 59.477, 234.274, 236.700, 46.163, 49.410, 83.404, 1.201, 2.162, 2.165, 2.193, 2.201 e 2.235, todas assim identificadas no demonstrativo concernente ao item específico.

No que se refere aos documentos fiscais, coletados pelo CFAMT em terceiras vias, ratifica os argumentos da defesa, aduzindo o Acórdão CJF nº 0242-12/12-A, desta mesma 2ª CJF, editado dia 19/09/2012, através do qual esta Douta Junta decidiu converter para 1% a pena sobre ausência de registro fiscal de notas relativas a aquisições a mercadorias para uso e consumo e ativo, tudo conforme consta do VOTO VENCEDOR, fls. 12 do referido acórdão.

Destaca o pronunciamento da PGE à fl. 10 do mesmo Acórdão e afirma que, no caso em tela, não existindo dúvidas que as notas fiscais são relativas a “materiais de construção”, “máquinas e aparelhos - a exemplo de bebedouro, radiadores e outros”, “agulhas para costura”, “produtos de informática”, “tubos e ferragens”, “cimento”, “telhas”, “botinas”, “produtos para tratamento de efluentes”, exemplificando com as Notas Fiscais nºs 521, 537, 307.317, 260.382, 294.724, 253.008,

65.300, 65.306, 254.622, 1.374, 1.382, 48.198, 2.637, 6.551, dentre muitas outras, ratifica o pedido de aplicação de 1%, na medida em que o texto do art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, aplicável, em se tratando de matéria de pena mais branda, de forma retroativa.

Observa os já citados posicionamentos da PGE/PROFIS e da 2^a CJF, sobre a matéria, constatando que a evolução da reação do texto legal, conforme transcrição abaixo, deixou de reportar a “mercadoria não tributável” (até 29/12/2003), para tratar de “mercadorias não tributáveis ou cujo imposto já tenha sido pago por antecipação” (de 30/12/2003 a 27/11/2007) e, finalmente, de forma mais abrangente, a “mercadoria sem tributação ou com a fase de tributação encerrada”, não especificando a lei, o que impõe vedação do mesmo nível ao Julgador, a modalidade de “encerramento” da fase de tributação.

Assim, mantendo ainda suas alegações recursais quanto ao item 07, reitera os pedidos formulados no recurso, solicitando em adendo a exclusão antecedente dos valores atinentes às notas fiscais captadas por “circularização com fornecedores”, assim como aquelas adquiridas via CFAMT e que são segundas e quartas vias.

Em Sessão de Julgamento realizada em 08/11/2012, levando em consideração os pontos abordados acima, e em busca da verdade material que rege o processo administrativo fiscal, a 2^a CJF converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF para as seguintes providências:

1. No que tange a infração 05, com base nas notas fiscais objeto da autuação e nos valores julgados em primeira instância, fazer um levantamento separando as notas fiscais referentes a mercadorias de uso e consumo do estabelecimento e as notas fiscais que representam operações com mercadorias destinadas ao ativo fixo.
2. Após, sejam elaborados demonstrativos com os valores de cada grupo de notas.

Em Parecer (fls. 1138/1143), a diligente informa que:

Após verificações nas notas fiscais anexadas às fls. 484/669, que serviram de base para exigência da infração 05, foi elaborado demonstrativo às fls. 1140/1143 nos mesmos moldes do elaborado pela fiscalização, considerando as exclusões efetuadas no julgamento de 1^a Instância e informando em cada documento fiscal os respectivos produtos adquiridos.

Da análise dos demonstrativos verifica-se que se trata de aquisições:

1. De produtos de material de construção, inclusive cimento, sendo que em algumas notas fiscais o ICMS ST foi retido pelo fornecedor e em outras foi dado o tratamento de mercadoria com tributação normal.
2. De máquinas de costuras, transformadores, equipamentos de informática, bebedouros, abrandador de água, geradores,
3. De fios, agulhas, papeis, botinas, fita adesiva.

Ressalta que não foram localizadas no PAF diversas notas fiscais, sendo que a Nota Fiscal nº 234.274 também foi computada, no levantamento original, em duplicidade, conforme verifica-se à fl. 68. Também foi localizada uma nota fiscal cuja natureza de operação esta registrada sob o CFOP 6949 – simples remessa.

Conclui que foi constatado diversos documentos fiscais que não foram anexados aos autos, sendo que a Nota Fiscal nº 234.274 também foi computada em duplicidade, no demonstrativo original, fl. 68 e Nota Fiscal nº 1071 de 24/09/2007 diz respeito a uma operação registrada sob CFOP 6946 – simples remessa, conforme tabela anexa.

Em Parecer Conclusivo (fls. 1167/1168) a PGE a Procuradora afirma que, da análise dos autos, observa que a diligência foi entregue quase dois anos depois de requerida.

Entende que as notas fiscais não localizadas, conforme afirma a diligente, devem ser excluídas, por não haver comprovação da operação nem ser possível observar-se a natureza desta.

Quanto às demais operações listadas pela ASTEC, salienta que para as que foram de aquisição de materiais de uso e consumo, deve ser aplicada a multa de 1% enquanto as aquisições de ativo fixo devem ser apenadas a razão de 10%.

Observa que o parcelamento indicado à fl. 1150 e seguintes não esclarece quais as infrações reconhecidas.

Em Sessão de Julgamento realizado em 19/03/2015, esta 1^a CJF decidiu converter o feito em diligência à PGE/PROFIS para que seja exarado o Despacho da i. Procuradora Assistente, ratificando ou não o opinativo anterior da PGE que concordou com a desoneração sugerida pela ASTEC/CONSEF de fls. 1138/1139.

Em Despacho, a Procuradora Assistente Dra. Paula Morris Matos acompanha integralmente o Parecer de fls. 1167/1168.

Em Sessão de Julgamento realizada em 01/12/2015, esta 1^a CJF converteu o feito em diligência à ASTEC/CONSEF para as seguintes providencias:

1. Fazer novo demonstrativo fiscal da infração 05, nos moldes originalmente propostos, excluindo: a) as operações cujas notas fiscais não foram entregues ao contribuinte; b) as notas fiscais não encontradas; c) as notas fiscais em duplicidade; d) as operações em declaração do fornecedor e; e) as notas fiscais sem comprovação de circularização;
2. Fazer um demonstrativo separando as notas fiscais cujas operações foram realizadas pelo próprio contribuinte ou por empresa transportadora do mesmo grupo econômico.

A ASTEC apresenta Parecer com os trabalhos realizados às fls. 1192/1202.

A PGE/PROFIS (fls. 1211/1212) manifesta-se pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário acolhendo os demonstrativos de fls. 1193/1194, com as devidas exclusões suplicadas pela 1^a CJF.

Em despacho, a Procuradora Assiste acata na integralidade o aludido Parecer.

VOTO (Vencido quanto à redução da multa relativa à infração 5)

Trata-se de Recurso Voluntário cujo objeto da lide diz respeito às infrações 5 e 7, quais sejam:

5 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$164.932,18.

7 - Falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Processamento de Dados (TED) - R\$20.700,00.

No pertinente à infração 05, inconformado com o resultado da decisão de piso, o contribuinte defendeu a aplicação da penalidade em 1% em razão das operações de aquisição de mercadorias para uso e consumo da empresa, sendo ela consumidora final das mercadorias objeto da autuação, motivo pelo qual seria aplicável a multa de 1%, já que a fase de tributação já estava encerrada.

Durante a instrução do processo, que foi submetido a duas diligências e dois pareceres da PGE/PROFIS, os quais referendaram os trabalhos revisionais realizados, foram excluídas da infração 5 as operações cujas notas fiscais não foram entregues ao contribuinte; as notas fiscais não encontradas; as notas fiscais em duplicidade; as operações em declaração do fornecedor e as notas fiscais sem comprovação de circularização, o que acabou resultando na redução da autuação de R\$164.932,18 para R\$150.333,56, conforme demonstrativo sintético às fls. 1193/1194 e analítico (fls. 1195/1201).

Os períodos autuados dizem respeito aos anos de 2007 e 2008, e a multa aplicada pelo autuante foi a contida no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, a qual determinava a cobrança de 10% (dez 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.

Entretanto, 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 discutidas neste processo (se seria a aplicação do inciso IX ou XI), cabendo, portanto, com base no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica.

Deste modo, considerando a revisão realizada pela ASTEC, a qual reduziu a infração 5 para R\$150.333,56 e aplicando a multa de 1%, o valor da infração passou a ser R\$15.033,36.

Em Sessão de Julgamento realizada em 28/03/2019, o patrono da empresa apresentou algumas notas fixas do talonário do período autuado, as quais devem ser consideradas apenas como prova indiciária, eis que não comprovam a circulação das mercadorias no território baiano, a exemplo das demais vias de notas fiscais colhidas nos postos fiscais, carecendo de provas complementares, a exemplo de conhecimento de transporte, pagamento de fatura, etc. Deste modo, aplicando o art. 112 do CTN, excluo as seguintes notas:

1. 101 de 28/03/2008, com valor de R\$18.197,64 (R\$1.819,76 – Aplicando Redução: R\$181,98);
2. 89112 de 28/11/2008, com valor de R\$2.730,26 (R\$273,03 – Aplicando Redução: R\$27,30);
3. 25406 de 20/06/2008, com valor de R\$6.269,17 (R\$626,92 – Aplicando Redução: R\$62,69).

Neste passo, deve-se considerar a exclusão de R\$271,97, passando a infração a valorar em R\$14.761,39, conforme o demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-JJF	Diligência	VLR. JULGADO-CJF	REDUÇÃO P/1%
28/02/2007	567,00	567,00	567,00	567,00	56,70
30/04/2007	1.103,16	1.103,16	1.103,16	1.103,16	110,32
31/05/2007	16.714,20	16.714,20	16.714,20	16.714,20	1.671,42
30/06/2007	491,03	491,03	491,03	491,03	49,10
31/07/2007	1.651,62	1.357,43	1.357,43	1.357,43	135,74
31/08/2007	9.836,47	9.836,47	7.821,67	7.821,67	782,17
30/09/2007	10.565,98	10.565,98	8.750,11	8.750,11	875,01
31/10/2007	4.866,80	4.866,80	4.866,80	4.866,80	486,68
30/11/2007	1.000,00	1.000,00	1.000,00	1.000,00	100,00
31/12/2007	3.560,94	3.560,94	3.560,94	3.560,94	356,09
28/02/2008	153,09	153,09	153,09	153,09	15,31
31/03/2008	8.237,78	6.499,77	6.499,77	4.680,00	468,00
30/04/2008	12.634,08	6.981,07	4.237,23	4.237,23	423,72
31/05/2008	15.466,49	15.466,49	15.466,42	15.466,42	1.546,64
30/06/2008	11.366,09	11.366,09	11.198,10	10.571,18	1.057,12
31/07/2008	2.905,75	2.905,75	2.905,75	2.905,75	290,58
30/09/2008	36.312,73	36.312,73	36.141,89	36.141,89	3.614,19
31/10/2008	20.339,39	20.339,39	20.339,39	20.339,39	2.033,94
30/11/2008	332,03	332,03	332,03	59,00	5,90
31/12/2008	6.827,55	6.827,55	6.827,55	6.827,55	682,76
Total	164.932,18	157.246,97	150.333,56	147.613,84	14.761,39

Quanto à infração 7 (períodos autuados de 30/11/2007 até 31/12/2008), defende o recorrente que a aplicação da multa de R\$1.380,00, estipulada pelo art. 42, XIII-A, J da Lei nº 4.014/96 deveria ser aplicada por período de autuação realizada e não por mês, como fez o autuante.

Vejamos o que diz a norma em questão:

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo; (grifo nosso).

Pelo teor da norma em apreço, não restam dúvidas de que o período ao qual se refere o legislador é o período de apuração do imposto. E em sendo o ICMS um imposto de apuração mensal, não há outra lógica a não ser considerar a aplicação da penalidade por mês que a empresa deixou de entregar o arquivo eletrônico nos prazos previstos pela legislação.

Ademais, como bem salientou o julgador de piso:

O artigo 708-A estabelece que o contribuinte usuário de SEPD deverá entregar o arquivo magnético referente ao “movimento econômico de cada mês” em dias do mês subsequente em função do número da inscrição estadual e o art. 708-B tudo do RICMS/BA, determina que sempre que for intimado o contribuinte deverá fornecer ao Fisco o arquivo magnético.

Portanto, interpreto que a multa em questão deve ser aplicada em relação a cada arquivo considerado não entregue e não a aplicação de uma multa em relação ao período fiscalizado.

Também em Sessão de Julgamento, o patrono da empresa requereu em mesa a redução da multa com base no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 158 do RPAF/99, uma vez que as infrações dizem respeito a descumprimento de obrigação acessória.

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.

Procede o pleito da recorrente, uma vez que, em se tratando de descumprimento de obrigação acessória, cabe a redução por este Colegiado, observados os requisitos estipulados na norma, quais sejam: que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não impliquem em falta de recolhimento do imposto.

Nas infrações em apreço, vislumbro que o recorrente não incorreu em nenhuma das modalidades de dolo, fraude ou simulação, bem como não houve prejuízo aos cofres públicos, motivo pelo qual entendo pela redução das infrações em 30%.

Assim, pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, reduzindo a infração 5 para o valor final de R\$10.332,96 e da infração 7, também pela redução por descumprimento de obrigação acessória, ao valor de R\$14.490,00, devendo ser homologados os valores reconhecidos e pagos pela recorrente.

VOTO VENCEDOR (quanto à redução da multa relativa à infração 5)

Deixo de acolher a proposta da nobre Relatora para reduzir em 30% a multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, ínsita na infração 5, decorrente da falta de registro na escrita fiscal de notas fiscais de mercadorias entradas no estabelecimento, pois, neste caso, além de se tratar de sanção específica, não há como afirmar se a falta de registro das notas fiscais não ensejou prejuízo ao erário estadual, pois, tal fato também enseja, por presunção legal, em ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, prevista no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, em razão da conclusão de que, o fato de não registrar as mercadorias, independentemente de tributadas ou não tributadas, o sujeito passivo as adquiriu com receitas anteriores de vendas tributadas, também não contabilizadas, o que, por si só, já implicaria na exigência do imposto e, em consequência, em prejuízo à Fazenda Estadual.

Também há de se considerar a exigência relativa à antecipação parcial, inerentes às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, como também à exigência relativa ao diferencial de alíquotas, inerentes às aquisições interestaduais do ativo imobilizado ou de materiais para uso ou consumo do estabelecimento, as quais deixaram de ser analisadas pelo fisco em função da falta de registro das notas fiscais em sua escrita fiscal.

Assim, a redução da multa aplicada pela falta de registro só seria cabível, salvo melhor juízo, se comprovada o registro contábil destas aquisições, provando que tais compras foram realizadas com suporte de receitas contabilizadas, com prejuízo apenas do lançamento em sua escrita fiscal, como também de que se referem às operações internas, sem incidência da antecipação parcial ou do diferencial de alíquotas, conforme o caso, o que não restou provado, cujo ônus é do contribuinte, por pleitear a redução ou cancelamento das multas, cujos requisitos teriam de ser comprovados.

Assim, pelo exposto, quanto à infração 5, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, no valor de R\$14.761,39, em decorrência da exclusão das Notas Fiscais de nºs 101, 80112 e 25406. Assim, o montante do débito do Auto de Infração é conforme o demonstrativo abaixo:

INF	VLR. LANÇADO	VLR. JULG-CJF	MULTA	RESULTADO
01	10.704,16	10.704,16	60%	RECONHECIDA
02	2.113,28	2.113,28	60%	RECONHECIDA
03	541,78	541,78	70%	RECONHECIDA
04	40.412,30	40.412,30	70%	RECONHECIDA
05	164.932,18	14.761,39	-----	PROC.PARTE/PROV. EM PARTE
06	2.100,00	2.100,00	-----	RECONHECIDA
07	20.700,00	14.490,00	-----	PROC.PARTE/PROV. EM PARTE
08	497,25	497,25	60%	RECONHECIDA
Total	242.000,95	85.620,16		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria em relação à infração 5, com voto de qualidade do Presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269102.0296/10-2, lavrado contra **FORTIORI CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$54.268,77**, acrescido da multa de 60% sobre R\$13.314,69 e 70% sobre R\$40.954,08, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “b” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando o valor de **R\$31.351,39**, previstas nos IX, XII-A, “j” e XVIII “c” da citada Lei e artigo, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Infração 5) - Conselheiros: Fernando Antônio Brito de Araújo; Ildemar José Landin e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Infração 5) - Conselheiros: Laís de Carvalho Silva, José Roservaldo Evangelista Rios e Elde Santos Oliveira.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Infração 5)

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – VOTO VENCEDOR
(Infração 5)

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR.DA PGE/PROFIS