

PROCESSO - A. I. Nº 276468.0303/15-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PARANAPANEMA S/A.
RECORRIDOS - PARANAPANEMA S/A.e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0142-01/18
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/10/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0249-12/19

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. EFD. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa sob o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Diligência fiscal designada pelo órgão julgador comprova questionamento defensivo que fez prova da escrituração regular de diversas notas fiscais, não admitida pela fiscalização. Com fulcro no art. 106, II, “c” do CTN, a multa indicada na infração 01, equivalente a 10% do valor das mercadorias tributáveis não registradas, passa para 1%, uma vez que o inc. IX, do art. 42 da Lei nº 7014/96, foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/15. Razões de recursos prejudicadas, uma vez que o pagamento subsequente dos itens do Auto de Infração fora acolhido pelo sujeito passivo com a adesão ao programa “Concilia 2018”, assim, mostra-se incompatível o interesse em recorrer, ensejando a aplicação do disposto no art. 10, inciso III, alínea “b” c/c art. 122, inciso I e parágrafo único, todos do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 1ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão Nº **0142-01/18**, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 29/09/15, para exigir ICMS no valor histórico de R\$509.991,69, relativos às infrações a seguir especificadas:

INFRAÇÃO 1 Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Consta ainda que o contribuinte deixou de lançar as NFE,s de entrada tributada na EFD conforme demonstrativo NFES TRIBUTADAS NAO LANÇADAS NA EFD DO CONTRIBUINTE. Períodos: Janeiro/março de 2015. Valor R\$259.728,71.

INFRAÇÃO 2 Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Consta ainda que o contribuinte deixou de lançar as NFE,s de entrada tributada na EFD conforme demonstrativo NFES NÃO TRIBUTADAS NÃO LANÇADAS NA EFD DO -CONTRIBUINTE. Períodos: Janeiro/março de 2015. Valor R\$250.262,98.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 24/08/2018 (fls. 472 a 479) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

VOTO

O Auto de Infração em análise, foi lavrado para exigir crédito tributário decorrente da imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, na acusação da falta de registro na escrita fiscal do contribuinte, dos documentos fiscais das mercadorias com e sem triburação que deu entrada no estabelecimento.

A autuação tem fulcro no artigo 42, incisos IX e XI da Lei nº 7.014/96. As penalidades aplicadas totalizam

R\$509.991,68.

O autuado apresenta defesa, argumentando que referidas notas fiscais foram escrituradas extemporaneamente, antes do início da fiscalização; foram canceladas ou inutilizadas pelos fornecedores; ou emitidas equivocadamente pelos fornecedores, que posteriormente emitiram notas fiscais de entrada, a fim de anular as operações.

Elenca de forma pormenorizada as notas fiscais alusivas às situações acima referidas.

O Auditor Fiscal, informa inicialmente que o lançamento extemporâneo é permitido somente com a retificação do livro fiscal de entrada (EFD); concorda com o cancelamento das Notas Fiscais nºs 128 e 48053 (fls. 67/73), reduzindo a exigência em R\$37.978,75.

Sobre as notas fiscais estornadas pelos emitentes, contesta a alegação defensiva, argumentando que o contribuinte deveria verificar as notas fiscais que lhe foram destinadas, consultando o Portal de NF-e, conforme o artigo 89, §17 do RICMS/BA.

Sobre as notas fiscais com o valor excessivo (DOC8), diz que o autuado não apresenta provas das suas alegações.

Com relação às notas fiscais de retorno de industrialização, informa que o referido §4º, do art. 280 RICMS, determina apenas a emissão de nota fiscal, não exigiu que fosse em uma só. Se existem duas notas fiscais para descrever a operação, concluiu que ambas devem ser registradas.

O órgão julgador, diante do impasse formado para a apreciação da lide, converteu o processo fiscal em diligência, solicitando esclarecimentos sobre a escrituração das notas antes do início da ação fiscal; notas fiscais emitidas com equívocos pelos emitentes; a natureza das Notas Fiscais nºs 4294 e 4434, e a regularidade das operações de retorno de industrialização por encomenda.

Parecer da diligência encontra-se acostado aos autos. Novo demonstrativo de débito (fls. 447/450).

No primeiro item foi aplicada a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, pela entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o registro na escrita fiscal digital - EFD, no período de janeiro/março de 2015. Valor R\$259.728,71

Mesmo após os ajustes realizados durante a Informação e Diligência Fiscal, o autuado reclama da nota fiscal 128, cancelada pelo emitente e a Nota Fiscal nº 236.859, emitida com equívoco, e para a qual foi emitida, posteriormente, a Nota Fiscal nº 237.054. O direito o assiste, uma vez que os documentos acostados aos autos, fls. 68/71, provam a situação de cancelado da nota fiscal eletrônica 128. Cópia do DANFE 237.054 (fl. 77), prova o desfazimento do negócio em relação à NF-e 236.859. O Auditor Fiscal reconhece o acerto do contribuinte e exclui os respectivos valores da exigência.

O segundo item aplica penalidade por descumprimento de obrigação acessória, pela entrada no estabelecimento de mercadorias (não tributáveis) sem o registro na escrita fiscal digital - EFD, no período de janeiro/março de 2015. Valor R\$250.262,98.

De igual forma, mesmo após os ajustes procedidos, o autuado reclamou da manutenção das Notas Fiscais nºs 1.345.999 e 202.018, cujos documentos fiscais que anexou aos autos, fls.214/218, provam o acerto da sua impugnação. O Auditor Fiscal reconhece o acerto do contribuinte e exclui os respectivos valores da exigência, reduz as exigências para os valores de R\$16.746,02 e R\$6.554,82, respectivamente, para os itens 1 e 2, conforme demonstrativos que acostou aos autos.

No entanto, a acusação fiscal de que o autuado não teria efetuado o registro de todas as notas fiscais eletrônicas, apontadas no demonstrativo fiscal da respectiva infração, na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, resta parcialmente provada, caracterizando em parte a infração imputada. Aplicada, inclusive, a recente alteração à Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15, que reduziu o percentual da penalidade prevista para a falta de registro na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, de 10% para 1%, na infração 1. Retroatividade benigna que deve ser feita, com previsão no art. 106, II, "c" do CTN - Código Tributário Nacional. A nova redação do inciso IX, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96:

“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 relação jurídica obrigacional tributária, é objeto essencial do direito tributário. As obrigações tributárias acessórias são os deveres instrumentais exigidos pelo sujeito ativo (obrigação de fazer), com o intuito de assegurar o interesse da arrecadação dos tributos e também para facilitar a atividade de fiscalização no sujeito passivo. A legislação tributária estadual estabelece que o sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na

legislação tributária (Lei nº 7.014/96, art. 34).

No presente caso, deve ser interpretada com reservas a alegação do autuado, de que determinadas notas fiscais sequer chegaram ao seu conhecimento e não se pode exigir a sua escrituração ou que a determinação para acessar o portal para verificação de nota fiscal emitida, nos termos do §17, artigo 89 do RICMS BA, somente entrou em vigor em janeiro de 2016.

Considerando que a exigência corresponde ao período de janeiro a março de 2015, e de fato, a verificação dos documentos lançadas em face ao seu estabelecimento, no Portal da nota fiscal eletrônica constituía-se apenas numa fonte de consulta ofertada ao contribuinte, não se pode validar o entendimento fiscal de obrigação do autuado consultar o aludido Portal, para afastar a imposição da multa.

No entanto, segundo o § 16, art. 89 do RICMA BA, nesse caso, o contribuinte deveria apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa por possíveis remetentes, a fim de afastar a presunção prevista em lei, de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”. Tal regramento, estando em vigor a partir de 01/01/15, abarca o período da autuação.

Deixo de acatar igualmente, o pedido para cancelamento da multa ou sua redução, nos termos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/06, considerando a aplicação da retroatividade benigna do art. 106, II, “c” do CTN e a adequação perfeita da exigência à legislação do ICMS desse Estado (Lei nº 7.014/96).

Caracterizado o descumprimento da obrigação acessória, a aplicação da penalidade, nas parcelas subsistentes da infração 1, no valor de R\$16.746,02 e infração 2, no valor de R\$6.554,82, é medida que se impõe.

Pelo exposto, o Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, no total de R\$23.300,82.

É o voto.

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JF nº 0142-01/18, vem, por seu representante legalmente constituído, expor as razões que motivam seu recurso voluntário.

Reclama do equívoco do acórdão ocorrido e da necessidade de redução da multa imposta através da infração-01. Pleiteia a retroatividade da Lei nº 13.461/15, nos termos do art. 106, II, c, do CTN

Através da infração-01, foi cominada multa de 10% sobre o valor das mercadorias, em virtude da suposta entrada no estabelecimento de mercadorias, sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Ressalta-se, contudo, que a penalidade aplicada na infração-01 está pautada na aplicação a multa prevista no art.42, inciso IX da Lei Estadual 7.014/96, que correspondia a 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que supostamente não fora registrado na escrita fiscal.

Ocorre que, em 11/12/2015 fora publicada a Lei nº 13.461/2015 a qual, em seu art. 1º, altera a redação do referido dispositivo para fazer valer, a partir da data da sua publicação, a alíquota de 1% da multa prevista no inciso IX, pertinente à primeira infração. Senão vejamos:

Art. 1º Os dispositivos da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, a seguir indicados, passam a vigorar com as seguintes redações:

[...]

“Art. 42.

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;

Ora, o art. 106, II, c, do Código Tributário Nacional, é claro ao dispor que a legislação punitiva mais benéfica ao contribuinte deve ser aplicada aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, desde que definitivamente julgados, como é o caso em tela.

Trata-se, portanto, de direito incontroverso da contribuinte em ter abrandada a penalidade aplicada contra si, uma vez que o texto legal não deixa margem a dúvidas ao afirmar que a “lei se aplica a ato ou fato pretérito”. Este, inclusive, é o entendimento da doutrina pátria, conforme demonstrado a seguir:

“Sempre que a lei nova comine penalidade mais branda que aquela aplicada ao ensejo da prática da infração, há de ser observada a alínea c do inc II (do art.106, CTN) seja requerimento do interessado, seja de ofício, por iniciativa da própria autoridade que intervenha no julgamento do feito. É um direito do sujeito passivo e quer-se acatado”.

No entanto, nos cálculos efetuados em diligência e acatados pelo Acórdão recorrido, não foi aplicada a retroatividade benigna, sendo mantida a multa de 10%, quando deveria ser diminuída para 1%.

Tal equívoco, atinente à manutenção da multa de 10%, terminou por gerar impropriedade nos cálculos. Isto porque, aplicando a porcentagem correta de 1%, o saldo remanescente da Infração-01, é de R\$655,48.

Desta forma, os valores remanescentes corretos seriam de R\$655,48 para a infração-01 e R\$16.746,03 para infração-02, consoante acima demonstrado.

Tal cancelamento da multa mostra-se plausível, tendo em vista que a Recorrente não agiu com dolo, má-fé ou simulação e que a falta de registro das notas fiscais não implicou qualquer prejuízo ao Erário, pois, não acarretou falta de recolhimento de imposto.

Nesta esteira, verifica-se que a legislação do ICMS do Estado da Bahia permite ao CONSEF reduzir o cancelamento pelo Conselho conforme dispositivo a seguir:

Lei nº7.014/06

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.

O Egrégio CONSEF vem aplicando o dispositivo em tela em situações semelhantes à ora analisada, cancelando ou reduzindo penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, como se vê a parir da leitura das seguintes ementas: 1ª CJF nº 0250-11/10; 2ª CJF nº 0188-12/08; 1ª CJF nº 0228-11/02; 1ª CJF nº0098-11/05.

De todo o exposto, a Recorrente requer, em relação a pequena parte de Notas Fiscais autuadas cuja justificativa para a escrituração não foi identificada, o cancelamento ou redução da multa imposta através do Auto de Infração combatido, tendo em vista o atendimento das condições impostas pelo § 7º do art.42 da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, requer a Recorrente que seja conhecido e provido o presente Recurso Voluntário, reformando-se a decisão combatida, para julgar improcedente o Auto de Infração nº 276468.0303/15-6. Caso assim não entendam os I. Conselheiros, requer o cancelamento ou a redução da penalidade, nos termos § 7º do art.42 da Lei nº 7.014/96.

VOTO

Trata o presente de Recurso de Ofício, este tendo em vista o disposto no artigo 169, I, “a”, “1”, do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo Contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Em relação ao Recurso de Ofício, vejo que a desoneração do contribuinte derivou do fato de que a Autuada comprovou que diversas Notas Fiscais foram devidamente lançadas na sua escrita Fiscal extemporaneamente, e outras canceladas, que foram comprovadas pela conclusão de diligência , (fl.446), ficando assim as Infrações:

RESULTADO DA DILIGÊNCIA			
	VI.OriGinal	Novo Valor	VI.da Redução
Infração-01	259.728,71	6.554,82	253.173,89
Infração-02	250.252,98	16.746,03	233.506,95
	509.981,69	23.300,85	486.680,84

Nesses termos, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

Quanto ao recurso voluntário, a via recursal eleita pelo sujeito passível é cabível e adequada, ante sua previsão no art. 169, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Foi deduzido tempestivamente (art. 171 do RPAF/99), atendendo aos demais requisitos formais para a sua interposição.

Contudo, para que seja conhecido, é necessário que subsista interesse recursal. É dizer, é necessário que o recurso, caso conhecido, produza resultado útil ao recorrente, e que este não haja adotado conduta incompatível com o interesse recursal, seja antes, seja após a interposição.

Ao aderir ao Concilia 2018, o sujeito passivo efetuou **pagamento**, o que é modalidade expressa de extinção do crédito tributário (art. 156, inciso I, da Lei Federal nº 5.172, de 25/10/1966 – o CTN). Ora, o RPAF/99 é explícito ao afirmar que **se extingue o processo administrativo fiscal com a extinção do crédito tributário exigido** (art. 122, inciso I, do RPAF/99), determinando ainda que, em caso de pagamento, o julgamento não deve prosseguir na esfera administrativa, remetendo-se os autos à unidade de origem para aferição, eventual homologação e consequente arquivamento (parágrafo único do art. 122 do RPAF/99).

Assim, o pagamento efetuado pelo sujeito passivo após a interposição do recurso voluntário é, em meu sentir, causa (superveniente) de incompatibilidade entre os fundamentos recursais e o pedido recursal, sendo certo que o RPAF/99 considera inepta a petição que contiver incompatibilidade entre o pedido e seus fundamentos (art. 10, § 1º, inciso III, alínea “c” do RPAF/99).

Ante o exposto, julgo PREJUDICADO o Recurso Voluntário, uma vez que o pagamento subsequente dos itens do Auto de Infração, por ocasião da adesão ao programa “Concilia 2018”, mostra-se incompatível com o interesse em recorrer, ensejando a aplicação do disposto no art. 10, inciso III, alínea “b” c/c art. 122, inciso I e parágrafo único, todos do RPAF/99.

A Autuada procedeu ao pagamento através do benefício do instituto da Lei nº 14.016/18 – Programa Concilia, no valor de R\$6.990,25, conforme DAE à fl.516.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida para declarar **EXTINTO** o Auto de Infração nº **276468.0303/15-6**, lavrado contra **PARANAPANEMA S/A.**, no valor total de **R\$23.300,84**, previstas no art. 42, incisos IX e XI da Lei nº 7.014/96, reduzida a multa em obediência à Lei nº 13.461/2015, c/c art. 106, II, “c” da Lei nº 5.172/66 (CTN), com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser cientificado o recorrente desta Decisão e, posteriormente, encaminhar os autos ao setor competente para a homologação do valor recolhido através do Benefício Concilia Bahia e o devido arquivamento dos autos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SHINYASHIKI FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS