

PROCESSO - A. I. Nº 298958.0005/19-4
RECORRENTE - BETANIA LACTEOS S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acordão 5ª JJF nº 0048-05/20-VD
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2021

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0158-12/21-VD

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO DE ENTRADAS. MULTAS. OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Falta de escrituração de documentos fiscais eletrônicos no livro Registro de Entradas. Obrigação instrumental que não deixou de existir com o surgimento do SPED (Sistema Público de Escrituração Digital). Infração 03 caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso Voluntário **NÃO PROVÍDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela recorrente em face da decisão proferida pela 5ª JJF, que julgou Procedente em Parte, em decisão unânime o Auto de Infração, lavrado em 28/06/2019, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 46.820,37, em decorrência do cometimento de 04 infrações. O sujeito passivo não recorreu das infrações 01, 02 e 04, sendo o objeto do recurso apenas a infração 03, conforme abaixo descrita:

"Infração 03 – Entradas não tributáveis sem registro na escrita (05, 07 e 08/2016 e 01 a 09/2017). Multa de R\$33.407,90, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96."

A recorrente apresentou defesa fls. 20 a 33, e a autuante a Informação Fiscal sob as fls.116 a 121, replica a contestação fls.130 a 136, em sessão do dia 19/05/2020, a 5ª JJF julgou Procedente em Parte, por decisão unanime, sob as fls.149 a 154, com base no voto a seguir transcrito.

VOTO

"Todos os elementos necessários ao julgamento estão contidos nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência, com fundamento no art. 147, I, "a" do RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia).

Por meio do primeiro item da autuação, o sujeito passivo foi acusado da falta de recolhimento do imposto, decorrente das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras Unidades da Federação de bens destinados ao ativo imobilizado (períodos de 09/2016 e 10/2017).

Conforme os levantamentos de fls. 07/08, trata-se de duas entradas de ativos oriundos dos Estados de Pernambuco (09/2016), e do Ceará (10/2017) – ambas sob o CFOP 2.552 – transferências de bens do ativo imobilizado.

Relativamente à questão da não incidência, a jurisprudência predominante neste Conselho, ressalvando-se as transferências internas, aponta no sentido de que a Súmula do STJ nº 166 é anterior à LC (Lei Complementar) 87/96, a qual, no seu art. 12, I, dispõe sobre a ocorrência do fato gerador do gravame, no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular.

Segundo o art. 272, I, "a" do RICMS/12, fica dispensado o lançamento e o pagamento relativo às diferenças de alíquotas nas aquisições de bens do ativo permanente destinados à indústria de laticínios.

O administrado, conforme o artigo 1º do Estatuto Social, de fls. 42 a 56, assinado digitalmente à fl. 57 -, é companhia que tem sede e foro no Município de Fortaleza, Estado do Ceará, com filiais em diversas Unidades da Federação, entre elas a Bahia – Município de Capela do Alto Alegre (fl. 01).

Tem como objeto social, entre outros, beneficiamento de leite, fabricação de rações balanceadas para animais, produção e comercialização de sucos, néctares, bebidas mistas etc.

Portanto, enquadra-se na norma de isenção do supracitado artigo regulamentar, em função do que, julgo improcedente a infração 01.

As infrações 02 a 04 decorrem, todas elas, da falta de escrituração de documentos fiscais eletrônicos no livro Registro de Entradas, obrigação instrumental que não deixou de existir com o surgimento do SPED (Sistema Público de Escrituração Digital).

O auditor, ao prestar a informação concernente à segunda imputação, reconheceu a escrituração das notas 3.434.068, 2.482, 36.382 e 5.160 (todas de 2017), motivo pelo qual, aduziu ter revisado o demonstrativo inicial da infração 02 – apresentado junto com a peça inicial às fls. 09 a 11 -, para R\$3.445,87.

Na verdade, conforme se pode verificar na totalização da planilha, alterou para uma quantia que não foi de R\$3.445,87, ao contrário do que disse à fl. 119.

Verifica-se que, em 2017, o montante foi modificado para R\$3.171,96 (devido ao equívoco de ter juntado, no mesmo levantamento, a apuração das infrações 02 e 04), nos termos constantes da aba NF TRIB NÃO ESCRIT – 2017 do arquivo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRIT – 2017 do CD de fl. 122.

Em 2016, o valor inicial - de fl. 09 -, foi mantido (R\$631,38), conforme se observa na aba NF TRIB NÃO ESCRIT – 2016 do arquivo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRIT – 2016, do CD de fl. 122.

Após a revisão, os dois montantes da infração 02, de 2016 e 2017, somados (R\$631,38 + R\$3.171,96), alcançaram uma cifra maior do que aquela inicialmente exigida (R\$3.619,77), porque, como já se disse, a Fiscalização agrupou e totalizou no mesmo levantamento, a apuração das infrações 02 e 04, o que viola o princípio da ampla defesa, do contraditório e da motivação clara do ato administrativo.

Infração 02 nula.

O mesmo ocorreu quanto à infração 04.

Ou seja, na informação, o auditor reconheceu ter sido escriturado pelo contribuinte o documento nº 178.874 e disse, à fl. 121, ter modificado o respectivo valor – inicialmente exigido sob a cifra de R\$368,38 -, para R\$357,47.

Tal revisão – com o referido valor ou com a data de ocorrência registrada à fl. 02 (31/12/2017) -, não se encontra de forma isolada nos arquivos em formato EXCEL, do CD acima referido, tampouco nos papéis colacionados aos autos juntamente com a informação fiscal, ou com a peça vestibular.

Constata-se, na aba NF TRIB NÃO ESCRIT – 2017 do arquivo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRIT – 2017 do CD, de fl. 122, que o autuante – assim como fez nos levantamentos iniciais (CD de fl. 16-A) -, colocou e totalizou no mesmo demonstrativo os valores da segunda imputação e o da quarta (revisada para R\$357,47 – no período de 12/2017, inexistente na segunda), o que, com a devida licença, é inadmissível, porquanto dificulta e até mesmo impossibilita a compreensão de como foi elaborada a apuração.

Infração 04 nula, por inobservância ao princípio da motivação do ato administrativo, bem como ao direito à ampla defesa e ao contraditório.

Represente-se à autoridade competente, para que determine a renovação da ação fiscal (infrações 02 e 04).

Não houve comprovação de escrituração das notas da infração 03.

Infração mantida.

Neste específico caso, este Conselho não tem autorização legal para deliberar sobre pedidos de redução de multas, sejam elas por descumprimento de obrigações legais principais ou acessórias.

O § 7º, do art. 42 da Lei do ICMS/BA, foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/2019, publicada no Diário Oficial do Estado de 13/12/2019, com efeitos a partir de 13/12/2019.

Quanto ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal:

§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.”

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$33.407,90”

Inconformada com a decisão de piso a Recorrente interpôs Recurso Voluntário sob às fls. 162 a 169, nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, e apresenta as seguintes alegações:

Diz que, a infração 03 foi decorrente de suposta falta de escrituração de documentos fiscais nas entradas de mercadorias sujeitas a tributação do ICMS, o que levou o autuante a impor a penalidade prevista no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Reitera as mesmas alegações de defesa, afirmando que, restará comprovada a improcedência, tendo em vista a impossibilidade de exigência e penalização de uma situação não mais necessária.

Cita a Cláusula Oitava do Ajuste SINIEF 07/05, afirmando que a totalidade dos documentos fiscais que deram ensejo à autuação foram emitidas eletronicamente.

Ajuste SINIEF 07/05.

Cláusula Oitava- Concedida a Autorização de uso da NF-e, a administração tributária da unidade federada do emitente deverá transmitir a NF-e para Receita Federal do Brasil.

Afirma que a obrigação da escrituração no livro próprio surgiu a época dos documentos fiscais físicos, quando era necessário que o contribuinte apresentasse esses documentos ao órgão de fiscalização.

Aduz que, atualmente essa obrigação não faz sentido, uma vez que as Secretarias de Fazenda já possuem a informação eletrônica das operações interestaduais que lhe dizem respeito, e o que por óbvio torna obsoleta a obrigação de escriturar.

Assevera que a SEFAZ - Bahia não deve mais exigir o cumprimento de uma obrigação acessória que se revela obsoleta e inócuas e muito menos impor penalidades pelo seu descumprimento.

Reitera que o referido auto foi lavrado antes da revogação do parágrafo 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, onde alega que as regras devem ser aplicadas a atos que ocorreram em sua vigência, sob pena de existir quebra de isonomia, vez que outros contribuintes que tenha protocolado defesa administrativa na época da recorrente, mais que tenha sido julgado de forma mais célere, teria a benesse do referido parágrafo do art. 42 da Lei nº 7014/96.

Diz que, caso o disposto no supracitado parágrafo § 7º do art. 42, esse doutro contencioso não seja aplicado ferirá o art. 150, inc. II da CF.

Por fim, a Recorrente requer:

- a) Que a infração 03, seja julgada improcedente;
- b) Que a infração 03, seja julgada parcialmente procedente, para que seja reduzida a multa, conforme disposto no art. 42, § 7º da Lei nº 7014/96.

Registro a presença na sessão de julgamento dos advogados do Autuado que efetuou a sustentação oral, Srs. Gustavo Bevílaqua Vasconcelos e Letícia Vasconcelos Paraíso - OAB/BA nºs 42.244 e 22.128.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela recorrente no sentido de modificar a decisão de piso onde questiona apenas a infração 03, lavrada para exigir multa de 1% sobre o faturamento devido as entradas no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

Verifica-se que a recorrente reitera as alegações de sua defesa, não tendo comprovado a escrituração das notas fiscais de entradas de mercadorias desta infração.

Ficou constatado nos autos do processo que a multa teve sua origem pela falta de escrituração das notas fiscais arroladas pelo autuante nos registros fiscais da recorrente, o que teria infringido os artigos 217 e 247 do RICMS-Bahia.

O artigo 217 do RICMS diz respeito ao Livro de Registro de Entradas de Mercadorias disciplinando o seu uso e a forma como deve ser escriturado, e compõem o sistema SPED.

Já o art. 247 do RICMS, diz respeito a Escrituração Fiscal Digital – EFD e estabelece as normas de apresentação da mesma, assim definido:

Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital –EFD se constituiu de um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das Unidades Federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).

Portanto concluo pela a obrigatoriedade da escrituração fiscal, mesmo se tratando de Notas Fiscais Eletrônicas, com fundamento nos dispostos dos art. 217 e 247 do RICMS-BA.

Verifico que o presente auto de infração foi lavrado em 28/06/2019, portanto antes da revogação do § 7º, do art. 42 da Lei nº 7014/96, revogado pela Lei nº 14.183, de 12.12.2019 que assim estabelecia:

“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 implique falta de recolhimento do imposto.”

Considerando que a autuação teve fatos geradores nos meses 05, 07 e 08/2016 e 01 a 09/2017, e foi levado a efeito em 28.06.2019, portanto, dentro da vigência do dispositivo acima. Desta forma, acato, em parte, o requerido pela Recorrente, determinando a redução da multa em 50% (cinquenta por cento) constante da infração 03, tendo em vista que não foi comprovado pelo autuante que a recorrente tenha praticado dolo, fraude ou simulação, bem como falta de recolhimento do ICMS.

Diante de tais considerações voto pela modificação da decisão de piso em relação a infração 03, alterando o valor de R\$ 33.407,90 para o valor de R\$ 16.703,95.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR

Peço *vénia* ao ilustre Relator para discordar dos argumentos esposados em relação à redução em 50% (cinquenta por cento) da multa imputada na Infração 03.

Não devemos interpretar a legislação apenas de forma literal, exceto quando se trata de benefício fiscal, o que não é o caso. O inciso XI, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, que determinava a aplicação de multa de 10% sobre o valor das mercadorias não tributadas sem registro na escrita fiscal, foi revogado pela Lei nº 13.816/17, com efeitos a partir de 22/12/2017, mesma lei que alterou o seu inciso IX para abranger estas mercadorias, determinando a aplicação de multa mais branda, de 1%, sobre o valor de quaisquer mercadorias sem registro na escrita fiscal, independentemente de ser tributada ou não.

Portanto, a alteração legislativa apenas equalizou as penalidades pela falta de escrituração de notas fiscais de aquisição independentemente da operação ser tributada ou não no percentual de 1%.

Vejamos as redações atuais e anteriores dos citados dispositivos legais:

“IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Nota: A redação atual do inciso IX do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 22/12/17.

Redação anterior dada ao inciso IX do caput do art. 42 pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos de 11/12/15 a 21/12/17:

“IX - 1% (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;”

Redação original, efeitos até 10/12/15:

“IX - 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;”

...

XI - revogado;

Nota: O inciso XI do caput do art. 42 foi revogado pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 22/12/17.

Redação anterior dada ao inciso XI do caput do art. 42 pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos de 28/11/07 a 21/12/17:

“XI - 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;”

Redação anterior dada ao inciso XI do caput do art. 42 pela Lei 8.967, de 29/12/03, DOE de 30/12/03, efeito de 30/12/03 a 27/11/07:

“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;”

Redação original, efeitos até 29/12/03:

“XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria não tributável, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;”

Assim como concluiu o ilustre Relator, a escrituração fiscal é obrigatória e, mais do que isso, é imprescindível que ela seja efetuada diligentemente para a apuração correta do ICMS, portanto não é apenas uma obrigação acessória, e muito menos obsoleta e inócuas, mas a própria forma de apuração do imposto.

Não acolho o pedido para o cancelamento ou a redução da multa imposta, com base no §7º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, tendo em vista que a falta de escrituração de notas fiscais dificulta a realização de diversos roteiros de auditoria, a exemplo da auditoria de estoques, o que também impede a comprovação de que não ocorreu falta de pagamento de imposto.

Observo, inclusive, que tanto a previsão legal quanto a regulamentar que permitiam a análise do pedido de redução ou cancelamento de multas por descumprimento de obrigação acessória por este colegiado foram revogadas, conforme demonstrado abaixo:

- o §7º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/2019, DOE de 13/12/2019, efeitos a partir de 13/12/2019.
- o Art. 158 do RPAF/99 foi revogado pelo Decreto nº 19.384, de 20/12/2019, DOE de 21/12/2019, efeitos a partir de 01/01/2020.

Os referidos dispositivos tratavam de um comando destinado aos julgadores, não um direito do Autuado, devendo ser observada a sua vigência no momento do julgamento. Tais dispositivos foram revogados porque a dispensa de penalidade só pode ser efetuada diretamente pela lei, conforme o Art. 97, VI do CTN, e os referidos dispositivos representavam apenas uma delegação da competência de redução de penalidades.

Ressalto que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conforme estabelece o Art. 167, I e III do RPAF/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Camara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0005/19-4**, lavrado contra **BETÂNIA LÁCTEOS S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$33.407,90**, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei nº 9.837/2005.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, José Raimundo de Oliveira Pinho, Eduardo Ramos de Santana, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiro: Antonio Dijalma Lemos Barreto.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTÔNIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARCELO MATTEDEI E SILVA - VOTO VENCEDOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS