

PROCESSO - A. I. Nº 295902.0001/19-1
RECORRENTE - PERBRAS - EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acordão 1ª JJF nº 0074-01/20-VD
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS (AGRESTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2021

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0166-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Autuado emitiu documentos fiscais com destaque do ICMS, mas não efetuou o lançamento a débito na apuração mensal do imposto. Infração 01 subsistente. 2. MULTA. ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. A autuação está eivada de nulidade, em face da notória dissociação entre a capituloção legal prevista na autuação e o cenário jurídico evidenciado nos correlatos demonstrativos, pois enquanto os demonstrativos, em verdade, listam notas fiscais de saídas omitidas relacionadas às operações não tributadas, tendo assim, ausência de correlação entre a autuação, pelo dispositivo legal ali invocado, e a exigência do autuante revelada nos seus demonstrativos integrantes da mesma ação fiscal denotam a irretocável evidência de nulidade da infração. Recomenda-se verificar a possibilidade de renovação da ação fiscal. Infração nula. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à infração 2. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela recorrente em face da Decisão proferida pela 1ª JJF, que julgou Procedente em Parte, em decisão unânime o Auto de Infração, lavrado em 27/12/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 60.168,23, em decorrência do cometimento de 02 infrações, sendo o objeto do recurso as infrações descritas abaixo:

Infração 01 (02.01.02) - deixou de recolher ICMS em razão de não escriturar operações nos livros fiscais, ocorrido nos meses de maio e julho de 2016 e de outubro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.586,45, acrescido de multa de 100%, prevista no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 (16.01.02) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigido multa no valor de R\$55.581,78, prevista no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A recorrente apresentou defesa sob as fls. 17 a 26, tendo a autuante apresentado Informação Fiscal sob as fls.48 a 49, em sessão do dia 14/07/2020, a 1ª JJF julgou Procedente em Parte, por decisão unanime, sob as fls. 56 a 57, com base no voto a seguir transcrito.

VOTO

“Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Na infração 01 é exigido ICMS correspondente aos destaques nos quatro documentos fiscais que não foram lançados na apuração mensal do imposto. O autuado alega que trata-se de devolução de materiais de uso cujos créditos fiscais não foram apropriados por ocasião da sua entrada. Porém, a nota fiscal nº 12 refere-se a devolução de um cilindro hidráulico especial no valor de R\$60.207,84 (fl. 40), cuja finalidade certamente era o ativo immobilizado e em cuja natureza da operação consta apenas a expressão: “devolução de compra”.

Nas notas fiscais nº 20 e 168 constam como natureza da operação a devolução de mercadoria destinada ao uso e consumo. Porém, mesmos nesses casos, o art. 452 do RICMS estabelece que o contribuinte deve creditar-se do ICMS lançado na nota fiscal de devolução, desde que em valor igual ao do imposto lançado no documento originário. O que implica dizer que o valor destacado no documento fiscal de devolução deve ser lançado a débito na apuração mensal do imposto.

A nota fiscal nº 168 foi emitida para anular valor relativo a aquisição de serviço de transporte ocorrido três meses antes da sua emissão, o que pressupõe que o autuado já havia se apropriado do correspondente valor como crédito fiscal.

Como todas as emissões desses documentos ocorreram com destaque do ICMS e considerando as circunstâncias relatadas, considero subsistente a infração.

Em relação à infração 02, em princípio não houve negativa do autuado quanto ao cometimento da infração. Mas, durante a sessão de julgamento, o autuado trouxe cópia das notas fiscais nº 17 e 22, constantes no demonstrativo à fl. 06, alegando tratar-se de notas fiscais de saída e não de entrada, não justificando, portanto, a inclusão numa infração relativa à falta de escrituração de nota fiscal de entrada de mercadoria. De fato, conforme documentos às fls. 54 e 55, as referidas notas fiscais registram a saída de mercadorias efetuadas pelo autuado em transferência para outro estabelecimento da mesma empresa, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$1.216,20, em razão da exclusão dos valores referentes aos meses de julho de 2016 e fevereiro de 2017.

O pedido de aplicação do disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para um possível cancelamento ou redução da multa aplicada, não poderá ser analisada por esta Junta de Julgamento em razão do respectivo dispositivo já não existir no ordenamento jurídico tributário do Estado da Bahia face a revogação promovida pela Lei nº 14.183/2019, publicada em 13/12/19. Infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do auto de infração, ficando retificado o enquadramento da multa aplicada na infração 02 para o inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e o valor da exigência fiscal para R\$5.802,65.”

Inconformada com a decisão de piso, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário sob às fls. 67 a 78, nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, e apresenta as seguintes alegações:

Alega quanto a infração 01 que, a JJJ decidiu equivocadamente pela manutenção do lançamento do crédito tributário relacionado as notas fiscais da presente infração, haja vista que não há o que se falar em falta de recolhimento de ICMS, pois houve a mera devolução de materiais e serviços sem a apropriação do respectivo crédito do imposto na entrada, não causando nenhum prejuízo material ao Estado.

Quanto a infração 02, pugna pela improcedência, sobre o saldo remanescente do julgamento de piso, onde destaca que a ausência do registro na escrita não implicou em falta de recolhimento do imposto por se tratar de operações não tributáveis conforme destacado na lavra do autuante.

Cita que não foi imputada pela fiscalização a ocorrência de dolo, fraude ou simulação pela empresa, que, se existente, deveria ser provada pelo autuante.

Aduz ainda, neste contexto, que poderá aplicar nesta hipótese o disposto no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, com o propósito de cancelar ou reduzir as multas aplicadas.

Sustenta que, de forma superveniente, a Lei nº 14.183/2019 e o Decreto nº 19.384/19, revogaram a competência do órgão julgador administrativo de reduzir ou cancelar as multas por descumprimento de obrigação acessória.

Acrescentou que, com a revogação citada acima, o Estado buscou esvaziar os precedentes das Juntas e Câmaras julgadoras que vinham aplicando a regra prevista no disposto do art. 42, § 7º da Lei nº 7014/96, para redução desta penalidade, e neste sentido cita os seguintes acórdãos: 2ª CJF Nº 0053-12/17, 1ª CJF Nº 0436-11/10, 2ª CJF Nº 0339-12/15.

Aduz à luz do princípio da retroatividade insculpido nos art. 105 e 106 do CTN, em especial a alínea “c” do inciso II, onde pleiteia que a revogação apenas seja aplicada aos fatos geradores futuros.

Destaca que, em hipótese de dúvidas, deve-se observar a extensão da penalidade aplicável amparado pelo art. 112, mais especificamente no inciso II, que traz a interpretação mais favorável

ao recorrente.

Reitera que, neste cenário restou demonstrada a aplicabilidade na norma contida no § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em razão dos fatos geradores autuados serem anteriores à revogação do referido disposto.

Por fim, requer a recorrente que seja dado provimento do presente recurso com a consequente improcedência do auto de infração lançado.

É o relatório.

VOTO (Vencido quanto à infração 2)

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela recorrente contra a decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que por unanimidade, julgou Procedente em Parte, o Auto de infração em lide, lavrado em 27/12/2018, que exige o valor histórico de R\$ 60.168,23, acrescidos de multas, nos exercícios de 2016 a 2017.

A infração 01, foi originado pela falta de recolhimento de ICMS, em razão da não escrituração das operações nos livros fiscais, ocorrido nos meses maio e julho de 2016, e de outubro de 2017. Sendo exigido ICMS R\$ 4.586,45, mais multa de 100%.

A recorrente em sede de recurso reitera as alegações de defesa, e não traz nenhuma comprovação de escrituração das notas fiscais, nos livros próprios. Vale destacar que as referidas notas fiscais tinham destaque ICMS.

Entretanto para melhor entendimento destacamos abaixo as notas fiscais lançadas na referida infração.

NOTAS FISCAIS EMITIDAS E NÃO REGISTRADAS, OPERAÇÕES TRIBUTADAS									
Dta	NumDoc	ChvNfe	CNPJ	UF	VIDoc	VlBclcms	VlIcms		
10/05/2016	12	29160515	54.823.455/0014-50	RS	60.207,84	60.207,84	4.214,55		4.214,55
16/08/2016	20	29160815	01.791.324/0001-58	BA	240,00	141,18	25,41		
19/08/2016	21	29160815	88.317.847/0060-03	BA	2.755,08	2.755,08	330,61		356,02
18/10/2017	168	29171015	13.454.806/0001-00	BA	150,00	88,24	15,88		15,88
									4.586,45

A recorrente alegou em sede de recurso que não há o que se falar em recolhimento de ICMS, pois trata-se de devolução de matérias e serviços, onde não foram apropriados o crédito do imposto na entrada no estabelecimento.

Ficou constatado nos autos do processo em relação a Nota Fiscal nº 12 de 10/05/2016, trata-se de devolução de um cilindro hidráulico especial no valor de R\$ 60.207,84 (fl. 40), utilizado no seu ativo imobilizado e tendo como destaque da operação apenas a expressão: “devolução de compra”.

Com relação as Notas Fiscais nºs 20 de 16/08/2016 e 168 de 19/10/2017, verifica-se que houve devolução de mercadorias destinadas ao uso e consumo.

Nestes casos o disposto do art. 452 do RICMS, estabelece:

Art. 452 – Na hipótese de devolução de mercadoria cuja entrada tenha ocorrido sem a utilização de crédito fiscal pelo recebedor, será permitido a este creditar-se do ICMS lançado na nota fiscal de devolução, desde que em valor igual ao imposto lançado no documento originário.

Com relação a Nota Fiscal nº 021 de 19/08/2016, confirma que foi emitida para anular valor relativo a aquisição de serviço de transporte ocorrido bem antes da sua emissão, o que presume que o autuado já havia utilizado do valor como crédito fiscal.

Considerando que todas as notas analisadas desta infração tiveram o valor destacado do ICMS no documento fiscal de devolução, cujo valor deve ser lançado a débito na apuração mensal do imposto.

Concluo em manter integralmente a decisão de piso.

Em relação a infração 02, foi originada pela entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigido multa no valor de R\$55.581,78,

Verifica-se que, nesta infração aplica multa pela falta de registro de notas fiscais de entrada na EFD, tendo a decisão recorrida excluído as Notas Fiscais nºs 17 e 22 por não se tratarem de notas fiscais de entradas, mas de notas fiscais de saídas emitidas pelo Autuado.

Entretanto, verifiquei que não só as referidas notas fiscais, mas todas as demais notas fiscais constantes do demonstrativo também são notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado, o que não se coaduna com o fulcro da infração, o que faz total sentido como o nome do demonstrativo: NOTAS FISCAIS EMITIDAS E NÃO REGISTRADAS, OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS.

Diante do exposto, e considerando que as notas fiscais de saídas não registradas não se referem a operações tributadas, voto pela procedência parcial da infração 02 para aplicar a multa de R\$460,00 (quatrocentos e sessenta reais), prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7014/96, conforme estabelece o art. 157 do RPAF/99, *in verbis*:

“Art. 157. Verificada a insubsistência de infração quanto a obrigação quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o auto de infração parcialmente procedente”

Voto pela exigência fiscal para infração 02 no valor de R\$ 460,00. Portanto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, no sentido de modificar a Decisão recorrida.

VOTO VENCEDOR (Infração 2)

Peço vênia para SMJ, divergir do Ilustre Relator por entender que a infração 02 esta acometida de vício material que enseja flagrante nulidade.

Dessa forma, e respeitosamente divergindo do Ilustre Relator, entendo não ser pertinente invocar o art. 157 do RPAF para aplicação da multa prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7014/96, tendo em vista que a imputação original se refere a descumprimento de obrigação acessória, sem qualquer reflexo na obrigação principal do recolhimento de imposto.

Da análise dos elementos do presente Auto de Infração, houve manifesta incongruência jurídica entre a capitulação legal inserida na autuação e as exigências lançadas nos demonstrativos apurados pelo agente autuante, situação que, indubitavelmente, prejudica o pleno exercício do direito de defesa e contraditório, garantias constitucionais atribuídas, *in casu*, ao contribuinte.

A autuação está eivada de nulidade, em face da notória dissociação entre a capitulação legal prevista na autuação e o cenário jurídico evidenciado nos correlatos demonstrativos, senão vejamos: “*Infração 02 (16.01.02) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigido multa no valor de R\$55.581,78, prevista no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96*”. Enquanto os demonstrativos, em verdade, listam notas fiscais de saídas omitidas relacionadas às operações não tributadas.

A ausência de correlação entre a autuação, pelo dispositivo legal ali invocado, e a exigência do autuante revelada nos seus demonstrativos integrantes da mesma ação fiscal denotam a irretocável evidência de nulidade da infração.

Assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso no sentido de tornar a infração nula. Recomenda-se verificar a possibilidade de renovação da ação fiscal.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Camara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **295902.0001/19-1**, lavrado contra **PERBRAS - EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.586,45**, acrescido de multa de 100%, prevista no inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se verificar a possibilidade de renovação da ação fiscal para a infração 2.

VOTO VENCEDOR (Infração 2) – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Eduardo Ramos de Santana, Henrique Silva Oliveira e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO (Infração 2) – Conselheiros: Antonio Dijalma Lemos Barreto e Marcelo Mattedi e Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2021.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTÔNIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Infração 2)

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - VOTO VENCEDOR
(Infração 2)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR DA PGE/PROFIS