

PROCESSO - A. I. Nº 206856.0007/18-3
RECORRENTE - DATEN TECNOLOGIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0001-03/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/07/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0155-11/22-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. A recorrente logrou êxito em elidir parcialmente a acusação fiscal em relação a fatos reconhecidos pelo Autuante em sede de informação fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0001-03/21-VD da 3ª JF deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 28/09/2018, em razão da seguinte infração:

***Infração 04 – 16.01.01** – Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro e março de 2014. Exigido a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 58.191,58.*

Concluída a instrução processual, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

Cabe, de plano, enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante, atribuindo como vício na constituição do crédito tributário a ausência de elementos suficientes para determinar com segurança a infração preterindo seu direito de defesa.

Ao compulsar as peças que constituem a acusação fiscal, constato que não deve prosperar a pretensão da defesa. As infrações apuradas tratam de irregularidades de simples apreensão e de nítida identificação da circunstância da ocorrência do fato gerador cometido pelo Autuado e foram devidamente descritas, juntamente com o enquadramento legal e acompanhadas de demonstrativo de apuração indicando individualizadamente cada operação que resultou no débito exigido. Tanto é assim, que os elementos constantes dos autos, cujas cópias, lhe foram entregues, acompanhados de demonstrativos, sintéticos e analíticos, fls. 04 a 74, permitiram ao Defendente apresentar sua impugnação abordando suas razões de defesa alinhando todos os argumentos que entendeu pertinentes.

No tocante à alegação de que a fiscalização sequer indicou na descrição da infração, qual o demonstrativo a que ela se refere, dificultando a análise e o exercício do seu direito de defesa, também não acolho a alegação, haja vista que em cada um dos demonstrativos constam a clara identificação da infração a que se refere.

Assim, nos termos expendidos, e por constar que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e multa apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do presente Auto de Infração, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

No que concerne à diligência solicitada pelo Impugnante, por não vislumbrar qualquer necessidade de informações adicionais para o deslinde da matéria ora em questão, uma vez que os elementos coligidos nos autos são suficientes para se firmar o juízo e convicção, indispensáveis para a decisão da lide, indefiro o pedido com fundamento nas alíneas “a” e “b”, do inciso I, do art. 147, do RPAF-BA/99.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações à legislação baiana do ICMS, consoante descrição pormenorizada no preâmbulo do relatório.

As Infrações 01 e 02 foram reconhecidas pelo Impugnante, apresentando, inclusive, comprovação do pagamento do débito exigido, fls. 108 e 109. Logo, ante a inexistência de lide, ficam mantidas as Infrações 01 e 02.

Infração 03 trata da falta de recolhimento do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril e julho de 2013 e julho de 2014, consoante demonstrativo acostado à fl. 73.

Em sede de defesa, o Impugnante refutou a acusação asseverando que as notas fiscais arroladas foram canceladas razão pela qual não podem ser objeto de escrituração e/ou recolhimento de imposto. Sustentou que a exigência, ora impugnada, deve ser cancelada por se tratar de cobrança de ICMS sobre operações com notas fiscais canceladas.

O Autuante ao proceder a informação, destacou que o Impugnante demonstrou que as notas fiscais de saída relacionadas no levantamento fiscal que deu origem a cobrança de ICMS por falta de escrituração, na realidade não foram escrituradas porque foram canceladas e emitidas outras em seu lugar. Sustentou que, depois de confrontar as informações pertinentes, concorda com as alegações pela Defesa.

Ao examinar as peças que compõem a acusação fiscal desse item da autuação, verifico que as alegações da defesa são pertinentes, considerando também que o próprio Autuante, uma vez que as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal foram canceladas.

Assim, acolho o entendimento do Autuante que, depois constatar o efetivo cancelamento das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, acolheu a tese da Defesa. Por isso, considero que acusação fiscal desse item da autuação restou descaracterizada.

Concluo pela insubsistência da Infração 03.

A Infração 04 acusa o Impugnante de entradas no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2013 a novembro de 2014, conforme demonstrativo acostado às fls. 04 a 65 e CD à fl. 75.

O Defendente alegou que as notas fiscais não escrituradas na EFD, apontadas pela fiscalização, parte delas está sendo cobrada em duplicidade, uma vez que já foram objeto de exigência através do Auto de Infração nº 018184.1003/14-1. Alegou ainda que a outra parte das notas fiscais foram escrituradas em sua EFD em datas extemporâneas carregando aos autos planilha no formato Excel, discriminando as notas fiscais registradas em datas posteriores acompanhadas com as respectivas telas de sua escrituração fiscal.

O Autuante sustentou que os argumentos do Autuado são parcialmente procedentes. Explicou que, de fato, parte dos valores apurados no levantamento fiscal já tinha sido objeto de fiscalização e autuação anterior. Afirmou que apurou também restar comprovado que outras tantas notas fiscais, inclusas no levantamento fiscal, tiveram lançamentos extemporâneos, o que invalida a cobrança em relação àquelas efetivamente lançadas, mesmo que algumas delas com período de até nove meses.

Frisou que fez o cotejamento dos documentos fiscais que foram efetivamente lançados, ainda que extemporaneamente, com os relacionados no levantamento e deste cotejamento verificou que faltou serem lançadas notas fiscais no montante de R\$ 2.613.802,66, conforme planilha EXCEL anexada em meio magnético, fl. 269.

Constato que a planilha apresentada pelo Autuante em mídia CD, acostada à fl. 267, contempla a exclusão das notas fiscais já lançadas no Auto de Infração 018184.1003/14-1, bem como as notas fiscais que foram escrituradas extemporaneamente e que resulta na redução do débito para R\$ 26.138,03.

Assim, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante

Constam às fls. 272 e 273 que o Autuado foi intimado a tomar ciência do teor da informação fiscal e do demonstrativo da Infração 04, elaborado pelo Autuante e não se manifestou nos autos.

Concluo pela subsistência parcial a exigência fiscal quanto à Infração 04, no valor de R\$ 26.138,03, nos termos discriminado no demonstrativo a seguir

DEMONSTRATIVO INFRAÇÃO 04					
Auto de Infração x Julgamento					
Data de Ocorr.	Auto de Infração	Julgamento	Data de Ocorr.	Auto de Infração	Julgamento
2013			2014		
31/01/13	481,40	481,05	a transp.	23.902,98	13.441,54
28/02/13	100,22	48,76	31/01/13	10.195,46	5.129,78
31/03/13	164,19	164,19	28/02/13	548,66	213,85
30/04/13	258,77	258,77	31/03/13	3.777,18	118,36
31/05/13	170,24	169,52	30/04/13	419,57	47,76
30/06/13	925,64	925,64	31/05/13	234,00	79,58
31/07/13	344,97	344,97	30/06/13	715,61	662,30
31/08/13	241,00	208,78	31/07/13	1.682,99	1.673,26
30/09/13	4.642,00	4.642,00	31/08/13	1.082,24	1.060,47
31/10/13	2.121,35	2.111,24	30/09/13	364,93	338,61
30/11/13	1.987,86	1.985,26	31/10/13	2.182,80	2.172,69
31/12/13	12.465,34	2.101,36	30/11/13	11.397,54	1.199,83
TOTAIS	23.902,98	13.441,54		56.503,96	26.138,03

Quanto ao pedido do Autuado para cancelamento ou redução da multa aplicada na Infração 04, invocando o § 7º, do art. 42 da Lei 7.014/96, pelo fato de que, segundo seu entendimento não ocorrera falta de recolhimento do imposto e não lhe fora imputada a prática de dolo, fraude ou simulação. Apresentou também o Autuado dois precedentes de julgados da Segunda Instância deste CONSEF.

A legislação prevê a aplicação de multa de 1%, sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, para mercadorias sujeitas à tributação, bem como em relação às mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96).

No que diz respeito às decisões da Câmara apontadas pela Defesa, consigno que essas decisões não refletem a posição majoritária da Segunda Instância do CONSEF.

Não acato as alegações do defendente, considerando que, além de caso não se poder, no presente afirmar, de forma inequívoca, que não ocorreu falta de pagamento do imposto, falece competência a essa Junta de Julgamento para cancelar ou reduzir multa prevista na legislação de regência.

Concluo pela subsistência parcial do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO Auto de Infração x Julgamento				
INFRAÇÕES	Auto de Infração	Julgamento	Multa	
01	84,21	84,21	100%	PROCEDENTE
02	56,78	56,78	60%	PROCEDENTE
03	27.545,14	-	-	IMPROCEDENTE
04	56.503,96	26.138,03	1% FIXA	PROC. EM PARTE
	84.190,09	26.279,02		

Face ao exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Regularmente intimado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário com o seguinte teor.

Insiste na improcedência da infração 04, por duplicidade na cobrança, pois, a acusação consiste na suposta entrada de mercadorias no estabelecimento da Impugnante sem o devido registro na escrita fiscal tendo demonstrado e provado na impugnação que, em relação as Notas Fiscais indicadas na autuação, a fiscalização não considerou que foram escrituradas de forma extemporânea pela autuada, conforme quadro exemplificativo que reproduzo abaixo:

Nº da Nota Fiscal	Fato	Doc. da Impugnação
NF nº 26752	A nota fiscal foi recusada devido ao erro do valor do item da NF nº 10010941	Doc. nº 07
NF nº 6018	A nota fiscal foi escriturada SPED em 01/2014, e foi configurada como NF normal, não como NF_e (nota fiscal eletrônica).	Doc. nº 08
NF nº 2284	A nota fiscal foi escriturada SPED em 01/2014, e foi configurada como NF normal, não como NF_e (nota fiscal eletrônica).	Doc. nº 09
NF nº 19659	A nota fiscal foi escriturada SPED em 01/2014, e foi configurada como NF normal, não como NF_e (nota fiscal eletrônica).	Doc. nº 10
NF nº 459	A nota fiscal foi escriturada SPED em 01/2014, e foi configurada como NF normal, não como NF_e (nota fiscal eletrônica).	Doc. nº 11
NF nº 468	A nota fiscal foi escriturada SPED em 01/2014, e foi configurada como NF normal, não como NF_e (nota fiscal eletrônica).	Doc. nº 12
NF nº 32434	A nota fiscal foi escriturada SPED em 01/2014, e foi configurada como NF normal, não como NF_e (nota fiscal eletrônica).	Doc. nº 13
NF nº 17489	A nota foi escriturada SPED em 12/2014 e a entrada ocorreu no mês seguinte à emissão.	Doc. nº 14
NF nº 2734	A nota foi escriturada SPED em 12/2014 e a entrada ocorreu no mês seguinte à emissão.	Doc. nº 15
NF nº 579583	A nota foi escriturada SPED em 12/2014 e a entrada ocorreu no mês seguinte à emissão.	Doc. nº 16

Alega ter apresentado com a impugnação demonstrativo em formato Excel de todas as notas

homologar o pagamento das infrações 01 e 02.

Recebidos os autos, foram a mim distribuídos para apreciação.

Em sessão de julgamento realizada no dia 30/09/2021, os membros da 1ª CJF deliberaram pela conversão do feito em diligência para PGE/PROFIS, porque, embora tenham concordado que a obrigação de registro de prestação de serviços é razoável, ainda pairavam dúvidas acerca da interpretação aplicável ao caso, especialmente em atenção às alterações que o Ajuste SINIEF 03/04 promoveu no Convênio CONFAZ s/n de 1970 e os arts. 70 e 217 do RICMS/BA, solicitando a emissão de parecer jurídico com opinativo acerca da melhor aplicação das normas ao caso ou o que entendesse mais adequado, de acordo com suas prerrogativas.

Às fls. 361-364, o Ilmo. Dr. José Augusto Martins Júnior apresenta parecer por meio do qual aponta que a obrigação acessória em discussão encontra fundamento de validade no art. 199 do CTN, integrado ainda pelo Convênio ICMS 143/06, pelo Convênio ICMS 13/2008 e pelo Ajuste SINIEF 2/2009, que se encontram absorvidos pela legislação tributária estadual de modo a conferir legitimidade à exigência materializada neste PAF. Destaca ainda que o art. 217 do RICMS tem aplicabilidade restrita aos contribuintes optantes do Simples Nacional, que possuem dinâmica de fiscalização própria.

Às fls. 365-366, consta despacho PROFIS-NCA, assinado pelo Ilmo. Dr. Evandro Kappes, acolhendo o parecer mencionado, ressaltando que o regime a ser aplicado à recorrente não encontra fundamento legal no art. 217 do RICMS/BA, mas no Convênio ICMS 143/2006, complementado pelo Ajuste SINIEF 2/2009, principalmente por não se tratar de MP ou EPP optante pelo regime unificado.

A recorrente foi cientificada e apresentou manifestação às fls. 373-381, afirmando sinteticamente que os Estados só detêm competência para instituir obrigações, principal ou acessória, em relação aos serviços de comunicação ou transporte interestadual ou municipal, uma vez que os demais serviços pertencem à competência dos Municípios e, por este motivo, não poderiam instituir a exigência de escrituração das notas fiscais dos serviços que prestou, com CFOP 6933, e que devem ser excluídas da autuação.

Sustenta ainda a inexistência de previsão expressa da obrigação de escriturar as notas fiscais de operações sujeitas ao ISS na legislação estadual, afirmando ainda que o Convênio ICMS 143/06 e o Ajuste SINEF 2/09 não possuem força de lei para criação de obrigações sem a incorporação do texto do Convênio pelo Estado.

Os autos, então, retornaram para apreciação.

VOTO VENCIDO

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais suscitadas pela recorrente ou que possam ser reconhecidas de ofício, cabe enfrentar diretamente o mérito.

A recorrente apenas recorre da infração 04, referente à entrada de mercadorias, bens e/ou serviços tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, em relação à qual aponta ter demonstrado e comprovado na impugnação que a fiscalização desconsiderou notas fiscais escrituradas de forma extemporânea, reproduzindo quadro exemplificativo correspondente às Notas Fiscais nºs 26752, 6018, 2284, 19659, 459, 468, 32434, 17489, 2734 e 579583.

Diz ainda ter juntado com a impugnação um demonstrativo *excel* com as notas escrituradas, ainda que de forma extemporânea, com as telas que comprovariam o seu devido registro, argumento que foi acolhido parcialmente, sem, contudo, indicar as notas que foram mantidas.

Observa-se, no entanto, que a irresignação da recorrente não se coaduna com as provas constantes nos autos. A análise da planilha contida na mídia de fl. 267 permite identificar que o autuante retirou do lançamento as Notas Fiscais nºs 26752, 6018, 2284, 19659, 459, 468, 32434, 17489, 2734 e 579583, indicadas exemplificativamente.

Outrossim, a Decisão recorrida não indicou expressamente as notas fiscais que foram mantidas porque acolheu expressamente o demonstrativo elaborado pelo autuante. Convém apontar que a recorrente foi intimada para tomar ciência do novo demonstrativo, conforme termo de fl. 272, porém, nada apontou, antes do julgamento pela JF.

As notas fiscais referidas nos documentos de fls. 186-247, por exemplo, foram retiradas pelo autuante, que assim se manifestou sobre o tema em sede de informação fiscal:

"[...] Porém, na sua impugnação a autuada relaciona algumas dessas notas indicando onde estas foram lançadas e, também, faz juntada de "todas as telas que comprovam a escrituração fiscal" não relacionando os lançamentos aos documentos listados no levantamento que deu origem a autuação, dando a entender que todas as notas constantes do levantamento tinham sido escrituradas, entretanto fizemos o cotejamento documentos fiscais que foram efetivamente lançados, ainda que extemporaneamente, com os relacionados no levantamento e deste cotejamento verificamos que faltou ser lançada NFes no valor total de R\$ 2.619.802,66 o que geraria uma multa formal no valor histórico de R\$ 26.138,03, conforme planilha EXCEL anexada (em meio magnético). [...]" (fls. 265-266)

Ainda assim, em busca da verdade material, este relator verificou que persistiam no lançamento os documentos fiscais relacionados no recurso voluntário em discussão, quais sejam, as Notas Fiscais de nºs 6, 25, 26, 27, 54, 82 (equivocadamente sinalizado como 54 nos anexos do recurso), 138, 215, 228, 229, 232, 362, 400, 411, 413, 414, 418, 420, 424, 435, 439, 440, 446, 461, 463, 471, 478, 494, 550, 574, 576, 618, 632, 649, 708, 715, 727, 734, 835, 760, 763, 771, 1171, 1783, 1908, 2003, 2010, 2197, 2329, 2331, 2332, 2335, 2336, 2339, 2340, 2344, 2345, 2474, 2588, 2657, 2658, 2659, 5309, 9489, 20663, 20667, 20669, 20670, 20671, 20672, 20687, 20688, 20689, 20829, 20834, 64600 e 5781413.

E, por considerar que ostentam características semelhantes àquelas que o próprio autuante excluiu, indicando que as demais não foram retiradas apenas por falta de indicação precisa dos documentos, acolho o recurso neste particular, reduzindo o débito para R\$24.002,19, após a exclusão das notas acima relacionadas.

Destarte, em relação às notas fiscais de entrada de prestação de serviços que a recorrente acusa não poder continuar no lançamento por se tratar de atividade cuja competência tributária é dos municípios, é preciso considerar que nos autos podem ser encontradas outras além daquelas que possuem CFOP 6933 (prestação de serviço tributado pelo ISSQN), como mencionado na diligência de fls. 356-357, conforme quadro que repito abaixo:

NumDoc	Ser	ChvNfe	CNPJ	UF	CFOP	Descrição	VlItem
45	1	'41130905705815000190550010000000451000051027'	05.705.815/0001-90	PR	5102	Prestação de Serviços	60,00
49	1	'41140105705815000190550010000000491000051029'	05.705.815/0001-90	PR	5102	Prestação de Serviços referente ao serviço de manutenção em garantia registro Nº 186	85,00
50	1	'41140105705815000190550010000000501000051020'	05.705.815/0001-90	PR	5102	Prestação de Serviços referente ao serviço de manutenção em garantia registro Nº 186	84,00
132	1	'5113101115459400101550010000001321800030218'	11.154.594/0001-01	MT	5949	PRESTACAO DE SERVICO TECNICOS EM INFORMATICA	60,00
232	1	'41141106256642000132550010000002321000002322'	06.256.642/0001-32	PR	6933	Intervencao Tecnica O.S Correios 051998	60,00
240	1	'53130907722159000169550010000002401116212818'	07.722.159/0001-69	DF	6933	MANUTENO EM MICROCOMPUTADORES	3.130,00
257	1	'53131207722159000169550010000002571203825308'	07.722.159/0001-69	DF	6933	MANUTENO EM MICROCOMPUTADORES conforme registro 13	5.620,00
259	1	'53140107722159000169550010000002591206820366'	07.722.159/0001-69	DF	6933	MANUTENO EM MICROCOMPUTADORES	1.650,00
271	1	'53140307722159000169550010000002711223243519'	07.722.159/0001-69	DF	6933	SERVIO DE RECALL	1.075,00
271	1	'53140307722159000169550010000002711223243519'	07.722.159/0001-69	DF	6933	MANUTENO EM MONITORES DE VIDEO	90,00
272	1	'53140307722159000169550010000002721226243509'	07.722.159/0001-69	DF	6933	MANUTENO EM MICROCOMPUTADORES	5.467,00
275	1	'53140407722159000169550010000002751221232202'	07.722.159/0001-69	DF	6933	MANUTENO EM MICROCOMPUTADORES	3.240,00
277	1	'53140507722159000169550010000002771221812207'	07.722.159/0001-69	DF	6933	MANUTENO EM MICROCOMPUTADORES	5.040,00
284	1	'53140607722159000169550010000002841243324041'	07.722.159/0001-69	DF	6933	MANUTENO EM MICROCOMPUTADORES REF. REGISTRO 403	5.260,00
288	1	'53140707722159000169550010000002881242128358'	07.722.159/0001-69	DF	6933	MANUTENO EM MICROCOMPUTADORES	2.549,00
294	1	'53140807722159000169550010000002941242720303'	07.722.159/0001-69	DF	6933	MANUTENO EM MICROCOMPUTADORES	4.740,00
302	1	'53140907722159000169550010000003021261536358'	07.722.159/0001-69	DF	6933	SERVIOS DE MANUTENO EM MICROCOMPUTADORES EM GARANTIA	4.810,00
394	1	'41140603304784000130550010000003941941402094'	03.304.784/0001-30	PR	6949	INTERVENÇÃO TÉCNICA O.S CORREIOS DATEN 42782	60,00
2587	1	'421409073687900001015500100000025871000025874'	07.368.790/0001-01	SC	6933	SERVICOS TECNICOS	60,00
20728	0	'2914111035004300023155000000207281000009589'	10.350.043/0002-31	BA	5933	SERVICO DE REPARACAO DE PLACA	390,00
181353	890	'4214028295131000015658900001813531850043450'	17.592.217/0001-30	SC	6120	Serviços de Suporte Técnico em Informática	180,00
4839047	890	'31140616907746000113558900048390471022004763'	17.969.016/0001-00	MG	6101	OUTROS/PRESTACAO DE SERVICOS	60,00
5791665	890	'43140887958674000181558900057916651039387839'	18.107.825/0001-75	RS	6933	INTERVENÇÃO TÉCNICA O.S CORREIOS 046882	60,00
6387636	890	'43141187958674000181558900063876361263880845'	18.107.825/0001-75	RS	6933	INTERVENÇÃO TÉCNICA O.S CORREIOS 052448 COM DESLOCAMENTO	98,40
6450358	890	'43141187958674000181558900064503581544269334'	14.638.759/0001-09	RS	6933	INTERVENÇÃO TÉCNICA O.S CORREIOS 52492 e 52490	160,00

Apesar da descrição contida em tais documentos sugerir que se referem a operações que deveriam sofrer o mesmo tratamento, a princípio, observo que apenas os Documentos de nºs 49, 394, 20728, 181353 e 4839047 dizem respeito apenas a serviços, ainda que possuam CFOP diferentes daquele apontado pela recorrente, não envolvendo o fornecimento de qualquer bem ou mercadoria sujeita ao ICMS.

Contudo, não comungo do entendimento defendido pelo contribuinte, que afirma não poder ser obrigado a escriturar tais documentos fiscais apenas por se tratar de operações sujeitas à tributação de competência do Município.

Com o devido respeito, discordo parcialmente dos pareceres da PGE, por entender que os convênios celebrados pelo CONFAZ não possuem natureza jurídica de *lei* para possibilitar a imposição de obrigações, nos termos do inciso II, do art. 5º da CF/88. O art. 199 do CTN, por sua vez, apenas autoriza que os entes federativos ajustem a mútua prestação de assistência e permuta de informações por meio de lei ou convênio, mas isso não os autoriza a se utilizar destes veículos para estabelecer obrigações jurídicas a particulares.

Tanto é assim que o STF, na ADI 5929, reconheceu que os convênios só passam a ter eficácia após ratificação do Poder Legislativo, não podendo conceder isenção ou benefícios fiscais isoladamente, haja vista a expressa importância da lei na Constituição Federal, como se extrai do inteiro teor do seu acórdão.

Por outro lado, a escrituração fiscal é uma obrigação dos empresários e sociedades empresárias, (arts. 1.179 e 1.180 do Código Civil), cuja autenticação, que antes era de competência das Juntas Comerciais (arts. 32, inciso III, e 39, inciso I da Lei nº 8.934/1994), passou a ocorrer mediante o Sistema Público de Escrituração Digital - SPED (arts. 10 e 11 da Medida Provisória 2.200-2/2001 c.c. art. 2º do Decreto Federal nº. 6.022/2007 c.c. § 1º do art. 2º da Instrução Normativa DREI nº 82, de 19 de fevereiro de 2021), salvo pontuais exceções que não deixam de ter sua sistemática de escrituração, conforme art. 26, *caput* e § 4º da Lei Complementar nº 123/2006.

O Decreto nº 6.022/2007, por sua vez, estabelece como usuários do SPED as administrações dos Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante convênio celebrado com a SRFB (art. 3º, II). Por força deste dispositivo, foi celebrado o Convênio ICMS 123/07, alterando o Convênio ICMS 143/06, que instituiu EFD para “*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*” (Cláusula primeira).

O Convênio ICMS 143/06, no entanto, foi tacitamente revogado pelo Ajuste SINIEF 02/09, que dispõe sobre a Escrituração Fiscal Digital – EFD, cuja obrigatoriedade na Bahia se iniciou em 01/01/2014, em atenção ao § 2º da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 3/2011, salvo antecipação do próprio ente. O atual RICMS/BA possui dispositivo (art. 248) tratando da obrigatoriedade desde sua edição.

E, neste ponto, assiste razão à PGE/PROFIS quando afirma que não há limitação às informações que devem ser prestadas, no que se refere à competência tributária do ente, conforme cláusula abaixo transcrita do Ajuste SINIEF 2/09:

Cláusula quarta O arquivo digital da EFD será gerado pelo contribuinte de acordo com as especificações do leiaute definido em Ato COTEPE e conterá a totalidade das informações econômico-fiscais e contábeis correspondentes ao período compreendido entre o primeiro e o último dia do mês.

§ 1º Para efeito do disposto no caput, considera-se totalidade das informações:

I - as relativas às entradas e saídas de mercadorias bem como aos serviços prestados e tomados, incluindo a descrição dos itens de mercadorias, produtos e serviços;

Realmente, o Estado não detém competência para *tributar* serviços que não aqueles indicados expressamente na Constituição Federal de 1988. Isso não significa que as informações econômico-fiscais e contábeis dos contribuintes escapam do seu interesse de *fiscalizar*, sobretudo para coibir fraudes. Outrossim, a exigência é justificável, a fim de que uma eventual movimentação financeira decorrente desses documentos fiscais não acabe provocando uma presunção de omissão em prejuízo do próprio contribuinte.

Todavia, no presente caso, a autuação diz respeito a “*entrada no estabelecimento de mercadorias bens, ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal*”. Há, portanto, evidente contradição entre a infração objeto da acusação fiscal e o fato que lhe justificou, considerando que, apesar de devida a escrituração fiscal das mencionadas notas fiscais de entrada, não são operações tributáveis pelo Estado.

Deste modo, trata-se de lançamento que não contém elementos suficientes para determinar com segurança e liquidez a infração nestes pontos, como este Conselho tem decidido em casos semelhantes, dada a impossibilidade de alterar o fulcro da autuação, conforme Acórdãos CJF nº 0295-11/21-VD e 0333-12/21-VD, atraindo o reconhecimento de ofício da nulidade, com base na alínea “a”, do inciso IV, do art. 18 do RPAF/BA e a consequente exclusão das respectivas Notas Fiscais de Prestação de Serviços nºs 49, 394, 20728, 181353 e 4839047, bem como as que possuem CFOP 6933, reduzindo o débito para R\$23.674,44.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a decisão de primeiro grau e reduzir o valor da infração 04 para R\$23.674,44.

VOTO VENCEDOR

Peço vênha ao nobre relator para apresentar entendimento divergente, especificamente no que concerne ao acolhimento do pedido de nulidade, nos termos em que segue.

Acolheu, o relator, o pedido de nulidade relacionado às notas fiscais cujas natureza das operações são não tributadas, pois entendeu que tais omissões não se subsomem ao tipo infracional em exame.

É fato que a acusação apontou omissão de registro de notas fiscais de entrada, em operações sujeitas a tributação, conforme tipo legal abaixo descrito.

“Infração 04 – 16.01.01 – Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro e março de 2014. Exigido a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 58.191,58”

O aspecto tributável das operações sem registro não é, todavia, elemento nuclear do tipo infracional, mas algo circunstancial, que em nada altera a natureza e a gravidade da conduta imputada ao Sujeito Passivo, não interferindo, por conseguinte, no pleno conhecimento do fato e na ampla possibilidade de exercício do seu direito de defesa.

Tanto é verdade que o contribuinte exercitou de forma ilimitada o seu direito de petição, oferecendo as provas que julgou aptas a desconstituir o presente lançamento, sendo imperioso destacar que nada arguiu relativo a nulidade do lançamento.

Ora, se nenhum prejuízo experimentou a Recorrente, descabe a decretação de nulidade em homenagem ao princípio do aproveitamento dos atos processuais, consagrado no art. 283 do CPC (abaixo reproduzido), aplicado subsidiariamente do processo administrativo fiscal.

“Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.”

De fato, o exame dos fólios processuais permite-nos concluir que o levantamento fiscal descreveu, de forma detalhada e individualizada, todos os documentos fiscais em relação aos quais houve omissão de registro, permitindo ao Sujeito Passivo tomar conhecimento da conduta infratora e, conseqüentemente, opor-se, oferecendo defesa substancial da matéria. Tanto o foi que logrou êxito em reduzir o valor lançado, reduzindo-o à metade do montante exigido.

Assim, embora concorde com o teor do voto emitido pelo nobre relator naquilo que se reporta aos demais pontos, divirjo especificamente na decretação de nulidade, entendendo que as notas fiscais citadas devem ser mantidas no lançamento.

Do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para reduzir o montante lançado, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	MULTA
jan/13	R\$ 452,38
fev/13	R\$ 48,76

mar/13	R\$	164,19
abr/13	R\$	258,77
mai/13	R\$	169,52
jun/13	R\$	925,64
jul/13	R\$	344,97
ago/13	R\$	208,78
set/13	R\$	4.638,15
out/13	R\$	1.698,54
nov/13	R\$	1.985,26
dez/13	R\$	1.608,76
jan/14	R\$	5.029,37
fev/14	R\$	168,60
mar/14	R\$	118,36
abr/14	R\$	47,76
mai/14	R\$	61,49
jun/14	R\$	662,30
jul/14	R\$	1.553,73
ago/14	R\$	1.016,28
set/14	R\$	287,10
out/14	R\$	1.933,81
nov/14	R\$	619,68
TOTAL	R\$	24.002,20

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206856.0007/18-3**, lavrado contra **DATEN TECNOLOGIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$140,99**, acrescido das multas de 100%, sobre R\$84,21, e 60% sobre R\$56,78, previstas, respectivamente, na alínea “j”, do inciso IV, no inciso III e na alínea “a”, do inciso VII, todos do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$24.002,20**, prevista no inciso IX do mesmo Artigo e Lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Francisco Aguiar da Silva Júnior, Ildemar José Landin e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Anderson Ítalo Pereira e Laís de Carvalho Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS