

PROCESSO	- A. I. N° 269358.0011/19-3
RECORRENTE	- BARRY CALLEBAUT BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0102-02/20-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 21/12/2022

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0326-12/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. Comprovada a falta de registro de NFs-e com status de “Autorizadas” nos ambientes da NF-e e provas autuadas, bem como expressas contradições nos argumentos defensivos, confirmam verdade material em desfavor do Impugnante. Infração 5 subsistente. **b)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Propõe a redução de 90% do valor original da infração 06, para as operações com CFOPs de números 5252, 5557, 5906, 5908, 5915, 5916, 5920, 5929, 5552, 6902 e 6916, com base na competência expressa do § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/1996, vigente à época da impugnação da recorrente. Infração 6 parcialmente subsistente. Decretada, de ofício, devido a verdade material, na infração 3, fica reduzida a multa 100% descrita nos autos para 60% referente à alteração de lei em relação ao percentual da multa aplicada, sendo reduzida a partir de abril de 2012. Modificada a Decisão recorrida. **PROVER EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 17/06/2019, para exigir o valor histórico de R\$ 64.705,23, sendo escrituradas 06 (seis) infrações, no entanto, objeto do recurso é tão somente as seguintes imputações:

**Infração 05 – 16.01.01** – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. **Valor:** R\$ 9.055,72. Período: Janeiro a Dezembro 2016. **Enquadramento legal:** Arts. 217 e 247 do RICMS-BA. **Multa:** 1%, art. 42, IX da Lei 7014/96.

Consta da descrição que o autuado praticou operações de entrada de bens e/ou mercadorias sujeitas à tributação, omitindo-se do registro fiscal respectivo. As operações alcançadas se acham discriminadas analiticamente no demonstrativo Anexo V, que integra o presente AI.

**Infração 06 – 16.01.02** – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. **Valor:** R\$ 30.980,87. Período: Janeiro a Dezembro 2016. **Enquadramento legal:** Arts. 217 e 247, do RICMS-BA. **Multa:** 1%, art. 42, IX da Lei 7014/96.

Consta da descrição que o autuado praticou operações de entrada de bens e/ou mercadorias não sujeitas à tributação, omitindo-se do registro fiscal respectivo. As operações alcançadas se acham discriminadas analiticamente no demonstrativo Anexo V, que integra o presente AI.

O autuado apresentou a Defesa de fls. 71-91. O autuante prestou Informação fiscal às fls. 193-218. A JJF proferiu voto condutor nas infrações 5 e 6 (procedentes) nos seguintes termos:

**VOTO**

(...)

*Infrações 05 e 06 – Multa de 1% por falta de registro de NFs de entrada no LRE*

Tem suporte nos demonstrativos de fls. 34-53.

Para essas infrações, extraíndo-se da própria peça de Defesa e da Informação Fiscal, cabe destacar pontos (grifei) que, por si só, encaminham a solução da lide, senão vejamos.

*Da Impugnação, o primeiro é que, inicialmente desconhece as NFs e promete demonstrar com elementos fáticos que nenhuma das NFs acobertou efetivo ingresso no estabelecimento.*

Nesse sentido, alega que a acusação fiscal se funda em presunção ofensiva à verdade material, já que baseada em “informações lançadas pelos fornecedores da impugnante nos arquivos por estes transmitidos, bem como nos dados lançados nos Registros de Entradas disponibilizados a essa Secretaria de Fazenda”, procedimento que entende ser superficial, pois, “muito embora devam espelhar com fidedignidade as operações realizadas, pode conter erros e falhas nos cancelamentos” (pelos emitentes), que alega invalidar as informações extraídas, de modo a competir ao Fisco maior critério na sua ação, “esgotando todos os meios disponíveis a fim de verificar a realidade dos fatos, por meio do exame de elementos hábeis a confirmar ou infirmar a presunção”.

Nessa esteira, afirma que o autuante se limitou a consultar banco de dados da NF-e das Secretárias de Fazenda Estaduais para examinar os registros transmitidos pela Impugnante, espelhando seus registros de entradas e nem percebeu que algumas NFs objeto de autuação são de operações interestaduais que sequer foram vinculadas a CT-e ou tiveram qualquer registro de passagem em barreiras, de modo a não poder embasar circulação de mercadoria e ensejar entrada no estabelecimento autuado.

*O segundo ponto, é que, copiando o art. 99 do RICMS-BA/2012, expressa que “toda NF-e que acobertar operação interestadual de mercadoria ou relativa ao comércio exterior estará sujeita ao registro de passagem eletrônico em sistema instituído por meio do Protocolo 10/03”, o qual não chegou ser emitido em relação às NFs que relaciona e junta seus extratos extraídos do ambiente nacional da NF-e (Doc. 09, fls. 133-187).*

Também alega que outras NFs-e não foram escrituradas pela autuada porque, apesar de emitidas, retornaram aos emitentes, as quais apresentam dois CT-e's (remessa e retorno), razões pelas quais devem ser excluídas da autuação, conclusão que, aduz, alcança todas as NFs-e objeto da autuação, já que “cuidou de cotejar, com toda a cautela necessária, todas as informações constantes nos seus relatórios de recebimento de mercadorias, nos seus controles de movimentação de estoque extraídos do SAP e na sua escrituração fiscal SPED-EFD ICMS/IPI, de modo a evidenciar que estes estão em perfeita conformidade”.

*O terceiro ponto é que, contrariando a negativa inicialmente arguida, alega que “a ausência ou atraso na escrituração das notas fiscais tidas como não escrituradas pela fiscalização não se deu de maneira dolosa, fraudulenta ou dissimulada” e caso reste superada a alegação defensiva, “há de se concluir que o que houve, no caso sob análise, foi simplesmente o não cumprimento de uma obrigação acessória atinente ao ICMS, por uma questão meramente operacional”.*

Aduz nessa nova linha argumentativa, não haver “dúvidas de que, se a Impugnante cometeu alguma infração, esta não foi praticada com dolo, fraude, ou simulação; mas sim, decorreu de eventual falha cometida pelos prepostos da Impugnante, por um lapso, ou simplesmente porque efetivamente desconheciam a emissão dos documentos fiscais que ensejaram a autuação” e que “longe de pretender se eximir das suas responsabilidades e obrigações, dentre as quais, estão os deveres instrumentais, também conhecidos como obrigações acessórias, cumpre à Impugnante ressaltar a sua posição de grande contribuinte e fiel cumpridora de seus deveres fiscais, legais e sociais”.

Por fim, para colmo, entrega “que grande parte das NFs de entrada não tributadas e supostamente não registradas são de operações de: (i) retorno de materiais remetidos para conserto (CFOP's 5916 e 6916); (ii) retorno de mercadoria de depósito fechado ou armazém (CFOP 5906); (iii) remessa de bem por conta de contrato de comodato (CFOP 5908), transferência de bem do ativo imobilizado (CFOP 5552), remessa para exposição e demonstração (CFOP 5915), que não configuram transferência de titularidade de mercadoria”, momento em que, reproduzindo o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, pugna pelo cancelamento ou redução da penalidade para as Infrações 05 e 06.

Por sua vez, a respeito das alegações defensivas, da Informação Fiscal, o **primeiro** ponto a destacar é que os documentos de fls. 08, 09 e 54-65, denotam que no curso da auditoria e antes da lavratura do AI, o tema foi objeto de diversas comunicações com o setor competente do estabelecimento autuado, inclusive remetendo listagem das NFs-e não registradas para escrutínio do autuado, oportunidade em que acatou justificativas, quando pertinentes, remanescedo os casos autuados.

Nesse sentido, a Autoridade Fiscal aduz que o sistema de controle e emissão de documentos fiscais eletrônicos dispara mensagens de alerta aos destinatários para ciência das emissões dos documentos fiscais (RICMS-BA: Art. 89, § 12) e que a mídia digital juntada com a Defesa – inclusive já apresentada na fase da auditoria - apenas trata do controle interno de estoque de operações registradas, e a acusação cuida de operações não registradas, de modo que os elementos de prova apresentados visam uma conclusão nada trivial: “os registros gerenciais da empresa não contêm os documentos fiscais objeto da autuação, logo a ação fiscal seria improcedente neste particular”.

*O segundo ponto a destacar - e que se constata nos autos -, é que dos elementos de prova juntados pelo Impugnante, a planilha “ANALISE 03 – CONSULTA SITUAÇÃO”, possui coluna (H) indicando que todas as NFs-e objeto da penalidade estão com status de “AUTORIZADA” no ambiente nacional na NF-e, o que imprime valor de certeza jurídica às NFs-e.*

*O terceiro ponto, é a afirmação de ser irrelevante para o caso, o argumento defensivo que algumas das NFs-e sequer estariam vinculadas a CT-e (obrigatório apenas para contribuintes prestadores de serviço de transporte de carga – RICMS-BA, art. 127, parágrafo único) e que a falta de registro de passagem em postos fiscais também não infirma a operação, pois ele não é procedimento obrigatório para todas a mercadorias ou bens, já que tal registro apenas integra o elenco de eletivas medidas com vistas ao controle de circulação para certas e determinadas mercadorias, o mesmo valendo para o passe fiscal eletrônico de que trata o Protocolo 10/03, ato de adesão facultativa para as UFs e que, em face de mudança de paradigma da fiscalização para mercadorias em trânsito teve a eficácia reduzida (RICMS-BA: Art. 99, Parágrafo único, que trata da disponibilização dos registros).*

*Pois bem, para o deslinde da questão, aos pontos destacados que encaminham à pertinência da autuação, é de acrescentar a contida no § 17 do RICMS-BA, dispondo sobre a providência a ser envidada pelo contribuinte em caso de “desconhecimento da operação”, o que, ainda que do acima retratado dela prescinda, o autuado não imprimiu:*

*Art. 89. ...*

*...*

*§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico [www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br), salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado. Nota: O § 17 foi acrescentado ao art. 89 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 01/01/16.*

*Quanto à alegação de que a falta de registro dos documentos fiscais ocorreu sem dolo, fraude ou simulação, cabe a norma inserta no art. 136, do CTN:*

*Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.*

*Observando que o pedido de redução ou cancelamento da multa fica prejudicado em face da revogação do § 7º, do art. 42, e considerando a legal obrigação de a Escrituração Fiscal Digital – EFD a cargo do contribuinte retratar fidedignamente a sua movimentação empresarial com repercussão tributária, de modo ao Fisco poder exercer sua função institucional de controle e homologação das obrigações e direitos tributários sem exceder em suas prerrogativas e garantindo a indisponibilidade do crédito tributário mediante as sanções legalmente permitidas, tenho as Infrações 05 e 06, como subsistentes.*

*Por todo o exposto, voto ela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.*

O patrono do contribuinte, Dra. Maria Claudia Freitas Sampaio – OAB nº 17.969, apresenta razões recursais.

Na descrição dos fatos da autuação, chama atenção para o reconhecimento das infrações 1 e 3 (integralmente) e a 2 (parcialmente). Verificou que das infrações remanescentes impugnadas, a JJF acatou parcialmente o Auto de Infração, sendo improcedente a infração 4, parcialmente a 2 (reduziu o valor de R\$ 1.820,79 para R\$ 15,24 – valor ora reconhecido) e mantida totalmente as 5 e 6.

Volta a impugnar as infrações 5 e 6 - *falta de escrituração de notas fiscais de entradas nos livros próprios* – sendo ingresso de mercadorias tributadas (Infração 5) e não tributadas (Infração 6) objeto das notas fiscais indicadas nos demonstrativos anexados ao Auto de Infração.

Pontua que apresentou razões de insubsistência de referidas multas: “**a)** A ausência de entrada das mencionadas mercadorias no estabelecimento da ora Recorrente e o equívoco na metodologia adotada no levantamento fiscal, que se fundamentou em indícios insuficientes para evidenciar suposto ingresso, em patente ofensa aos princípios da verdade material e da segurança jurídica, comprovável, exemplificativamente, ao se adotar tal presunção, como ingressadas mercadorias provenientes de outros Estados desacompanhadas de documentação obrigatória para trânsito interestadual; e **b)** o amoldamento da presente situação às circunstâncias previstas no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/1996, que autorizam o seu cancelamento, o que revela medida consentânea com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do

*não-confisco”.*

Destaca que a JJF manteve as infrações remanescentes acatando o argumento do fiscal autuante: “*(i) à alegada irrelevância da documentação juntada pela Recorrente que demonstra a ausência da chegada das mercadorias às quais as notas fiscais fazem menção pelos registro de controle da autuada; (ii) ao fato de ter havido prévia comunicação do preposto fiscal com a Recorrente durante o procedimento fiscalizatório; (iii) à idoneidade das notas fiscais que lastreiam a autuação; e (iv) à irrelevância da ausência de vinculação das notas a Conhecimentos de Transporte e a “registros de passagem”*“. Complementa nos argumentos da decisão de piso que a Recorrente “*sequer teria observado o procedimento previsto no art. 89, § 17, do RICMS, para notas fiscais emitidas em seu nome, por ela não reconhecidas, bem como o entendimento de que a aplicação do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996 restaria prejudicado pela superveniente revogação do dispositivo*”.

Afirma ser improcedente tais infrações devido à ausência de ingresso das mercadorias no estabelecimento da Recorrente sem a devida escrituração fiscal. Rechaçada que tal suposição se fundamenta exclusivamente na emissão de notas fiscais por supostos fornecedores. Entretanto, os documentos fiscais indicados nos demonstrativos anexos da autuação não atestam de forma alguma, com a força probatória proposta pelo Autuante, o efetivo ingresso das mercadorias referidas pela autuação no estabelecimento da ora Recorrente.

Acrescenta que tais notas fiscais não merecem mais credibilidade do que aquela conferida aos registros nos livros da Recorrente, os quais seguem, do mesmo modo, os ditames, as formas e o meio prescritos na legislação de regência.

Salienta que, se para a emissão das notas não se espera o cometimento de equívocos, o mesmo deve-se dizer dos livros fiscais da Recorrente, também dotados de confiabilidade. Disse que, embora ordinariamente se espere que mercadorias mencionadas em notas fiscais emitidas sejam, de fato, recebidas pelos seus respectivos destinatários, diversos podem ser os encalços que impeçam a trajetória, tais quais roubos, extravios, cancelamentos, retornos etc., apenas para citar algumas possíveis hipóteses em que a documentação fiscal não padece de qualquer vício ou não decorra de possíveis falhas sistêmicas.

Repisa que, para se presumir ocorrido o ingresso das mercadorias, deve-se também pressupor a inocorrência de qualquer desses eventos, para além da veracidade das informações prestadas pelos supostos fornecedores na emissão das notas fiscais – o que não é feito em relação aos livros da ora Recorrente.

Destaca que o método empregado pelo Fiscal Autuante foi insuficiente, não adequadamente aprofundado, para demonstrar a premissa fática que lastreia o lançamento realizado, de modo que não altera o panorama o fato de ter havido antes da autuação alguma interação da Autoridade Fiscal com a Recorrente se desta comunicação não resultou o robustecimento da acusação fiscal nem maior grau de apuramento dos fatos nela narrados.

Assevera que, se os documentos apresentados pela Recorrente são capazes e necessários a ensejar a apuração da realidade dos fatos, com muito mais força, as ferramentas das quais o Estado da Bahia dispõe também o são, o que só ratifica o cabimento e a efetiva necessidade de realização de acurada diligência por auditor estranho ao feito, que se espera seja demandada por essa d. Câmara de Julgamento.

Exemplifica juntando tabela com chave da NFe, afirmando que a entrada de mercadoria naqueles casos em que a Nota Fiscal se encontra desacompanhada de documentação obrigatória – sobretudo diante da ausência de registro de sua passagem no território estadual – as quais não foram, como se esperava, excluídas da autuação pela decisão recorrida.

Sustenta que não procedem os fundamentos no sentido de que o CTe seria obrigatório apenas para alguns prestadores de serviço do transporte de carga, na forma do art. 127, parágrafo único, RICMS ou que o registro de passagem não é procedimento obrigatório para todas as mercadorias ou bens, já que tal registro apenas integra elenco de eletivas medidas com vistas ao controle de

circulação para certas e determinadas mercadorias.

Explica que a emissão de CTe seria obrigatória apenas para alguns prestadores de serviço de transporte de carga, tal restrição não está expressa na legislação, nem mesmo na previsão regulamentar invocada, que é clara ao afirmar o caráter vinculativo em qualquer modalidade da prestação de tal serviço.

Ressalta que, para que houvesse efetiva entrada no estabelecimento da Recorrente, seria necessária a concretização de alguma modalidade de serviço de transporte – sobretudo levando-se em conta a necessidade de deslocamento interestadual das mercadorias mencionadas nas notas fiscais.

Conclui que a ausência de vinculação das NF's a qualquer CT-e induz a inexistência de qualquer circulação, quem dirá de ingresso no local do suposto destinatário, ou, minimamente, revela notória dúvida quanto à configuração da hipótese de incidência da infração ensejadora da aplicação da medida punitiva, o que acaba por atrair, ao caso concreto, a aplicação do art. 112, II do CTN, que impõe uma interpretação mais favorável ao contribuinte acusado em caso de dúvida quanto à subsunção do suposto fato infrator à lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades.

Reitera que a ausência de “registro de passagem” das referidas mercadorias reforça ainda mais a inocorrência de transporte, haja vista que, por mais que sejam aplicáveis apenas para certas e determinadas mercadorias, como afirmado pela decisão, trata-se de procedimento ao qual se submete “toda NF-e que acoberta operação interestadual de mercadoria” (vide art. 99, RICMS-12), espécie de operação à qual se amoldam todas as operações elencadas no doc. 09.

Volta a ressaltar que, se o registro consiste em apenas uma dentro do elenco de eletivas medidas com vistas ao controle de circulação de tais mercadorias, muito mais elementos haveria para atestar o transporte interestadual, o que, não tendo ocorrido no caso (em que lastreado pela simples emissão de NF's), apenas reforça a necessidade da realização de diligência para se apurar a realidade dos fatos, sob pena de se admitir a aplicação de uma penalidade mesmo diante da ausência de certeza e de segurança da prática da apontada infração, em total ofensa ao princípio da estrita legalidade, respaldado não apenas na Constituição Federal, mas também em normas que prezam pela sua observância, como a já citada, insculpida no art. 112, II do CTN.

Registra que, ainda que aplicável, a alteração promovida pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, que instituiu o dever de os contribuintes “registrarem o evento ‘desconhecimento da operação’ no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico [www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br)” (art. 89, § 17 do RICMS-12), mencionada disposição não possui o condão de pôr como ingressa mercadoria no estabelecimento Recorrente, cuja nota fiscal tenha sido equivocadamente emitida.

Observou frontal conflito com o princípio da estrita legalidade e da busca pela verdade material, que baseia as decisões desse E Conselho, e, inclusive, com o que se extrai do art. 373, § 1º do CPC-15, aplicável supletivamente no âmbito administrativo, de modo que mister se mostra, caso não rechaçado de pronto a procedência da parcela remanescente do auto de infração guerreado, a realização de diligência a fim de esclarecer os fatos descritos na capitulação da penalidade.

Roga pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para solicitar o cancelamento da multa imposta, sendo o entendimento da Junta julgadora de que tal pedido é prejudicado em face da revogação do § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/1996, entendimento que não encontra abrigo diante das considerações supra desenvolvidas e do princípio da irretroatividade das leis acima invocado (arts. 5º XXXVI e 150, III, “a”).

Esclarece que a aplicação das multas obedece ao tempo da conduta da infração relatada, de modo que a lei não pode retroagir salvo quando para beneficiar o contribuinte, mostra-se evidente que a revogação de dispositivo que admite a redução ou cancelamento de multa quando constatada a ausência de dolo, fraude ou simulação somente pode surtir efeitos para infrações capituladas em período posterior à vigência da alteração legislativa.

Observa-se também que, a boa-fé do contribuinte que consiste no pressuposto fático para o julgamento mais favorável marca a garantia de seu direito ao cancelamento ou à redução da multa pelo órgão julgador, razão pela qual, em sendo vedado à lei prejudicar o direito adquirido (art. 5º XXXVI, CF/88), não pode a alteração normativa aqui tratada alcançar o direito de um julgamento equitativo e proporcional aos contribuintes que jamais tiveram qualquer intenção de burlar a lei.

Frisa que ao não se negar vigência à alteração legislativa operada pela Lei nº 14.183, de 12/12/19 – motivo pelo qual não há que se falar em incompetência deste E. Conselho para declarar inconstitucionalidade de dispositivo de lei –, mas, isto sim, de buscar a interpretação de suas disposições em consonância com o sistema normativo nacional. Reproduz o § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, reproduzido pelo art. 158 do Decreto nº 7.629/99.

Disse que tal disposição, verifica-se o atendimento a todos os requisitos previstos para o cancelamento da multa pelo órgão julgador, quais sejam: *(i)* descumprimento de obrigação acessória; *(ii)* ausência de dolo, fraude ou simulação; e *(iii)* não ter implicado na falta de recolhimento do imposto.

Constatou-se que o integral cumprimento dos requisitos descritos, além de inexistir qualquer incentivo para omitirem-se saídas, todo o proceder da Recorrente foi pautado, de fato, na boa-fé, até mesmo porque, demonstrada a sincronia entre os dados escriturados e aqueles extraídos de todos os seus controles gerenciais.

Completa que é de se notar que tampouco o Erário baiano deixou de arrecadar o imposto estadual, já que o que a fiscalização exige é tão somente multa e não o tributo devido nessas operações; sem falar que, do total autuado através dos itens 05 e 06, mais de 61% correspondem às supostas operações reconhecidamente não tributáveis.

Frisou que, grande parte das Notas Fiscais de entradas não tributadas e supostamente não registradas nos livros fiscais próprios se referem à operações de *(i)* retorno de materiais remetidos para conserto (CFOP's 5916 e 6916), *(ii)* retorno de mercadoria de depósito fechado ou armazém (CFOP 5906) ou *(iii)* remessa de bem por conta de contrato de comodato (CFOP's 5908), transferência de bem do ativo imobilizado (CFOP 5552), remessas para exposição e demonstração (CFOP 5915), que, como cediço, nem mesmo configuram transferência de titularidade de mercadoria!

Perguntou: “*existiria alguma razão para a Recorrente agir de forma dolosa, fraudulenta ou dissimulada, ao não registrar as entradas de mercadorias, se isso não lhe oneraria em nada, pelo contrário, geraria o risco de, eventualmente, vir a ser apenada pelo descumprimento de obrigação acessória?*”.

Questionou: “*existiria alguma razão para a Recorrente agir de forma dolosa, fraudulenta ou dissimulada, ao não escriturar as entradas de mercadorias sujeitas à tributação, já que estas, em regra, geravam, por consequência, direito ao aproveitamento do crédito do imposto?*”.

E notou que a situação aqui descrita se amolda perfeitamente ao núcleo do § 7º, art. 42 da Lei nº 7.014/96, de descumprimento de obrigação acessória, sem dolo, fraude ou simulação, e que não tenha implicado em dano ao erário estadual. Verificou que todos os requisitos autorizadores do cancelamento da multa, impostos pelo § 7º, art. 42 da Lei nº 7.014/96 foram devidamente atendidos, pelo que, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cabe a esta I. Câmara de Julgamento cancelar a multa consubstanciada nos itens do auto de infração em comento.

Acosta e reproduz julgados do CONSEF (A-0037-11/10; A-0272-11/17; A-0211-11/17; A-0284-12/17; A-0229-11/17).

Sustenta que, diante da total ausência de dolo, fraude ou simulação quando da prática do ato omissivo e em razão da não ocorrência de prejuízo ao Erário e, em estrita obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impõe-se o cancelamento das multas

cominadas.

Finaliza requerendo a total improcedência das infrações 5 e 6. Pugna também pela realização de diligência fiscal para constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados, bem como pela juntada posterior de documentos, caso assim entenda necessário esse Ilustre Conselho de Julgamento e/ou o fiscal diligente designado para o feito.

Na sessão de 07/10/2021, este colegiado converteu os autos em diligência à INFRAZ DE ORIGEM, no qual tem o seguinte teor:

(...)

*Apesar da autuação, está descrito separadamente as infrações 5 e 6, com suas respectivas descrições de imputação. O demonstrativo analítico do Auto de Infração anexado, não há tal separação das notas fiscais objeto das infrações, não está separado as notas fiscais de mercadorias tributáveis das notas fiscais das mercadorias não tributáveis, estão todas juntas sem distinção.*

*O patrono do autuado traz seu inconformismo reportando devido à ausência de ingresso das mercadorias no seu estabelecimento sem a devida escrituração fiscal. Acrescentou que tais notas fiscais não merecem credibilidade do que aquela conferida aos registros nos livros da Recorrente. Alega que as mercadorias mencionadas em notas fiscais emitidas podem ser os encalços como roubos, extravios, cancelamentos, retornos etc., e que a documentação fiscal não padece de qualquer vício ou não decorra de possíveis falhas sistêmicas. Se insurge também de outros fatos. Pedem pela diligência para constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados.*

*Assim, na assentada do julgamento, este colegiado de segundo grau decide encaminhar os autos à INFRAZ DE ORIGEM para que o autuante faça o seguinte procedimento para as infrações 5 e 6:*

- *Fazer análise do demonstrativo analítico unificado (infrações 5 e 6), segregando-o em duas partes: para infração 5 trazer todas as mercadorias sujeitas a tributação, já para infração 6 todas as mercadorias que não foram sujeitas a tributação;*
- *Apontar, após a separação, a natureza da operação de cada mercadoria;*
- *Após a separação do demonstrativo, intimar o autuado sobre o teor da diligência concluída, dando lhe cópia de todo material criado e concedendo o prazo de 10 (dez) dias para manifestação;*
- *Caso o autuado se manifeste ou traga alguma prova que possa elidir a autuação, fazer nova informação fiscal reportando todos os fatos que ainda não foram discutidos ou analisados nos autos;*
- *Após as partes se manifestarem, encaminhar os autos ao CONSEF, no sentido de dar prosseguimento processual.*

Na conclusão da diligência, de fls. 271 a 275, o fiscal autuante, após transcrever os pedidos a serem procedidos, discorreu:

**Primeiro**, pela reconsideração da diligência proposta, uma vez que o demonstrativo analítico requisitado já consta do PAF desde sua origem, tendo sido integralmente disponibilizado ao Estabelecimento autuado em forma de mídia eletrônica (fl. 66), com ciência específica consignada às fls. 68/69. Disse que na referida mídia consta a informação demandada tanto de forma analítica quanto em resumo.

Explicou que a partir de 22/12/2017, vigência da Lei nº 13.816/17, houve a unificação da infração por falta de registro fiscal de operação de entrada, não sendo mais determinante a partir desta data a sua segregação em operação sujeita e não sujeita à tributação, mantido para a multa formal agora unificada o mesmo percentual de 1% apresentado por ambas as infrações.

Reportou que a ferramenta de auditoria fiscal desenvolvida por auditores fiscais, devidamente homologada e adotada pela SEFAZ/BA, passou a evidenciá-la num mesmo demonstrativo. Entretanto, sustenta que não olvidou, pois, os fatos geradores da multa formal aplicada no caso sob apreciação relativos ao período anterior à vigência da citada Lei nº 13.816/17, necessitava sim da segregação cogitada por este respeitável colegiado, no qual foi feito.

Afirma que manteve o demonstrativo analítico padrão gerado pelo sistema SIAF englobando as operações sujeitas e não sujeitas ao ICMS, mas produzimos também os demonstrativos analíticos específicos para as Infrações 5 e 6, segmentando as operações tributadas (Anexo V) e não-tributadas (Anexo VI), conforme pode ser constatado na mídia juntada à fl. 66, com ciência

especifica à fl. 68.

Salienta que a relação de todas as notas fiscais por item de mercadoria segregadas em operações tributadas e não-tributadas pelo ICMS (Anexo 5 analítico com valor total de R\$ 9.055,72 e Anexo VI analítico com valor total de R\$ 30.980,87). (ARQUIVO EXCEL: “Demonstrativos do AI 269358.0011\_19\_3\_Barry Callebaut Brasil”). É observar que esta planilha ali disponibilizada possui alças distintas para evidenciar a informação sintética e a informação analítica, conforme é próprio do aplicativo EXCEL ao processar e exibir subtotais.

Sustenta que não existe, portanto, o déficit de evidenciação das Infrações V e VI que a requisição de diligência fl. 264, procura sanar, uma vez que tal providência foi adotada desde o início e a Defesa, por isto mesmo, nada questiona a respeito.

**Segundo**, apontou sobre a natureza da operação de cada mercadoria com registro fiscal omitido, é necessário ponderar a esta doura Câmara que esta ação, por coerência, não cabe ao fisco e sim ao estabelecimento autuado, que ao respondê-la infirmaria seus próprios argumentos defensivos.

Assevera ser do conhecimento corrente, a natureza da operação de entrada de mercadorias ou bens é informada pelo estabelecimento adquirente no momento do seu registro fiscal na EFD, quanto atribui a cada operação o CFOP correspondente, revelando neste ato a finalidade da compra, informação esta que terá impacto na respectiva tributação (matéria-prima, mercadoria para revenda, bens de uso consumo ou para o ativo etc.). Por isto mesmo é fulcral para a administração tributária do ICMS a exigência da regular escrituração fiscal.

Acrescenta que as operações objeto da aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória de que trata o presente PAF não foram registradas, portanto, a natureza da operação de entrada de cada mercadoria elencada nos demonstrativos suporte das duas infrações é de conhecimento exclusivo do Estabelecimento autuado.

Pontua que a falta de registro deixou o fisco à mingua desta importante informação. O que consta nos referidos demonstrativos analíticos é o CFOP da operação de saída do estabelecimento vendedor, que é consignado em cada nota fiscal de fornecimento. A natureza da operação de entrada, vale dizer, a finalidade da aquisição, seria informada pelo estabelecimento adquirente no momento do seu registro na EFD, caso esta atividade tivesse sido exercida. Esta é, afinal, a razão de ser da multa por descumprimento de obrigação acessória aplicada.

Requeru pela reconsideração da necessidade da diligência requisitada às fls. 264/265, uma vez presentes no PAF todas as informações necessárias ao deslinde da demanda.

O contribuinte se manifesta nas fls. 284 a 291, discorreu sobre os fatos da informação fiscal, onde faz um resumo em relação as infrações de 01 a 04 em relação à decisão proferida e reconhecimento por parte do sujeito passivo.

Destaca que em face à aludida decisão, que julgou procedente as infrações 05 e 06 do Auto de Infração em referência, a ora manifestante socorreu ao Egrégio Conselho mediante a interposição do Recurso Voluntário, tendo essa c. Câmara na assentada do julgamento, diante da robustez dos argumentos e documentos apresentados pela ora manifestante, decidido encaminhar os autos à INFRAZ DE ORIGEM para que o fiscal autuante adotasse procedimentos em relação as referidas infrações (reproduziu o que fora pedido).

Assinala que, da análise da Informação Fiscal de fls. 271/275, vê-se que o Sr. Auditor Fiscal, afastando-se do quanto determinado, apenas apontou:

- Em relação ao item 1 supratranscrito, que a partir da Lei nº 13.816/17 ocorreu a *unificação da infração por falta de registro fiscal de operação de entrada, não sendo mais determinante a partir desta data a sua segregação em operação sujeita e não sujeita à tributação*, mas que, como no presente caso, os fatos geradores são anteriores à vigência da referida lei, foi elaborado, na época da lavratura do Auto de Infração, (i) *Demonstrativo Analítico Padrão gerado pelo sistema SIAF, englobando tanto as operações sujeitas e não sujeitas ao ICMS*,

assim como (ii) *Demonstrativos Analíticos específicos para as Infrações 5 e 6, segmentando as operações tributadas (Anexo V) e não-tributadas (Anexo VI);*

- No que atine ao item 2 acima citado, ponderou que, *por coerência*, não cabe ao fisco apontar a natureza da operação de cada mercadoria, e sim ao estabelecimento autuado, *que ao respondê-la infirmaria seus próprios argumentos defensivos*, pois, no seu entendimento, a natureza da operação de entrada, isto é, a finalidade da aquisição, é informada pelo estabelecimento adquirente no momento do registro na EFD, o que não ocorreu no presente caso, consignando ainda, que apenas consta nos demonstrativos o CFOP da operação de saída do estabelecimento vendedor.

Pontuou que não olvidou a ora manifestante que os citados Demonstrativos Analíticos, contendo a segregação das mercadorias tributadas (Infração 05) e as não tributadas (Infração 06), foram originariamente anexados ao Auto de Infração. Todavia, diz ser importante, destacar que, a despeito de a Lei nº 13.816/2017 ter unificado a multa, no percentual de 1%, pela não escrituração de nota fiscal de operações sujeitas ou não à tributação, para o presente caso, compete a esse d. Conselho de Fazenda avaliar e valorar a apontada infração *in concreto*, e, assim, reduzir ou mesmo cancelar a multa imputada, desde que constatada a ausência de dolo, fraude ou simulação e que não reste configurada a falta de recolhimento do imposto, como, inclusive, esse douto órgão julgador administrativo já fez inúmeras vezes, nos termos do § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o qual, embora tenha sido revogado, estava em pleno vigor na época da ocorrência dos fatos geradores, bem como na data em que apresentada defesa neste processo.

Acrescenta que, com a devida vênia, carece de qualquer lastro empírico ou fundamento jurídico o juízo de valor emitido, de forma bem particular, pelo Sr. Fiscal Autuante, no sentido de que cabe à empresa apontar a respectiva natureza das operações das notas fiscais que lastreiam o rechaçado lançamento, afinal, como reiteradamente dito nesses autos, a ora manifestante não reconhece tais documentos fiscais!

Disse que, considerando que o preposto fiscal não conseguiu trazer aos autos quaisquer argumentos hábeis a justificar o não cumprimento da diligência que lhe foi solicitada, a manifestante, no intuito de não tornar enfadonha a presente manifestação, limitar-se-á a refutá-los, reiterando de forma sucinta as inequívocas razões que conduzem ao reconhecimento da improcedência do lançamento.

Defende quanto à **ausência de ingresso das mercadorias descritas nas infrações 5 e 6**. Aborda que em todas as oportunidades que se manifestou nos autos, o fiscal autuante lançou as multas pautando-se exclusivamente em presunções decorrentes da emissão de notas fiscais de supostos fornecedores da Recorrente, ora Manifestante, as quais não atestam de forma alguma, com a força probatória proposta pelo Autuante, o efetivo ingresso das mercadorias referidas pela autuação no estabelecimento da empresa.

Acrescenta que, emitidos a partir de informações prestadas por particulares, tais notas fiscais não merecem mais credibilidade do que aquela conferida aos registros nos livros da ora Manifestante, os quais seguem, do mesmo modo, os ditames, as formas e o meio prescritos na legislação de regência.

Consigna que, se para a emissão das notas não se espera o cometimento de equívocos, como aludido na informação fiscal apresentada pelo Fiscal Autuante após a apresentação da defesa do auto de infração, o mesmo deve-se dizer dos livros fiscais da Manifestante, também dotados de confiabilidade.

Esclarece que se afigura totalmente incoerente o Fiscal Autuante furtar-se de promover a diligência solicitada por esse d. Conselho e, ainda, tentar delegar à manifestante a atribuição de apontar a natureza das operações das notas fiscais que lastreiam a autuação (as quais, em momento algum, foram por ela reconhecidas), quando na realidade caberia a ele próprio comprovar as premissas das quais partiu, especialmente porque:

- diversos são os encalços que impedem a trajetória das mercadorias, tais quais roubos, extravios, cancelamentos, retornos etc., apenas para citar algumas possíveis hipóteses em que a documentação fiscal não padece de qualquer vício ou não decorra de possíveis falhas sistêmicas;
- foram trazidas aos autos evidências de Notas Fiscais que se encontravam desacompanhada de documentação obrigatória – sobretudo diante da ausência de registro de sua passagem no território estadual (vide doc. 09 da Impugnação);
- para que houvesse efetiva entrada no estabelecimento da Recorrente, ora Manifestante, seria necessária a concretização de alguma modalidade de serviço de transporte – sobretudo levando-se em conta a necessidade de deslocamento interestadual – transporte este, em momento algum, demonstrado pelo autuante;
- a ausência de vinculação das NF's a qualquer CT-e induz a inexistência de qualquer circulação, quem dirá de ingresso no local do suposto destinatário, ou, minimamente, revela notória dúvida quanto à configuração da hipótese de incidência da infração ensejadora da aplicação da medida punitiva, o que acaba por atrair, ao caso concreto, a aplicação do art. 112, II do CTN, que impõe uma interpretação mais favorável ao contribuinte acusado em caso de dúvida quanto à subsunção do suposto fato infrator à *lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades*.

Verifica-se que o Ilmo. Fiscal Autuante, ao recusar-se a cumprir o quanto determinado por essa E. Câmara de Julgamento, apenas reforça que a metodologia por ele adotada pautou-se em indícios insuficientes para demonstrar os supostos ingressos, e, portanto, não adequadamente aprofundado, o que só evidencia que merece o devido reparo, sendo que, caso não rechaçado de pronto a parcela remanescente do auto de infração guerreado, mister se mostra a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, em consonância com o que determina o art. 123, § 3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, a fim de que sejam prestados os esclarecimentos complementares demandados por V.Sas., na qualidade de julgadores dos fatos descritos na capitulação da penalidade.

Impugna pela **necessidade do cancelamento da multa imposta como forma de realizar os princípios da proporcionalidade da razoabilidade**. Diz ser fato que não há como subsistir o lançamento das multas impostas às operações correspondentes, visto que a aplicação da sanção tributária deve sempre guardar um vínculo com o objetivo da sua imposição, posicionando-se de forma proporcional entre o *quantum* da multa e o valor do tributo, bem como se atrelando ao grau de culpabilidade do agente.

Aponta que exatamente em razão disso foi que o legislador concedeu, no § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, reproduzido pelo art. 158 do Decreto nº 7.629/99, que instituiu o RPAF, ao órgão julgador o poder de dosar a penalidade aplicável ao contribuinte infrator em função do grau da sua culpabilidade e dos prejuízos causados ao Erário.

Explica que, para a surpresa da Manifestante, decidiu a d. 2ª JJF estar prejudicado o seu pedido subsidiário de aplicação do aludido dispositivo legal em face da sua revogação pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, olvidando-se, assim, de considerar que esta somente pode surtir efeitos para infrações capituladas e impugnadas em período posterior à vigência da alteração legislativa.

Diz que foi reconhecido pela própria Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia, conforme manifestado, no Parecer-NCA, subscrito pelo i. Dr. José Augusto Martins Junior, se “*o pedido de redução se deu antes da alteração legislativa acima enunciada, impõe-se ao Estado – Administração uma resposta ao direito subjetivo de postulação do contribuinte em pedido este feito sob o amparo de norma existente, válida e eficaz*”, sob pena de ofensa ao direito de petição e de evidente afronta ao patrimônio jurídico do contribuinte, que fez uma escolha e apostou no seu direito de defesa (quanto ao possível cancelamento ou redução da multa lançada) com base na norma mais benéfica vigente à época. É o que se infere, com maior precisão, dos trechos do aludido Parecer a seguir reproduzidos:

[...] Em relação ao segundo questionamento, temos que a alteração promovida pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, que revogou o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7014/96 e do art. 158 do RPAF, não pode afetar o direito subjetivo do contribuinte de ter resposta ao pleito formulado ao Estado antes da modificação da lei.

A recusa da Administração Pública em responder um pleito do administrado fere o direito constitucional de petição.

Assim vem se posicionando a jurisprudência: [...]

Neste sentido, entendo que tendo sido feito o pleito de redução ou supressão da penalidade referente a descumprimento de obrigação acessória antes da alteração legislativa, remanesce o direito subjetivo do contribuinte de ter resposta ao seu pedido pela Administração Pública.

Doutra banda, ao meu sentir, admitir-se que a alteração legislativa de relações jurídicas já constituídas e que integram o patrimônio do sujeito de direito, no caso o direito de petição do Administrado, seria fomentar a insegurança e a incerteza jurídica.

Ou seja, não há como se admitir a retroação de normas supressoras de direitos que já ingressaram no patrimônio jurídico de Administrado, no caso concreto o direito à resposta do Estado – Administração em face de pleito formulado sob a égide de norma hígida e eficaz.

(...) [...] Assim, entendo que o pedido de redução se deu antes da alteração legislativa acima enunciada, impõe-se ao Estado – Administração uma resposta ao direito subjetivo de postulação do contribuinte em pedido este feito sob o amparo de norma existente, válida e eficaz.

Pode se acrescer ao argumento acima, que se tratando a norma revogada de norma mitigadora a aplicação de reprimendas, ou seja, uma norma concernente a redução ou supressão da aplicação de penalidades, impõe-se a ultratividade quando a norma revogadora foi menos benéfica ao réu. Neste sentido, trilha a jurisprudência:

[...] Em face do exposto, tendo sido feito o pedido de redução da penalidade antes da revogação da norma, entendo aplicável a ultratividade da norma mais benéfica ao contribuinte, além de se preservar o direito subjetivo à resposta do Estado ao seu pleito, pedido este realizado quando existente a possibilidade de redução da penalidade.

Salienta que ser de reconhecimento, portanto, para o presente caso, em relação ao período autuado, a plena aplicação do quanto disposto no § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, reproduzido pelo art. 158 do Decreto nº 7.629/99, que instituiu o RPAF, considerando inclusive o incontroverso e integral cumprimento dos requisitos nele impostos, diante da clarividente ausência de dolo, fraude ou simulação e da ausência de prejuízo ao Erário, que não deixou de arrecadar imposto, sobretudo levando-se em conta que todo o montante autuado através da Infração 06 corresponde às supostas operações reconhecidamente não tributáveis.

Em vista do exposto, sustenta que diante da total ausência de dolo, fraude ou simulação quando da prática do ato omissivo e em razão da não ocorrência de prejuízo ao Erário e, em estrita obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reitera o seu pleito pelo total cancelamento/redução das multas cominadas, previstas no inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Entretanto, caso este não seja o entendimento, pugna pelo cancelamento/redução pelo menos:

- das multas alusivas a operações reconhecidamente não tributáveis (objeto da infração 6), e/ou,
- daquelas aplicadas em relação a operações que sequer implicaram em mudança de titularidade das mercadorias, tais como as classificadas nos CFOP'S: 5916 e 6916 (retorno de materiais remetidos para conserto), 5906 (retorno de mercadoria de depósito fechado ou armazém), 5908 (remessa de bem por conta de contrato de comodato), 5552 (transferência de bem do ativo imobilizado), 5915 (remessas para exposição e demonstração), 5151 (transferência de produção do estabelecimento), 5757 (Transferência de material de uso ou consumo) e 6152 (transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros).

Finaliza pedindo em todos os seus termos, o Recurso Voluntário interposto, pugnando pelo seu pelo total provimento. Contudo, não sendo este o entendimento desse douto Conselho de Fazenda, pugna pela realização de diligência fiscal por auditor estanho ao feito, nos termos em que determina os arts. 123, § 3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, para fins de constatação dos fatos aqui alegados, considerando que o Fiscal Autuante apenas se limitou a pedir a reconsideração da diligência determinada por essa c. câmara, afastando-se do que lhe foi, de fato, requisitado.

Registra-se a presença da advogada Sra. Marcela Moura dos Reis, na sessão de julgamento na sessão de videoconferência, no qual exerceu o seu direito de fala.

É o relatório.

## VOTO

Inconformada com a decisão de piso a recorrente nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/99 apresenta peça recursal sob as fls. 247 a 257, apenas para as infrações 05 e 06, reconheceu as infrações 2 (parcialmente) e 1 e 3 (integralmente). Verifica-se que, a JJF julgou pela Procedência Parcial o Auto de Infração, sendo improcedente a infração 4, parcialmente a 2 (reduziu o valor de R\$ 1.820,79 para R\$ 15,24 – valor ora reconhecido) e manteve totalmente as infrações 01, 03, 05 e 06.

Observa-se nos autos, que as infrações do presente Recurso foram imputadas pela falta de registro de documento fiscal via arquivos EFD, ou livros fiscais ou contábeis de operações de entradas de mercadorias nos exercícios fiscalizados, infringindo os art. 217 e 247 do RICMS/2012, sendo ingresso de mercadorias tributadas (Infração 5) e não tributadas (Infração 6) objeto das notas fiscais indicadas nos demonstrativos anexados ao Auto de Infração.

Não podemos emprestar razão às alegações recursais pelos seguintes motivos:

1. A ausência de entrada das mencionadas mercadorias no estabelecimento da ora recorrente, não ficam provadas;
2. O equívoco na metodologia adotada no levantamento fiscal, alegada no recurso, também não fica demonstrada e constatamos que a fiscalização seguiu roteiro normalmente aplicado;
3. As alegadas circunstâncias previstas no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996, que autorizam o cancelamento dos documentos, não ficou demonstrada. Ao contrário, todos os documentos arrolados pelo fisco foram regularmente autorizados.
4. O destaque feito no recurso contra as considerações feitas no julgamento de piso, também não vem acompanhado de qualquer fato que possa desmerecer-lhos.
5. A afirmação da ausência de ingresso das mercadorias no estabelecimento da recorrente sem a devida escrituração fiscal, fundamentada exclusivamente na emissão de notas fiscais por supostos fornecedores, não encontra respaldo no entendimento deste Conselho, uma vez que os documentos são válidos e não são trazidos ao processo qualquer elemento de comprovação que as mercadorias não adentraram no estabelecimento, nem que os fornecedores não mantêm qualquer relação com o autuado.
6. As alegações da possibilidade de não recebimento das mercadorias elencadas nas notas fiscais por encalços que impeçam a trajetória, tais quais roubos, extravios, cancelamentos, retornos etc., também são desprovidas de comprovação.
7. O destaque feito sobre a insuficiência do método empregado pelo Fiscal Autuante já foi analisado em item anterior e sob a normalidade dos procedimentos fiscais.
8. A necessidade de realização de acurada diligência por auditor estranho ao feito, que espera que seja demandada por essa d. Câmara de Julgamento, não pode prosperar, porque todos os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação do convencimento deste Relator, conforme artigo 147 do RPAF.
9. Sobre a ausência de registro da passagem das mercadorias no território estadual, sinalizo que o sistema de controle e emissão de documentos fiscais eletrônicos dispara mensagens de alerta aos destinatários para ciência das emissões de documentos fiscais conforme disposto no art. 89 § 12 do RICMS, portanto o registro de passagem de mercadoria no território nacional é mais um evento de controle, portanto, a autuada teve conhecimento das operações.
10. Em relação à obrigatoriedade do CTe e a necessária concretização de alguma modalidade de serviço de transporte, é alegação que somente podemos entender como comentário à legislação vigente, nada referente ao fato analisado.

11. O registro que faz sobre o dever dos contribuintes registrarem o evento ‘desconhecimento da operação’ no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico [www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br) (art. 89, § 17 do RICMS/12), mencionada disposição não possui o condão de expor como ingressa mercadoria no estabelecimento Recorrente. Nesse sentido, poderia ter a empresa feito o registro em momento posterior e antes da ação fiscal, o que não está comprovado. Aliás, o sistema NF-e disponibiliza o relatório de notas fiscais emitidas por terceiros, que pode ser tempestivamente consultado pelos contribuintes. Não o fazendo, perdeu a oportunidade de antes da ação fiscal, registrar o seu desconhecimento das operações.

12. Este relator não observou qualquer conflito entre os princípios da estrita legalidade e da busca pela verdade material, invocados no Recurso em apreciação.

13. Quanto ao rogo pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para solicitar o cancelamento da multa imposta, requer a recorrente a improcedência da referida autuação ou, subsidiariamente, a redução da multa aplicada com fundamento no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto acima, não acolho o pedido de improcedência suscitado pela recorrente, em razão das infrações restarem devidamente comprovadas diante ao descumprimento da obrigação acessória relativa à infração 5 e 6.

14. Quanto ao cancelamento ou redução das multas faz referências em relação às operações não tributadas de (i) retorno de materiais remetidos para conserto (CFOP's 5916 e 6916), (ii) retorno de mercadoria de depósito fechado ou armazém (CFOP 5906) ou (iii) remessa de bem por conta de contrato de comodato (CFOP's 5908), transferência de bem do ativo imobilizado (CFOP 5552), remessas para exposição e demonstração (CFOP 5915), que sequer implicaram em mudança de titularidade.

Não obstante, em razão das alegações e provas trazidas aos autos quanto a infração 6 (deu entradas no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro) em que as operações sequer implicaram em mudança de titularidade, não causando nenhuma repercussão econômica ao erário público, verifico que assiste razão a recorrente no que diz respeito as operações com CFOPs 5916, 6916, 5906, 5908 e 5915.

Neste sentido, diante da plausibilidade no argumento exposto, assim como em observância à jurisprudência deste CONSEF, sinalizo para o acolhimento do pedido subsidiário de acolhimento parcial da redução da multa exigida na referida infração.

Registre-se que, a jurisprudência desta Câmara tem se consolidado no sentido de considerar válido a competência prevista no § 7º da Lei nº 7.014/96, para as hipóteses em que a recorrente tenha apresentado sua impugnação na vigência do referido dispositivo, conforme Parecer PROFIS-NCA, subscrito pelo Procurador do Estado da Bahia, Dr. José Augusto Martins Júnior que assim dispõe: *“a alteração promovida pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, que revogou o § 7º, do art. 42 da Le nº 7014/96 e do art. 158 do RPAF, não pode afetar o direito subjetivo do contribuinte de ter resposta ao pleito formulado ao Estado antes da modificação da lei. A recusa da Administração Pública em responder um pleito do administrado fere o direito constitucional de petição. Assim vem se posicionando a jurisprudência: [...] Neste sentido, entendo que tendo sido feito o pleito de redução ou supressão da penalidade referente a descumprimento de obrigação acessória antes da alteração legislativa, remanesce o direito subjetivo do contribuinte de ter resposta ao seu pedido pela Administração Pública”*.

Posto isto, sinalizo que o presente processo se encaixa ao posicionamento externado pela Procuradoria do Estado da Bahia, assim como às circunstâncias previstas no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996, vigente à época da apresentação da impugnação da autuada 06/09/2019.

É de se concluir, portanto, que a conduta omissiva da autuada não resultou em falta de pagamento de tributo, assim como prejuízo ao erário. Da análise dos demonstrativos elaborados pelo autuante, assim como dos documentos fiscais lançados no presente Lançamento de Ofício, é possível concluir que as operações classificadas sob os CFOPs abaixo listados merecem reparos:

5252- Transferência de bens do ativo.  
 5557- Transferência de material de uso e consumo.  
 5906- Retorno de mercadoria de depósito fechado.  
 5908- Remessa de retorno por conta de contrato de comodato.  
 5915- Remessa para demonstração e exposição.  
 5916 e 6916- Remessa de mercadoria ou bem para conserto, operações com suspensão do imposto.  
 5920- Remessa de Vasilhames (Botijão vazio de 20kg).  
 5929- Lançamento em decorrência da emissão de documento fiscal ou prestação também registrada em ECF.  
 5552- Transferência do ativo imobilizado.  
 6902- Retorno de mercadoria utilizada na industrialização por encomenda.

Com efeito, e não obstante o fato de que o valor da multa de 1% esteja previsto de forma objetiva e expressa na Lei nº 7.014/96, mas considerando: **i**) que o valor da multa no presente lançamento redundou em valor extremamente relevante e, **ii**) considerando para o fato do contribuinte ter comprovado que a prática omissiva (falta de registro de notas de entrada) não trouxe ou implicou em qualquer prejuízo ao erário estadual, **iii**) considerando que restou comprovado ausência de dolo ou fraude, **iv**) considerando os elementos probatórios trazidos aos autos sinalizando que as operações sequer mudaram de titularidade.

Diante de tais considerações proponho a redução de 90% do valor original da infração 06, para as operações com CFOPs de números 5252, 5557, 5906, 5908, 5915, 5916, 5920, 5929, 5552, 6902 e 6916, com base na competência expressa do § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/1996, vigente à época da impugnação da recorrente.

Pelo exposto o valor da infração 06 fica reduzido de R\$ 30.980,88 para R\$ 27.123,83 conforme demonstrativo abaixo.

OPERAÇÕES NÃO TRIBUTACJPJ Nº 33.163.908/0091-21				
Dta	VI Multa	VI a ser reduzido	VI Reduzido em 90%	VI Remanescente
jan-16 Total	2.499,00	199,9	19,99	<b>2.319,09</b>
fev-16 Total	3.712,84	0,00	0,00	<b>3.712,84</b>
mar-16 Total	2.409,15	0,00	0,00	<b>2.409,15</b>
abr-16 Total	766,71	85,00	8,50	<b>690,21</b>
mai-16 Total	1.177,28	25,30	2,53	<b>1.154,51</b>
jun-16 Total	1.508,37	0,00	0,00	<b>1.508,37</b>
jul-16 Total	1.126,10	0,00	0,00	<b>1.126,10</b>
ago-16 Total	2.755,55	653,86	65,39	<b>2.167,08</b>
set-16 Total	646,10	638,95	63,90	<b>71,05</b>
out-16 Total	729,96	610,49	61,05	<b>180,52</b>
nov-16 Total	11.666,84	894,9	89,49	<b>10.861,43</b>
dez-16 Total	1.982,98	1177,22	117,72	<b>923,48</b>
<b>Total Geral</b>	<b>30.980,88</b>	<b>4.285,62</b>	<b>428,57</b>	<b>27.123,83</b>

15. Quanto à pergunta se “*existiria alguma razão para a recorrente agir de forma dolosa, fraudulenta ou dissimulada, ao não registrar as entradas de mercadorias, se isso não lhe oneraria em nada, pelo contrário, geraria o risco de, eventualmente, vir a ser apenada pelo descumprimento de obrigação acessória?*”, Observa-se que somente a autuada pode responder.

16. Quanto ao pedido de diligência fiscal para constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados, em assentada do julgamento dia 07/10/2021, esta CJF decidiu converter os autos a INFRAZ DE ORIGEM, sendo cumprida pelo autuante (fls. 271 a 275), por esclarecer quais as notas fiscais se referiam a cada uma das infrações 5 e 6, acolho as informações trazidas na informação fiscal.

17. Quanto à manifestação da autuada em relação à diligência efetuada (fls. 284 a 291) é apenas uma peça que repete todos os argumentos anteriormente apresentados no Recurso, o que dispensa nossa apreciação apenas para a alegação da necessidade do cancelamento ou redução da multa com base no § 7º em relação a infração 06 (entrada de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal), porque os argumentos já foram apreciados nos itens anteriores.

Considerando que, o contribuinte efetivamente omitiu o registro das mercadorias em lide à época dos fatos geradores, na forma exigida pela legislação, o que resultou na multa ora imposta pelo descumprimento da obrigação acessória, estipulada no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Considerando que, o contribuinte, em suas razões recursais e manifestação da informação fiscal da diligência fiscal solicitada pela CJF, teve novamente oportunidade de trazer aos autos documentos de provas que pudesse elidir as infrações e não o fez, se limitando as alegações de que há erros a serem corrigidos, ou que a autuação não condiz com a verdade dos fatos. Neste sentido dispõe o art. 143 do RPAF/99, que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação.

Considerando que, o autuante interpôs informação fiscal em 06/09/2019, portanto, se amolda ao posicionamento externado pela Procuradoria do Estado da Bahia, assim como às circunstâncias previstas no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996 vigente à época da apresentação da impugnação da autuada.

Diante de tais considerações, concluo pela procedência da infração 5 e reduzir a multa da infração 6 de R\$ 30.980,88 para R\$ 27.123,83.

De ofício, devido a verdade material, na infração 3, fica reduzida a multa 100% descrita nos autos para 60% referente à alteração de lei em relação ao percentual da multa aplicada, sendo reduzida a partir de abril de 2012.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração. Assim, o montante do Auto de Infração é conforme abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULG-JJF	VL JULG-CJF	MULTA
01	PROCEDENTE	232,15	232,15	232,15	60%
02	PROCEDENTE	1.834,91	15,24	29,36	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	13.074,71	13.074,71	13.074,71	60%
04	IMPROCEDENTE	9.526,86	0,00	0,00	60%
05	PROC.PARCIAL/N.PROVIDO	9.055,72	9.055,72	9.055,72	-----
06	PROC.PARCIAL/P.PROVIDO	30.980,87	30.980,87	27.123,83	-----
<b>TOTAL</b>		<b>64.705,22</b>	<b>53.358,69</b>	<b>49.515,77</b>	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269358.0011/19-3, lavrado contra **BARRY CALLEBOUT BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor total de R\$ 13.336,22, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 36.179,55, prevista no incisos IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS