

PROCESSO	- A. I. N° 279757.0104/20-1
RECORRENTE	- BANDA DE COURO ENERGÉTICA S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6ª JJF n° 0087-06/22-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFRAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 29/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0388-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS NÃO ESCRITURADAS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. Razões recursais de mérito com lastro probatório. Redução parcial do débito. Afastadas as preliminares de nulidade e decadência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, "b" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão ocorrida através do Acórdão nº 0087-06/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/12/2020 para exigir da recorrente multa no valor histórico total de R\$ 200.678,68, nos exercícios de 2015 e 2016, correspondente a 1% das entradas no estabelecimento:

INFRAÇÃO 01 – 16.01.01 – de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (multa no valor de R\$ 9.763,60) e

INFRAÇÃO 02 – 16.01.02 – de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal (multa no valor de R\$ 190.915,08).

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 64.304,17, após rejeitar as preliminares de nulidades e prejudicial de decadência, como também denegar o pedido de diligência, diante das seguintes razões:

VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de fiscalização e lançamento, pois os auditores expuseram com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito (art. 42, IX da Lei 7.014/96), descreveram as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º; RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No tocante à decadência, conforme o Incidente de Uniformização PGE n° 2016.194710-0, o prazo referente à obrigação principal deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em quantia inferior àquela que corresponderia às operações declaradas.

Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fulcro no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em decorrência de dolo, fraude ou simulação, não comprovada nos presentes autos.

Entretanto, tais raciocínios somente se aplicam às infrações por descumprimento de obrigações principais, não havendo que se falar no art. 150, § 4º do CTN quando a obrigação é acessória, já que o indigitado dispositivo legal complementar faz expressa referência à homologação do lançamento. Nas situações de aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias não existe o que homologar. Os lançamentos respectivos ocorrem de ofício.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

Todos os elementos necessários à formação da convicção dos membros desta Junta de Julgamento Fiscal estão contidos nos autos. Indefiro o pedido de Realização de diligência ou perícia, com fulcro no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, trata-se da aplicação da multa prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96, na hipótese em que se constata a falta de escrituração de notas fiscais de entradas, tributáveis ou não.

O autuado conseguiu comprovar que boa parte das operações fiscalizadas foram canceladas, o que foi plenamente acatado por um dos auditores fiscais autuantes.

Acolho a planilha de fl. 242, elaborada pelo Fisco, de modo que os valores das infrações 01/02 remanesçam modificados, respectivamente, de R\$ 9.763,60 para R\$ 3.533,99 e de R\$ 190.915,08 para R\$ 60.770,20.

De forma acertada, tendo em vista o disposto no art. 127, § 8º do RPAF/99, não foi dada ciência da revisão ao defendant.

“§ 8º É dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada”.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 64.304,19.

Não se conformando com a Decisão de 1ª instância, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário, às fls. 274 a 287 dos autos, onde faz um histórico da autuação e da respectiva impugnação, que, segundo relata, apesar do acolhimento do argumento de nulidade em função do cancelamento das operações fiscalizadas, é possível perceber que nem todos os valores que deveriam ser objeto de cancelamento com fulcro nesse mesmo fundamento foram retirados do Auto de Infração, isso porque houve erro no que tange à identificação da quantia a ser excluída, havendo valores, referentes a operações canceladas ou anuladas, que não foram removidas do montante exigido, como também deve ser consideradas a necessidade da reforma do julgado quanto à nulidade frente ao cerceamento de defesa devido à incorreta/imprecisa capituloção legal e a decadência parcial dos débitos exigidos, o que levará a se declarar nulo/improcedente o lançamento fiscal, por iliquidez.

Caso assim não entenda, o apelante sustenta que há de reconhecer, no mínimo, que o Auto de Infração também deveria ter sido cancelado, com base no mesmo fundamento já acatado pela JJF, no que tange a outros valores que também estão relacionados a notas fiscais canceladas/anuladas e que, por equívoco, não foram considerados, pois, conforme se observa pela documentação (doc. 03), deveria ter sido expurgado do montante original outros valores, além dos já considerados, os quais também estão relacionados a operações canceladas/anuladas, do que apresenta planilha dos valores que deveriam ter sido excluídos e respectivas notas fiscais canceladas/anuladas correspondentes a soma de: R\$ 1.329,43 e R\$ 440,00, relativos às infrações 1 e 2, respectivamente, devendo-se julgar o Auto de Infração nulo por falta de liquidez ou expurgar do valor julgado o montante de R\$ 1.769,43.

Reitera argumento de que ocorreu a decadência parcial do direito de constituição do crédito tributário, notificado ao contribuinte em 29.12.2020, relativo aos “fatos geradores” ocorridos 5 anos antes, ou seja, anteriores a 29.12.2015, já que o ICMS é tributo sujeito ao lançamento por homologação, previsto no art. 150, § 4º do CTN, e não no prazo previsto no art. 173, I do diploma legal, restando extinta a exigência nos termos do art. 156, VII do CTN.

Renova, ainda, a arguição de nulidade do Auto de Infração decorrente da capituloção legal apresentada, ensejando cerceamento ao seu direito de defesa, eis que não foi informado, de modo específico, o ato normativo em que se embasa a cobrança, pois, apesar de suscitados os artigos 217 e 247 do Decreto nº 13.780/2012 (RICMS/BA), tais dispositivos, por si só, não preenchem o

requisito da imputação específica, apto a permitir o pleno direito de defesa. Cita legislação e jurisprudência.

Por fim, requer que seja declarada nulidade da autuação pela iliquidez do crédito tributário, como também pela falta de capitulação legal específica e violação ao princípio da motivação dos atos administrativos, como também seja reconhecida a decadência dos créditos tributários relativos aos períodos anteriores a 29/12/2015, determinando a exclusão dos valores correspondentes.

Registra-se a presença do advogado Dr. André Felipe Coimbra – OAB/PE nº 47.825 na sessão de videoconferência, no qual exerceu o direito de sustentação oral.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância de manter em parte o Auto de Infração, no valor histórico de R\$ 64.304,19, inerente a multa de 1% sobre entradas no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal (infrações 1 e 2).

Inicialmente, apesar de constar da Resolução do Acórdão JJF nº 0087-06/22-VD a interposição do Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, observa-se, às fls. 266 dos autos, que a desoneração dos valores atualizados, à época, é na ordem de R\$ 196.423,80 e, portanto, não preenche o requisito de admissibilidade de que o montante do débito exonerado pela referida decisão seja superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), razão para NÃO CONHECER o Recurso de Ofício interposto.

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração sob alegação de cerceamento de defesa devido à incorreta/imprecisa capitulação legal, eis que a citação dos artigos 217 e 247 do Decreto nº 13.780/12, sem consignar incisos específicos, não ensejou qualquer limitação ao entendimento do contribuinte da acusação fiscal de “... *entrada no estabelecimento (...) sem o devido registro na escrita fiscal*”, cuja conclusão decorre de suas próprias razões de defesa ao apontar documentos fiscais com operações canceladas pelo remetente, fato este devidamente acatados pela autoridade fiscal autuante.

Portanto, não há de ser reconhecida a pretensão recursal uma vez que não há nulidade sem prejuízo (princípio *pas de nullité sans grief*), pois, para que o ato seja declarado nulo é preciso haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo às partes, um nexo efetivo e concreto. Se, a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade, cujo princípio os tribunais superiores brasileiros entendem pertinente.

Igualmente, rejeito a pretensão recursal de nulidade do Auto de Infração sob alegação de iliquidez, eis que redução do crédito tributário em função de razões de defesa devidamente documentada não enseja insegurança da exação, mas, sim, sua adequação e aperfeiçoamento, em função da verdade material.

Quanto à prejudicial de mérito de decadência do direito da Fazenda Estadual constituir crédito tributário inerente as ocorrências anteriores a 29.12.2015, já que fora notificado em 29.12.2020 e o ICMS é tributo sujeito ao lançamento por homologação, previsto no art. 150, § 4º do CTN, *há de esclarecer* que a PGE/PROFIS já uniformizou entendimento, através do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, que o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com supedâneo no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, **apurar o montante do imposto devido**, mas efetuar o pagamento em valor inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Logo, conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com base no art. 173, I do CTN, quando o contribuinte:

- a) declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento;
- b) não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação/prestação tributável;
- c) declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Por sua vez, as exações 1 e 2 decorreram da falta de registro de notas fiscais no livro fiscal, resultando em penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória de fazer e, em consequência, **por não haver lançamento por homologação e muito menos recolhimento**, não se sujeitam a contagem decadencial prevista no art. 150, § 4º do CTN e sim a do art. 173, I do CTN, cujo direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Tal conclusão é corroborada pela própria PGE/PROFIS, ao editar o citado Incidente de Uniformização, para efeito de aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN, reporta-se sempre a expressão “*ocorrência do fato gerador*” (também contido no art. 150, § 4º do CTN), pela qual se refere à obrigação tributária principal, ou seja, quando o contribuinte tem por prestação (dever) o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (multa em dinheiro), visto que a obrigação tributária acessória é quando, por força de lei, a prestação a ser cumprida é a de fazer ou não fazer alguma coisa, ou permitir que ela seja feita pelo Fisco, tudo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, conforme art. 113, § 2º do CTN.

Assim, diante de tais considerações, concluo que, quando da *notificação* do lançamento de ofício, em 29.12.2020, sob a égide do art. 173, I do CTN, não havia ocorrido a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo ao período de janeiro a dezembro de 2015, eis que o prazo se expirava em 31/12/2020.

No mérito, cabe razão ao recorrente de que deve expurgar o montante de R\$ 1.769,44 do valor julgado, ao comprovar o desfazimento da operação, quanto aos DANFES:

- 99853, de 26/01/2015, no valor de R\$ 36.256,50, por ter sido devolvida através do DANFE nº 99929 de 27/01/2015 (fls. 298/299), descabendo a multa de R\$ 362,57 em janeiro de 2015 da infração 1 (fl. 243);
- 5969, de 22/09/2015, no valor de R\$ 15.673,98 (fl. 302), por se encontrar “cancelada” no Portal de Nota Fiscal Eletrônica, como também que o DANFE nº 5979, de 24/09/2015, no valor de R\$ 34.703,64, por ter sido devolvida através do DANFE nº 5998 de 28/09/2015 (fls. 303/304), descabendo a multa de R\$ 437,86 em setembro de 2015 da infração 1 (fl. 246);
- 23923, de 30/09/2016, no valor de R\$ 52.900,76, por ter sido devolvida através do DANFE nº 24105 de 26/10/2016 (fls. 296/297), descabendo a multa de R\$ 529,01 em setembro de 2016 da infração 1 (fl. 249);
- 65432, de 12/08/2015, no valor de R\$ 21.000,00 (fl. 301), como também o DANFE nº 4838, de 21/08/2015, no valor de R\$ 33.000,00 (fl. 300), por se encontrarem “cancelada” no Portal de Nota Fiscal Eletrônica, descabendo a multa de R\$ 440,00, remanescendo R\$ 16.281,07 em agosto de 2015 da infração 2 (fl. 245);

Assim, diante de tais considerações, após exclusão dos valores exigidos em janeiro/15, setembro/15 e setembro/16, a multa da infração 1 resulta em R\$ 2.204,55 (R\$ 3.533,99 julgado pela JJF – R\$ 1.329,44). Já na infração 2, após a redução da exigência de agosto/15 de R\$ 16.721,07 para R\$ 16.281,07, a multa resulta em R\$ 60.330,20 (R\$ 60.770,20 julgado pela JJF – R\$ 440,00).

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar PROCEDENTE

EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$ 62.534,75.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279757.0104/20-1, lavrado contra **BANDA DE COURO ENERGÉTICA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 62.534,75**, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS