

<b>PROCESSO</b>	- A. I.Nº 269141.0008/03-9
<b>RECORRENTE</b>	- AMORIM DE CASTRO & CIA LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0478/01-03
<b>ORIGEM</b>	- INFRAZ VALENÇA
<b>INTERNET</b>	- 13.02.04

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0004-12/04

**EMENTA:** ICMS. 1. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADA. Descumprimento de obrigação acessória. Comprovado que parte das mercadorias se encontravam enquadradas no regime da substituição tributária, cabe a multa de 1% sobre o valor das operações comerciais realizadas. Mantida a Decisão recorrida relativa ao item 3 da autuação. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração comprovada. Multa proposta em desacordo com os autos. Se a motivação do autuante para a proposição da multa foi a falta de atendimento às intimações durante a ação fiscal, cabe aplicar a multa prevista no art. 42, inciso XX, alínea “b”, da Lei nº 7014/96. De acordo com as normas regulamentares, o contribuinte é obrigado a apresentar ao Fisco os arquivos magnéticos com os registro fiscais dos documentos emitidos quando intimado a fazê-lo. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Modificada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Vencido em parte o relator. Decisão não unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto pelo autuado tendo em vista o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/09/03, para exigir ICMS no valor de R\$2.432,69 acrescido da multa de 60%, mais multas no valor de R\$23.121,22 em decorrência:

1. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88 (janeiro a março de 2002) – R\$2.222,61;
2. Recolhimento a menor do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88 (janeiro e maio de 2002) – R\$210,08;
3. Multa pela falta de escrituração de entradas de mercadorias no estabelecimento (janeiro a abril de 2002, junho a dezembro de 2002) - R\$8.394,38;

4. Falta de apresentação dos arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou a entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitam as suas leituras (exercício de 2002) – R\$14.726,84.

O contribuinte, que protestara na defesa inicial (fls. 52/60) pela nulidade do lançamento relativo à infração 3 - imposição de multa pela falta de escrituração de notas fiscais de aquisições de mercadorias -, repete em seu Recurso Voluntário as razões anteriormente apresentadas, uma vez que não teriam ficado provadas as efetivas entradas das mercadorias no seu estabelecimento através dos documentos fiscais indicados. Argüira que a comprovação da entrada efetiva das mercadorias no seu estabelecimento somente poderia ser provada através dos pedidos de fornecimento dos canhotos dos documentos fiscais, dos comprovantes de pagamentos das compras, das duplicatas de pagamentos, da demonstração de que a compra refletiu na conta Caixa/Bancos e Fornecedores ou pela apuração de diferença no estoque da empresa e que mediante mera presunção de que o impugnante realizara tais compras, a imputação não poderia subsistir. Observou, também, que o ônus da prova em direito fiscal é sempre de quem acusa, em conformidade, por analogia, do art. 333, I combinado com o art. 126, 2<sup>a</sup> Parte do CPC, art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 108 do CTN.

A peça de acusação fiscal propusera multa de 10% do valor comercial das mercadorias e dos serviços de transporte não escriturados no Registro de Entrada, caracterizando descumprimento de obrigação acessória. Entretanto, a 1<sup>a</sup> JJF, comprovando que parte das mercadorias se encontravam enquadradas no regime da substituição tributária, aplicou a multa de 1% sobre o valor das operações comerciais realizadas, resultando da decretação de procedência parcial da infração nº 3.

Em relação à infração 4 (falta de entrega ao Fisco dos arquivos magnéticos) o autuado se defendera, e novamente o faz em grau de recurso, alegando que, embora intempestivamente, havia entregue os arquivos à fiscalização, porém o autuante teria recusado o seu recebimento após o início da ação fiscal. Entende o autuado, ora recorrente, que teria havido ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O autuante negou a recusa de recebimento dos arquivos, afirmando que até o fim da ação fiscal eles não foram apresentados.

O recorrente reafirma que disponibiliza, a qualquer tempo, os arquivos magnéticos para qualquer verificação e ressalta que o recebimento intempestivo dos referidos arquivos não trazia qualquer prejuízo ao Erário, já que não se trata de obrigação tributária principal e que a multa é exorbitante, excedendo ao valor do imposto que foi pago.

Já tendo alegado a nulidade, finaliza requerendo a decretação da improcedência da autuação.

## VOTO

Em relação às imputações descritas nos itens 1 e 2 do Auto de Infração, o autuado não se manifestou na defesa e não são objeto do Recurso Voluntário ora em exame.

O Recurso Voluntário apresentado não traz alegações preliminares de nulidade, embora o autuado propugne tanto pela nulidade quanto pela improcedência da autuação.

Em relação à infração nº 3, o autuante não se baseou em mera presunção, posto que a acusação fiscal está documentada com as cópias das notas fiscais apreendidas pelo Fisco. Também não está demonstrado nos autos que o autuante não tenha obedecido ao princípio da reserva legal e tenha extrapolado de suas funções na lavratura do Auto de Infração, não tendo sustentação a argüição de nulidade.

No mérito, milita contra a razão que grandes empresas, tradicionais, de diversas localidades, especialmente de outras unidades federadas, fizessem vendas a prazo contra a empresa, emitissem duplicatas para recebimento em banco ou mediante apresentação, arriscando-se a não poderem

comprovar a qualquer tempo a entrega das mercadorias. Por isso não há necessidade de profundo exame contábil para provar o recebimento das mercadorias, cabendo ao autuado desconstituir a prova trazida aos autos, qual seja, as vias das notas fiscais retidas pelo Fisco, o que não fez. Por isso, tomo emprestada parte da fundamentação do voto que lastreou a Decisão recorrida:

*“Aliado a este fato, as notas fiscais estão revestidas de todas as formalidades legais, as mercadorias são condizente com o ramo de atividade do contribuinte e emitidas pelos próprios fornecedores do impugnante a exemplo do Frigorífico Margen Ltda. E, para fechar o assunto, analisando as notas fiscais objeto da infração 1, aceita pelo contribuinte pois não contestada, no mês de janeiro e março (Notas Fiscais nºs 103144, 8158 e 8250), elas fazem parte da apuração do imposto cobrado por antecipação tributária e da presente cobrança de multa. Assim, entendo que as notas fiscais acostadas ao PAF constituem prova bastante da existência de operações comerciais realizadas pelo contribuinte, não havendo pertinência que a fiscalização busque nos fornecedores da empresa ou mesmos os canhotos de recebimento das mercadorias, os comprovantes de pagamentos das compras, duplicatas de pagamentos, etc, a prova do acontecido. Ela está documentada. A contraprova para desconstituir o crédito tributário caberia ao autuado, ao contrário de seu entendimento, pois aqui não se pode falar em inversão do ônus da prova e a Decisão deste Colegiado proferida através do Acórdão nº JJF nº 0101-02/02 aqui não pode ser aceita para desconstituir a infração.”*

Em relação à infração descrita no item nº 4 da autuação, em que se propõe a multa de R\$14.726,84 pela não entrega, quando regularmente intimado, dos arquivos magnéticos à fiscalização estadual, embora a proposição do autuante esteja equivocada, cabe ao CONSEF a aplicação da multa fiscal prevista na lei, diante da prova da conduta infracional típica. Por isso não se caracteriza qualquer nulidade.

No entanto, lê-se da informação fiscal (fls. 69) “*De acordo com o artigo 708-B do RICMS/BA-97, o contribuinte tem o prazo de 5 dias úteis contados do recebimento da intimação para fornecê-los (na fl 11 está o termo da última intimação)*”. Ou seja, a motivação do autuante para a proposição de multa foi o não atendimento da intimação para entrega dos arquivos magnéticos durante a ação fiscal, conforme previsto no art. 708-B. Não foi proposta a aplicação de multa pela falta de entrega mensal dos 12 arquivos do exercício de 2002 nos prazos fixados no art. 708-A e sim, durante a ação fiscal, no prazo de 5 dias úteis previsto no art. 708-B. Embora o autuante tenha concedido prazos maiores que 48 horas, o que está comprovado nos autos não é que o contribuinte não possuía os arquivos magnéticos e sim que os não entregou durante a ação fiscal.

A Lei nº 7.014/96, em seu art. 42, inciso XX estabelece multas seqüenciais cumulativas para esta infração, qual seja, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exhibir livro ou documento, arquivo magnético ou similar, ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado. Por isso não deve subsistir a multa proposta na autuação fiscal no valor de R\$14.726,84, cabendo a cumulação das multas de R\$90,00 e R\$180,00 previstas nas alíneas “a” e “b” do inciso XX do art. 42.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

**VOTO VENCEDOR (EM RELAÇÃO À INFRAÇÃO 4 – VALOR DA MULTA APLICADA)**

Quanto à fundamentação utilizada pelo Sr. relator no sentido de aplicar a multa prevista no art. 42, inc. XX, da Lei nº 7.014/96, em substituição à multa contida no art. 42, inc. XIII-A, do mesmo diploma legal, não há qualquer divergência. A discordância se restringe apenas a aplicação cumulativa das multas de R\$90,00 e R\$180,00, pois entendo que a segunda absorve a primeira. A conduta de não atendimento das duas intimações, sucessivamente lavradas pela fiscalização, configura uma infração continuada, ou seja, o sujeito passivo, deixou de cumprir obrigação tributária, de igual natureza, mediante duas condutas omissivas idênticas: não entrega das informações regularmente solicitadas pelo agente fiscal após a lavratura de duas intimações. Neste caso específico a conduta omissa de não atendimento da segunda intimação deve ser considerada como continuação da primeira conduta omissa, não havendo que se falar em duas infrações distintas, pois ambas são materialmente idênticas. Impõe-se, nesta situação, aplicação apenas da multa mais grave, de R\$180,00, prevista no art. 42, inc. XX, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96. Adota-se, neste caso, a teoria do delito continuado, contemplada no “caput” art. 71 do Código Penal, aplicado por analogia na solução da presente lide fiscal. Voto, portanto, em relação à infração 4, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, devendo a multa de infração ser reduzida para R\$180,00, prevista no art. 42, inc. XX, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.

Quanto aos demais itens acompanho integralmente o voto do Sr. relator.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão recorrida para julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269141.0008/03-9, lavrado contra **AMORIM DE CASTRO & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.432,69**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, mais as multas de **R\$4.998,82** e de **R\$180,00**, respectivamente, previstas no art. 42, IX, XI, e XX, “b” do mesmo Diploma Legal.

VOTOS VENCEDORES QUANTO AO ITEM 4: Conselheiros - José Carlos Barros Rodeiro, Tolstoi Seara Nolasco, José Raimundo Ferreira dos Santos.

VOTOS VENCIDOS QUANTO AO ITEM 4: Conselheiros - César Augusto da Silva Fonseca, Fauze Midlej e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR/VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

TOLSTOI SEARA NOLASCO – VOTO VENCEDOR – INFRAÇÃO 4

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPRES. PGE/PROFIS