

PROCESSO	- A. I. Nº 284119.0006/11-0
RECORRENTE	- SELEÇÃO DE MARCAS COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0020-05/12
ORIGEM	- INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET	- 02/01/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0422-11/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DO CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Razões de defesa insuficientes para elidir a penalidade. Rejeitado o pedido de redução ou cancelamento da multa. Infração comprovada; **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS, SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO, NÃO REGISTRADAS NA ESCRITA FISCAL. MULTA. A suposta contabilização das notas fiscais não elide a exigência da penalidade por falta de registro na escrita fiscal. Exigência comprovada. 2. FALTA DE ENTREGA. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS, NO PRAZO PREVISTO. Exigência comprovada. Razões de defesa não elidem a exigência fiscal. Infração comprovada. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0020-05/12), que concluiu pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado em 19/09/2011, sendo alvo do apelo as infrações 1, 2 e 8, a seguir transcritas:

INFRAÇÃO 1 – Multa no valor de R\$ 87.561,97, correspondente a 2% do valor da operação, por ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, inerente aos exercícios de 2006 a 2009;

INFRAÇÃO 2 – Multa no valor de R\$ 50.028,90, correspondente a 10% do valor das mercadorias, sujeitas à tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2006 e 2007;

INFRAÇÃO 8 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 298.522,15, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos exercícios de 2006 a 2009;

INFRAÇÃO 10 – Multa no valor de R\$ 1.380,00, pela falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED).

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir imposto decorrente de dez infrações imputadas ao sujeito passivo, sendo reconhecidas integralmente as exigências 3, 4, 5, 6, 7, e 9, e parcialmente, no valor de R\$ 252.799,06, a infração 8, cujo montante de R\$ 308.678,00 foi objeto de parcelamento, consoante extrato às fls.

491 a 494 dos autos. Em consequência, impugnou as infrações 1, 2, 8 (em parte) e 10 do lançamento de ofício, as quais se restringem a análise da lide.

Inicialmente, nos termos previstos no art. 147, incisos I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido para realização de diligência, pois considero suficientes para a formação da convicção deste colegiado os elementos contidos nos autos, como também por inexistirem os alegados “relatórios elaborados pelo autuado, os quais não deixam dúvida quanto à improcedência das parcelas impugnadas”.

No mérito, quanto à primeira infração, a qual exige a multa no total de R\$ 87.561,97, correspondente a 2% do valor da operação, por ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, conforme previsto no art. 238 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, e demonstrado às fls. 42 a 65 dos autos, o defendant não logra êxito em elidir a imposição da penalidade, ao argumentar que “...a Infração impugnada é decorrente da opção de emissão de nota fiscal por se tratar de operações em garantia e em outras situações para dar trânsito as mercadorias...”, pois, consoante o citado dispositivo legal, o contribuinte obrigado a emitir o cupom fiscal nas operações destinadas a não contribuinte do ICMS só poderá emitir a nota fiscal de venda a consumidor, modelo 2, quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), em decorrência de sinistro ou razões técnicas, ou quando houver solicitação do adquirente dos bens, hipótese em que a 1ª via do cupom fiscal emitido deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF, fatos estes não demonstrados e nem sequer citados pelo defendant.

Portanto, restou comprovada a deliberação do contribuinte em promover a emissão de notas fiscais “D-1” em substituição a emissão de cupom fiscal a que estava obrigado, se sujeitando a penalidade específica ao descumprimento da obrigação tributária acessória, ora sob análise, razão do não acolhimento do pedido de cancelamento ou redução da multa, conforme previsto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, por não ficar comprovado que tal atitude não implicou na falta de recolhimento do imposto, haja vista a necessidade do cumprimento desta obrigação acessória para o devido acompanhamento e controle fiscal por parte da Secretaria da Fazenda, quando da auditoria fiscal realizada. Exigência subsistente.

Inerente à segunda infração, a qual exige a multa de R\$ 50.028,90, correspondente a 10% do valor das mercadorias, sujeitas à tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, alega o defendant em seu favor que tais notas fiscais, objeto desta Infração, embora não lançadas na escrita fiscal, foram todas lançadas na escrita contábil. Contudo, tal alegação é incapaz de elidir a acusação fiscal, cuja penalidade, prevista no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, reporta-se ao documento fiscal não registrado na escrita fiscal. O fato de o contribuinte supostamente ter escrutinado o documento fiscal na escrita contábil, conforme alega o autuado, apenas elidiria a exigência de imposto, por presunção legal, previsto no art. 4º, § 4º, da citada Lei nº 7.014/96, o que não se coaduna com a infração, sob análise. Exigência subsistente.

Em relação à parte da oitava infração, a qual exige o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 298.522,15, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, o defendant entende que não se configura totalmente considerando que no ano base de 2007 houve incidência de ICMS normal em quantia superior a R\$ 45.723,09, devendo, portanto, aplicar o disposto no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Suponho que o contribuinte se refere ao previsto no art. 42, § 1º, da Lei nº 7.014/96, o qual estabelece que “No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”.

Contudo, há de se esclarecer que a exigência da antecipação parcial do ICMS, com vigência a partir de 1/03/2004, foi estabelecida por meio da Lei nº. 8.967/03, a qual acrescentou o art. 12-A na Lei nº. 7.014/96. Tal dispositivo legal em nenhum momento fixou a penalidade prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº. 7.014/96. Esta interpretação decorre do aplicador da lei e não do legislador.

A aplicação da multa é de competência do órgão julgador, sendo apenas, nos termos previsto no art. 142 do CTN, proposta no Auto de Infração pelo autuante, através de percentual e enquadramento da multa aplicada. No caso concreto, por não haver previsão de multa específica para a falta de antecipação parcial, no período anterior a novembro de 2007, como no caso concreto, deve-se aplicar a multa de 60%, capitulada na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, prevista para todo e qualquer caso em que se configure infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42, que importe descumprimento de obrigação tributária principal, caso não haja dolo.

O fato de, posteriormente, a legislação baiana expressamente ter incluído tal infração (falta de recolhimento do ICMS devido em razão da antecipação parcial) no rol das infrações elencadas na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme alteração dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, (efeitos a partir de 28/11/07), em nada altera a aplicação da alínea “f” do dispositivo legal para os fatos anteriores, pois a adequação

normativa em nada altera o percentual da multa antes aplicada, inexistindo qualquer benefício ou prejuízo ao contribuinte.

Assim, diante de tais considerações, a alegação do apelante de que “no ano base de 2007 houve incidência de ICMS normal em quantia superior a R\$ 45.723,09, devendo, portanto, aplicar o disposto no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96”, só poderia ser apreciada quanto ao mês de dezembro/07, haja vista a vigência da alteração da Lei, e mesmo assim caso ficasse comprovado o recolhimento do imposto na operação de saída posterior daquelas mercadorias, o que não ocorreu. Exigência subsistente.

Por fim, quanto à décima infração, a qual exige a multa de R\$ 1.380,00 pela falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, é descabida a alegação do autuado de que é absorvida pela penalidade aplicada na infração 9, face ao seu reconhecimento. Trata-se de descumprimento de obrigações tributárias acessórias diversas, em momentos díspares, visto que a nona infração decorre da não apresentação pelo autuado dos livros e documentos fiscais, apesar de devidamente intimado, quando da ação fiscal. Já a penalidade exigida na décima infração é em razão da falta de entrega de arquivo magnético, no prazo previsto na legislação. Exigência subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo homologar-se os valores recolhidos”.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 514/526, pugnando, inicialmente, pela observância do princípio da verdade material e, no mérito, requerendo a improcedência de parte da exigência, nos seguintes termos:

Infração 1 - aduz que trabalha com produtos sujeitos a garantia e que, em virtude disso, *"emitiu, por equívoco de boa-fé, nota fiscal, portanto, o imposto efetivamente foi pago na exata medida em que exige a lei"*. Assevera que todas as notas emitidas foram apresentadas ao fisco, registradas nos livros fiscais e oferecidas a tributação, o que pode ser comprovado por diligência a ser realizada por fiscal estranho ao feito.

Infração 2 - afirma que esta acusação não se configura.

Infração 8 - aduz que, no ano de 2007, houve a incidência do ICMS normal em quantia superior a R\$ 45.723,09, devendo, portanto, ser aplicado o art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96.

Infração 10 - diz que a penalidade da infração 9 absorve a da infração 10.

Atribui o ônus da prova à Fazenda Pública, discorre sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e pede a aplicação do art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, pugnando, ao final, pelo provimento do apelo.

VOTO

O pedido de revisão fiscal formulado pelo sujeito passivo, em seu Recurso voluntário, tem o objetivo de *"aferir se efetivamente o ICMS foi pago na exata medida em que exige a lei"*. Como se vê, o pleito é totalmente genérico, não indicando qualquer equívoco no trabalho realizado pelo auditor fiscal, o que desautoriza a realização da diligência solicitada, seja pela inexistência de controvérsia real acerca de determinada questão ou fato, seja porque a documentação que instrui a autuação é satisfatória à comprovação da acusação (art. 18, I, "a", do RPAF/99).

Quanto ao mérito, o recorrente limita-se a negar o cometimento das infrações impugnadas, sem apontar, de modo específico, erros cometidos pelo preposto fiscal ou apresentar provas que infirmasse a exigência contida nesta autuação, devendo incidir, na espécie a regra do art. 143, do RPAF/99, segundo o qual *"A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal"*.

Com relação à infração 8, adoto, como fundamento, as razões expostas pela Junta de Julgamento Fiscal, na Decisão impugnada, acerca do art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, não merecendo, no particular, provimento o Recurso ofertado pelo contribuinte.

Por derradeiro, o recorrente descurou-se do seu ônus de comprovar o atendimento aos requisitos previstos no art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, sobretudo quanto ao fato de que sua conduta não gerou

falta de recolhimento de ICMS. Assim, o pleito de redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigação acessória não pode ser acolhido.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado para homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 284119.0006/11-0, lavrado contra **SELEÇÃO DE MARCAS COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$353.661,09, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “d”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias, no total de R\$139.710,87, previstas no art. 42, incisos IX, XIII-A, alíneas “h” e “j”, XVIII, “c” e XX, da citada lei, com os acréscimos moratórios, conforme previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS