

PROCESSO - A. I. Nº 298950.0003/12-2
RECORRENTE - DISMAPIS DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS DE PISCINAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0291-04/13
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 03/07/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0152-12/14

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DO CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração procedente, haja vista que não foram cumpridas as normas que regem a matéria. Item subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta corrente fiscal, cabe a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto – Outros créditos” do Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento; constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher. Infração comprovada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 29/12/2013 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/09/2012, com o objetivo de exigir crédito tributário, no valor histórico de R\$ 105.421,21 (cento e cinco mil, quatrocentos e vinte e um reais e vinte e um centavos), referente aos exercícios de 2008, 2009 e jan/2010, em decorrência do cometimento de 08 (infrações).

O Autuado reconheceu a procedência das infrações 2, 3, 4, 5 e 7, realizando o pedido de parcelamento as fls. 1112 a 1125, exceto no tocante as infrações 1, 6 e 8, contra as quais apresentou impugnação.

A 4ª. JJF julgou parcialmente procedente o auto de infração para julgar insubsistente a Infração 1, mantendo na integralidade as Infrações 6 e 8, contra as quais o Recorrente se insurge em sede de Recurso Voluntário:

INFRAÇÃO 06 – *Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Multa no valor de R\$27.355,18.*

INFRAÇÃO 08 – *Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$17.100,75 e multa de 50%.*

Após a apresentação da defesa (fls. 415/422) e da correspondente informação fiscal (fl. 1087/1089), a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 4ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Parcialmente Procedente o Auto de Infração, o que fez nos seguintes

termos:

VOTO

De início constato que o Auto de Infração encontra-se perfeito e apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, mormente quando o autuante para efetuar o presente lançamento obedeceu aos ditames do art. 39 do RPAF/99.

No mérito, o sujeito passivo contesta as infrações 01, 06 e 08, sendo que as demais por não serem alvo de controvérsia ficam mantidas.

Com relação à infração 01, (...)

(...)

Na infração 06, relativa à multa de 2% prevista no art.42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, o contribuinte emitiu documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

A sociedade empresária, por meio de sua defesa tenta justificar o não uso do ECF – alegando que teria emitido nota fiscal de venda a consumidor, modelo 2, e recolhido o ICMS correspondente.

Contudo, verifico que a sociedade empresária não observou o disposto no §§ 1º e 2 do Art. 238 do RICMS/BA, que transcrevo:

Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:

I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;

II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens.

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, 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.

§ 2º Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação.

Assim, face à não observância do dispositivo regulamentar, mantenho a multa aplicada. Procedente a infração.

Quanto à infração 08, esta decorreu de notas fiscais constante no CFAMT – Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito, conforme demonstrativo de fls. 51 a 53.

A tese defensiva nega o cometimento da infração, sob o pressuposto de que teria recolhido o ICMS antecipação parcial quando das saídas das mercadorias, sob o regime normal de apuração do imposto. Contudo, as notas fiscais, objeto desta infração são as mesmas da infração 07, que inclusive fora reconhecida, com base na falta de registro no competente livro fiscal.

Ademais, o sujeito passivo não trouxe a comprovação de que houve o pagamento do ICMS exigido nesta infração. Desse modo, aplico o art. 143 do RPAF/99: “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.” e o art. 141 do mesmo diploma legal: “Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos deverá provar a alegação.”

Saliento que em consonância com o entendimento já consagrado em decisões reiteradas deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos de CJF nºs 0157-12/11 e 0203-12/11, de que, a fatos geradores atinentes a Antecipação Parcial, ocorridos a partir de 28/11/2007, deve ser aplicada a multa de 60%, expressamente estatuída pelo art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96

Portanto, de ofício, adequo a multa atinente à falta de recolhimento da antecipação parcial, para o percentual de 60%, com a aplicação do art. 42, inc. II, alínea “d”, relativamente aos fatos geradores posteriores à edição da Lei nº 10.847/07.

Ressalto que, não obstante o agravamento da multa ora proposto, o artigo 159 do RPAF/99, faculta ao sujeito passivo a interposição de Recurso à Câmara Superior deste Conselho de Fazenda, visando a dispensa ou redução da multa aplicada, ao apelo da equidade.

Fica mantida a infração.

Voto pela PROCEDENCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 4ª JF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora Recorrida:

- i. No que se refere à Infração 6 constata a inobservância do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 238 do RICMS/BA, mantendo a multa aplicada, portanto, subsistente a infração.
- ii. No que tange a infração 8 o julgador observa que as notas fiscais, objeto desta infração, são as mesmas da infração 7 (reconhecida pelo recorrente em sede de defesa), razão pela qual se não houve a devida escrituração, não houve a antecipação parcial devida, e sequer o recolhimento normal na saída, como aduz o contribuinte. Ademais, julga insuficientes as alegações do sujeito passivo para comprovação do pagamento exigido no presente item, aplicando os arts. 141 e 143 do RPAF/99.
- iii. Ressalta ainda que, consoante jurisprudência deste CONSEF e determinação do art. 42, inciso II, alínea d da Lei nº 7014/96, a fatos geradores atinentes a antecipação parcial, ocorridos a partir de 28/11/2007, deve ser aplicada a multa de 60%. Diante disso, adequa de ofício, a multa correspondente a falta de recolhimento da antecipação parcial, para o percentual aludido/determinado, agravando a sanção. Mantém a infração.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 1146/1151), em que basicamente reitera todos os termos aduzidos em sede de impugnação.

- I. Alega inexistência das obrigações tributárias referentes às infrações 01 (*que sequer é objeto de recurso*) e 08 devido a inocorrência do fato gerador, já que recolheu o imposto pelo regime normal, bem como que a exigência do estorno do crédito correspondente as entradas (*infrações por ele reconhecidas e recolhidas*), no máximo poderia ser penalizado pelo descumprimento da legislação (emitiu as notas fiscais em formulário modelo 2 – venda a consumidor, prevista sua utilização na legislação estadual – conv. SINIEF);
- II. Ademais, argui a impossibilidade de retroatividade da lei que prejudique o sujeito passivo, não cabendo, pois, a aplicação da multa de 60%, inclusive com relação ao item 08, não se utilizando o d. julgador, pois, da razoabilidade;
- III. Nega a ocorrência da infração 06, uma vez que procedeu conforme os arts. 192, 202, § 1º 238 todos do RICMS/97.
- IV. Requer ao final, sejam declarados improcedentes os itens 6 e 8, acaso assim discordar esse E. Câmara, seja relevada a multa por descumprimento de obrigação acessória, pois irrazoável.

Em parecer, a PGE/PROFIS verificou a tipificação e alicerce de todas as infrações subsistentes, embasadas na legislação tributária estadual e nos demonstrativos e documentos fiscais de fls. 08/226, bem como o respeito do lançamento aos requisitos do art. 39 do RPAF/99. Ademais julgou plenamente adequada ao fato impositivo a aplicação da multa fixada pela Junta. Entende a atitude do contribuinte em desacordo com o art. 238, §§ 1º e 2º do RICMS/BA, razão pela qual entende que a tese defensiva quanto a infração 06 carece de respaldo legal, vez que as mercadorias são as mesmas constantes no item 07 (falta de escrituração), reconhecido expressamente pelo Recorrente. Ademais, julga insuficiente as provas materiais colacionadas nos autos, incapazes, portanto, de modificar a decisão recorrida. Opina pelo conhecimento e IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 4ª JF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 29/12/2013 que julgou, por unanimidade, PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/09/2012, mantendo na integralidade as Infrações 06 e 08, contra as quais o Recorrente se insurge em sede de Recurso Voluntário.

Da análise das razões recursais, verifico que o Recorrente em nada inova em sede recursal, outrossim, apresenta um conjunto de alegações muitas vezes desordenadas e desconexas.

No que se refere à Infração 6, relativa à multa de 2% prevista no art.42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, o contribuinte emitiu documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

O recorrente ao invés de emitir documento fiscal via ECF a que está obrigado nos termos do art. 238 do RICMS/97, emitiu tão somente Nota Fiscal de Venda a Consumidor Modelo 2.

Para justificar tal procedimento, alega que o art. 238 do RICMS/97/BA permite que ele utilize quaisquer dos documentos.

Ora, claramente confunde os conceitos de simultaneidade e alternatividade.

A legislação é absolutamente clara ao se exigir a emissão do documento fiscal via ECF (inc. I do art. 238) e, quando solicitado pelo adquirente, a emissão simultânea da Nota Fiscal de Venda a Consumidor, Modelo 2 (inc. II, art. 238).

Continuando a leitura do referido artigo, o seu §1º. dispõe que *nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, 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.*

Ora, da interpretação do referido dispositivo legal a outra conclusão não se pode chegar senão a de que, quando solicitado pelo adquirente, o contribuinte poderá emitir Nota Fiscal de Venda Modelo 2 concomitantemente ao documento fiscal via ECF, tanto é assim que o §1º determina a vinculação entre eles.

A única hipótese de dispensa da emissão do cupom fiscal via ECF está prevista no §2º. do referido artigo, em razão de sinistro ou problemas técnicos comprovados, o que não foi o caso.

Assim, não vejo a menor lógica fática ou jurídica na tese repetidamente sustentada pelo Recorrente, que vai de absoluto encontro ao claro texto normativo.

Outrossim, mesmo que de forma genérica requer seja “relevada” a multa aplicada na Infração 06.

O cancelamento ou redução de multa por descumprimento de obrigação acessória tem por fundamento o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que prevê tais medidas se ficar provado que a infração foi praticada sem dolo, fraude e simulação e que não implicou falta de pagamento de tributo. Esse dispositivo contém dois requisitos para que se possa reduzir ou cancelar a multa.

Um desses requisitos é que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação. Como nestes autos sequer foi ventilada a existência de tais práticas, concluo que está satisfeito este requisito legal.

Entretanto, entendo não restar satisfeito o segundo requisito. Da análise do presente processo, verifico que dentre as Infrações lançadas constam a imputação da falta de recolhimento de tributo no mesmo período em que praticou a Infração 6, razão pela qual não há como se chegar a conclusão de que a Infração cometida não tenha ocasionado a falta de recolhimento do imposto estadual. Entendo que deveria o Recorrente ter demonstrado a satisfação dos requisitos do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Assim, em razão do exposto, entendo restar subsistente a Infração 6.

Quanto à infração 8, igualmente entendo carecer de fundamento o apelo recursal.

A Infração decorreu da captura de notas fiscais constante no CFAMT – Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito, conforme demonstrativo de fls. 51 a 53, não registradas na escrita fiscal.

Em razão disso, sofreu o lançamento da Infração 7 (multa pela falta de escrituração) e da Infração 08 pela falta de pagamento da antecipação parcial do imposto referente às mesmas

mercadorias.

A tese defensiva nega o cometimento da infração, sob o pressuposto de que teria recolhido o ICMS antecipação parcial quando das saídas das mercadorias, sob o regime normal de apuração do imposto.

Veja que esta foi a mesma tese aduzida quanto à Infração 1, acolhida pelo autuante e pela junta, diante da prova contundente de que todas as saídas dos produtos exigidos na referida Infração se deu sob o regime normal de tributação. Assim, em atenção ao princípio da verdade material, as razões de impugnação foram acatadas.

Contudo, a Infração 8 reporta a situação diversa, uma vez que as notas fiscais, objeto desta infração são as mesmas da infração 7, que inclusive fora reconhecida, com base na falta de registro no competente livro fiscal.

Outrossim, quanto à alegação da procuradora da Recorrente em sessão de julgamento, de que as Infrações 7 e 8 consistiriam em *bis in idem* carece de fundamento legal. Verifico que as Infrações, embora embasadas nos mesmos produtos, se referem a fatos diversos, a Infração 7 puniu a falta de escrituração das mercadorias (multa por descumprimento de obrigação acessória), e a Infração 8 exige ICMS devido por antecipação parcial (obrigação principal).

Ademais, o sujeito passivo não trouxe a comprovação de que houve o pagamento do ICMS exigido nesta infração, seja em defesa ou recurso.

Desta feita, entendo restar aplicáveis os arts. 141 e 143 do RPAF/99.

Outrossim, quanto à adequação de ofício da multa aplicada, entendo assistir razão à JJF.

Ao contrário do aduzido pelo Recorrente, não se trata de retroatividade maligna da legislação, uma vez que a multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96 é aplicável relativamente aos fatos geradores posteriores à edição da Lei nº 10.847/07.

Verificando que os fatos geradores reportam aos anos de 2008 e 2009, entendo restar correta a adequação.

Assim, entendo restar subsistente, também, a Infração 08, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298950.0003/12-2**, lavrado contra **DISMAPIS DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS DE PISCINAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.017,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$43.442,86**, prevista nos incisos XIII-A, “h” e IX, do mesmo diploma legal citado, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2014.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS