

A. I. Nº - 207185.0005/14-0
AUTUADO - ITABUNA CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 22/10/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0228-03/14

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. NÃO ESCRITURADO NOS LIVROS PRÓPRIOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado não traz aos autos prova de quitação do ICMS. Infração subsistente. **3.** ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). Infração caracterizada. **4.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL DIFERENTE DO EXIGIDO EM LEI. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa de 2% sobre o valor da operação. Infração subsistente. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Fato não comprovado nos autos. Infração descaracterizada. Rejeitada preliminar de nulidade arguida. Não acatado pedido de redução de multas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/05/2014, exige crédito tributário no valor de R\$111.062,78, em razão das seguintes irregularidades:

- 1- 02.01.02- deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros próprios, conforme declarado em DMAs mensais relativos a débitos de ICMS normal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, no valor de R\$27.158,73 acrescido da multa de 100%;
- 2 – 07.01.01. falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, no valor de R\$74.400,34, acrescido da multa de 60%;
- 3 – 16.03.01. deixou de apresentar documento fiscal quando regularmente intimado em 11/03.14 e não apresentou livros e documentos até 18.03.14, sendo aplicada multa fixa de R\$460,00;

4 – 16.14.03. deixou de atender intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD na forma e nos prazos previstos na legislação tributária. Não enviou os arquivos nos prazos regulamentares nem apresentou após intimações em 11.03 e 18.03.2014 sendo aplicada multa de 1% sobre o total das saídas no montante de R\$8.366,40;

5 – 16.03.09. utilização indevida da nota fiscal modelo 1 ou 1-A em substituição a nota fiscal eletrônica. Utilização de NFVC em lugar da emissão de cupom fiscal – ECF, nos meses de janeiro a outubro de 2013. Multa de 2% sobre valores das operações em cada mês no total de R\$677,31.

O autuado impugna o lançamento fls.51/71. Diz que o Agente Fiscal, para fundamentar a presente autuação, não traz demonstração precisa dos cálculos, para se verificar como ele chegou ao valor cobrado e com isso a empresa se defender melhor. Aduz que tais fatos consubstanciam insegurança na determinação da infração e ofende o princípio da ampla defesa e contraditório, trazendo nulidade absoluta ao presente lançamento. Afirma que a ausência de demonstrativos próprios prejudica a interpretação do resultado do trabalho fiscal e acaba por caracterizar insegurança que leva ao cerceamento de defesa do contribuinte.

Prossegue afirmando que não basta ao polo ativo da relação tributária mencionar a irregularidade, para imputar ao contribuinte o pagamento de tributo e penalidades. É imprescindível que a prática da mesma fique comprovada e que haja exposição clara do dispositivo legal infringido e dos cálculos que ditam o valor da exigência. Sobre o tema transcreve decisões de outros Conselhos Administrativos de Recursos Fiscais.

Sobre a infração 01, diz que os valores foram declarados nas DMAs mensais, logo, já foram constituídos, sendo os mesmos parcelados através do PAF nº. 850000.1035/14-8, cujo extrato anexa. Conclui que estando esses valores já declarados, parcelados e sendo pagos, descabe por completo a exigência novamente dos valores através do presente auto de infração, sob pena de duplicidade de exigência. Diz que deve ser cancelada a exigência da infração 01.

No que tange a infração 02, afirma não ter sido devidamente comprovada. Aduz que a própria legislação determina que o dever de prova é do fisco, não bastando somente lançar sem o esteio da comprovação. Entende que cabe a autoridade administrativa a prova da veracidade dos fatos alegados e que sendo a acusação tributária uma presunção relativa, cabe ao fisco o ônus da prova. Diz que a administração fiscal deve velar pela legalidade do procedimento administrativo do lançamento, e, em consequência devem ser trazidos aos autos provas precisas, para fundamentar suas propostas perante o órgão decisório, sob pena de submeter o contribuinte a graves injustiças. Sobre a matéria transcreve ensinamentos de Aliomar Baleeiro e decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, órgão julgador em segunda instância administrativa. Entende que tendo em vista a ausência de prova robusta, este item da autuação deve ser cancelado.

A respeito da infração 03, assevera que não fez qualquer embaraço à fiscalização, descabendo a multa aplicada, vez que apresentou todos os documentos solicitados, tanto que toda a autuação foi feita com base em documentos da própria empresa. Assim, diz que descaberia a multa, pois não houve qualquer embaraço a fiscalização.

Relativamente à infração 04, afirma que pela própria descrição do agente fiscal, o fato punido seria a falta de envio dos arquivos EFD nos prazos regulamentares. Contudo, isso não ocorreu, vez que enviou os arquivos EFD nos prazos certos, embora por erro de sistema, foram com valores zerados, conforme recibos em anexo. Diz que embora em momento algum o agente fiscal tenha solicitado, esses arquivos foram entregues, conforme comprovante de protocolo que anexa.

Registra que ao perceber o equívoco dos arquivos EFD, a empresa requereu permissão para retificação e reenvio dos Arquivos da Escrituração Fiscal Digital – EFD do período de Janeiro a Dezembro de 2013 (cópia anexa), contudo, inexplicavelmente, foi negado pela agente fiscal.

Diz que mesmo que tivesse ocorrido a falta de envio dos arquivos EFD, como alegado, descaberia a multa aplicada, nos termos do § 5º, do artigo 42, da Lei 7014/1996, que reproduz.

Entende que a multa pela suposta falta de envio de arquivos EFD, ou seja, por descumprimento de obrigação acessória, deve ser absorvida pela multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, que seria a suposta falta de recolhimento de ICMS, vez que esta seria consequência direta do não cumprimento da obrigação acessória.

Afirma que deve ser cancelada essa multa aplicada e na remota hipótese de não cancelamento total da penalidade pelo não envio de arquivos EFD, o que coloca como suposição, a multa deveria ser apenas de R\$1.380,00, vez que é a penalidade existente pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, conforme art. 42, inciso XII-A, alínea L, da Lei 7014/96.

Diz que descabe a aplicação cumulativa de 1% das saídas, primeiro porque o agente fiscal não intimou a empresa para apresenta-los, mas apenas para apresentar o Sintegra, e segundo, porque mesmo não solicitando, os arquivos EFD enviados foram entregues ao agente fiscal, conforme comprovante de protocolo que diz anexar.

No que tange a infração 05, frisa que as pouquíssimas vezes que utilizou de notas fiscais modelo 1 ou 1-A tem justificativa. Explica que isso ocorreu em razão de problemas no sistema, que impediram a impugnante de emitir o documento eletrônico, tendo que se socorrer da nota fiscal modelo 1 para atender o cliente que exigia a emissão imediata do documento fiscal.

Menciona que o agente fiscal, em momento algum, no curso da ação fiscal pediu explicação sobre o motivo dessa emissão de notas fiscais, o que seria obrigatório antes de aplicar a multa alegando ausência de justificativa plausível, assim, deve ser cancelada a multa aplicada.

Por fim, diz que não sendo cancelado todo o lançamento, o que sempre é colocado como suposição, pelo menos a multa aplicada deve ser reduzida, vez que abusiva e inconstitucional. Aduz que conforme se verifica na autuação, no lançamento são aplicadas multas de 60% e 100% do valor do imposto, quase dobrando o valor do tributo devido, não tendo sustentação jurídica válida, mas tão somente como causa, tornar o lançamento mais cheio, robusto e, desta forma confiscar o patrimônio do recorrente. Frisa que a multa não pode ter caráter confiscatório, conforme estabelece nosso ordenamento jurídico. Sobre o confisco reproduz lições do jurista Sacha Calmon. Invoca entendimento do STF sobre a matéria. Alega que o cunho confiscatório da multa aplicada ressalta, quando estiver em dissonância com a razoabilidade, vale dizer, quanto o próprio acessório representar valor que exorbite ao valor do principal. Diz que não sendo cancelado o auto em sua totalidade, pelo menos a multa deve ser reduzida para no máximo 20% (vinte por cento) do valor do tributo.

Requer a procedência total da impugnação e cancelamento do lançamento fiscal.

O autuante produz a informação fiscal fls.94/96. A respeito da infração 01, em que o autuado alega “insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa”, diz que tal alegação não se sustenta por razões óbvias, conforme detalha:

a) informa que além das cópias de demonstrativos anexos ao Auto, que foram entregues ao contribuinte junto com o mesmo, consta a descrição das infrações no campo “descrição dos fatos” do próprio Auto e comprovante de “ciência”, conforme “A.R.” à fl. 49, do PAF. Ressalta que os valores referentes ao débito de ICMS normal apurado na infração 01, foram declarados pelo próprio contribuinte, nas respectivas DMAS mensais, conforme cópias anexas ao Auto, fls. 32/43;

b) afirma que o contribuinte confirma e reconhece os débitos apontados, a partir da alegação de ter ingressado com pedido de parcelamento, de valor igual, cuja primeira prestação foi paga em 16/06/2014 (data em que tomou ciência do Auto), conforme documentos à fl. 49 (recibo de A.R.) e fl.88, juntado pelo próprio contribuinte em sua defesa;

c) - em relação à infração 02, diz que os documentos (DANFES - Notas Fiscais eletrônicas), oriundas de fornecedores de outras UF's, que serviram de base para cálculo do ICMS devido por substituição – antecipação tributária, foram fornecidos pelo próprio contribuinte no curso da ação fiscal. Ressalta que o contribuinte elaborou planilha mensal de cálculo dos débitos referente à substituição tributária, onde consta justamente a documentação fornecida para fiscalização, mas não efetuou registros escriturais, nem procedeu aos recolhimentos;

d) - em relação à infração 03, diz que as intimações expedidas em 11/03/2014 e 18/03/2014, além dos Termos de Início de Fiscalização e Termo de Ocorrência, comprovam os fatos descritos. Menciona que próprio contribuinte juntou cópia de Termo de Apresentação de Livros e/ou Documentos Fiscais, entregues no protocolo da INFAZ/Itabuna, somente em 20/03/2014, portanto, após as duas Intimações;

e) - em relação à infração 05, menciona que o contribuinte não apresentou no curso da ação fiscal, nem juntou à defesa, nenhum documento que comprove a ocorrência de interrupções ou defeitos no ECF do estabelecimento, que justificassem o uso indevido de NFVC, as quais foram também apresentadas pelo contribuinte no curso da ação fiscal. Aduz que nas intimações expedidas foram solicitados “Atestados de Intervenção em ECF”, mas nada foi apresentado pelo contribuinte;

f) - Em relação à infração 04, argumenta que a multa aplicada, tem respaldo no art. 42, inciso XIII-A, alínea “L”, da Lei nº 7014/96 e art. 106 e art. 112 do CTN e decorre do fato de o contribuinte não ter enviado os arquivos EFD nos prazos regulamentares, nem ter apresentado os mesmos, no prazo de cinco dias após duas intimações em 11/03 e 18/03/2014. Aduz que o autuado não comprovou o envio dos arquivos corretamente, nem mesmo na defesa. Diz que o próprio contribuinte reconhece as irregularidades apontadas, visto que logo após a primeira intimação em 11/03/2014, ingressou intempestivamente, com pedido de prazo para regularização, conforme Processo nº 04554520143, o qual foi indeferido e cientificado ao contribuinte em 10/04/2014.

Conclui que o contribuinte tinha pleno conhecimento dos fatos e documentos que respaldaram a autuação, não cabendo alegação de suposto cerceamento da defesa. Diz que se deve considerar ainda que, o fato de o contribuinte deixar de apresentar sua escrituração fiscal em meio eletrônico (EFD), a qual, também não foi apresentada no curso da ação fiscal, nem comprovada a regularização na defesa, caracteriza tentativa de obstruir a ação do fisco, além de dificultar a apuração dos débitos, que obviamente, já conhecia.

Quanto às razões de mérito alinha os seguintes argumentos em contraposição às alegações defensivas:

1. sobre as infrações 01 e 02, que o autuado alega que não foram devidamente comprovadas;

a) – diz que os dados de débitos lançados na infração 01 foram declarados pelo próprio contribuinte nas DMAS de janeiro a dezembro/2013, conforme consta dos anexos, fls. 32 a 43 do PAF. Conclui que o contribuinte reconhece os débitos apontados, haja vista que ingressou intempestivamente com pedido de parcelamento do débito, cuja primeira prestação somente foi paga em 16/06/2014 (o Auto foi lavrado em 26/05/2014 e a ciência ocorreu via A.R. em 16/06/2014). Diz que não se caracteriza uma “cobrança em duplicidade”, haja vista que, o Pedido de parcelamento, somente se concretizou após as duas intimações, início da ação fiscal e lavratura do Auto;

b) - em relação aos débitos apurados na infração 02, as notas fiscais (DANFES) oriundas de outras UF's, foram fornecidas pelo próprio contribuinte no curso da ação fiscal, não cabendo a alegação de desconhecer os débitos;

2. em relação à infração 03, diz que as intimações expedidas em 11/03/2014 e 18/03/2014, além dos Termos de Início de Fiscalização e Termo de Ocorrência, comprovam os fatos descritos. Aduz que o próprio contribuinte juntou cópia de Termo de Apresentação de Livros e/ou Documentos

Fiscais, entregues no protocolo da INFAZ/Itabuna, somente em 20/03/2014, portanto, após as duas intimações.

3. – em relação à infração 05, as NFVC que embasaram o cálculo da multa de 2%, foram fornecidas pelo contribuinte, junto à documentação entregue para exame. Ressalta que, nem no curso da ação fiscal, nem na defesa, o contribuinte comprovou ocorrência de incidentes com o ECF, que justificassem uso alternativo de NFVC.

4 – em relação à infração 04, observa que o próprio contribuinte reconhece que não enviou os arquivos EFD nos prazos regulamentares, nem comprovou envio nos prazos das duas intimações recebidas em 11/03 e 18/03/2014. Salienta que sua tentativa de regularizar a escrituração, com pedido intempestivo de prazo através o Processo nº 04554520143, resultou no indeferimento do mesmo (fl.72, do PAF). Registra que ainda que o autuado enviasse a *posteriori*, os arquivos “zerados” como alega na defesa, caracterizaria envio de arquivos em desacordo com as normas regulamentares, que equivale ao não envio, sendo a penalidade equivalente.

No que tange às alegações de abusividade das multas aplicadas, afirma que não cabe discutir o tema no âmbito do CONSEF, por fugir à sua competência.

Opina pela manutenção das exigências contidas no Auto, em toda sua extensão.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em decorrência de 05 (cinco) infrações devidamente relatadas.

O defendente afirmou que a presente autuação, não traz demonstração precisa dos cálculos para se chegar ao valor cobrado e a ausência de demonstrativos acaba por caracterizar insegurança que leva ao cerceamento de defesa do contribuinte.

Compulsando os autos constato que os demonstrativos relacionados a todos os itens do auto de infração, constam deste processo, conforme pode se verificar às fls.12 a 28 do PAF e que foram entregues ao autuado via postal conforme recibo do “A.R.” à fl. 49. Observo que o autuado tomou conhecimento e entendeu as infrações que lhe foram imputadas conforme se depreende dos termos de sua impugnação que faz referências e contesta de forma detalhada todas as infrações.

Não acolho, portanto a preliminar de nulidade arguida pelo autuado considerando que sua alegação contraria os fatos contidos nos autos.

Verifico que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, a infração 01 refere-se à falta de recolhimento nos prazos regulamentares do ICMS normal, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, declarado em DMAs cópias fls. 31/45, conforme demonstrativo do resumo conta corrente fl. 12.

Nas razões de defesa, o autuado alegou que os valores cobrados nesta infração foram declarados nas DMAs, portanto foram constituídos, sendo os mesmos parcelados através do PAF nº. 850000.1035/14-8. Arguiu ainda, que descabe a exigência novamente dos valores através do presente auto de infração, sob pena de duplicidade da cobrança.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que o contribuinte reconheceu os débitos apontados, haja vista que ingressou intempestivamente com pedido de parcelamento do débito, cuja primeira prestação somente foi paga em 16/06/2014, portanto pedido de parcelamento, somente se concretizou, após as duas intimações, o início da ação fiscal e a lavratura do Auto de Infração.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que o sujeito passivo foi intimado para disponibilizar livros e documentos fiscais em 11.03.2014, data em que teve início a ação fiscal nos termos do inciso III do art. 26 do RPAF/99, excluindo a possibilidade de denúncia espontânea por parte do autuado. Desta forma, inexistente duplicidade de cobrança conforme alega a defesa, visto que o pedido de parcelamento somente ocorreu em 13.06.2014, quando o autuado já se encontrava sob ação fiscal.

Saliento que os valores pagos a título de parcelamento serão devidamente homologados, entretanto, o autuado está sujeito ao pagamento da multa e dos acréscimos legais em função do pagamento do imposto de forma intempestiva. Infração mantida.

A infração 02 refere-se a falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Em sua impugnação, afirmou o autuado que a citada infração não teria sido devidamente caracterizada. Disse que a autoridade administrativa não comprovou os fatos alegados na acusação tributária.

O preposto do fisco por sua vez, disse que em relação aos débitos apurados na infração 02, as notas fiscais (DANFES) oriundas de outras UF's, foram fornecidas pelo próprio contribuinte no curso da ação fiscal, não cabendo a alegação de desconhecimento dos débitos.

Da análise dos demonstrativos acostados ao PAF fls. 13/26, que deram suporte a esta infração, vejo constar os dados necessários a comprovação da irregularidade cometida, como: nº do documento fiscal, emitente, unidade Federada de origem, discriminação da mercadoria, MVA aplicada e cálculo do imposto devido. Consta também deste PAF, o Termo de Apresentação de livros e documentos do contribuinte que descreve a disponibilização de 02 pastas contendo notas fiscais de Entradas e Saídas e Termo de Devolução de documentos fl.46, registrando a devolução das mesmas ao autuado fl.75.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Assim, como o autuado não se desincumbiu de trazer aos autos as provas que teria efetuado o recolhimento do ICMS referente a aquisição de mercadorias enquadradas na substituição tributária, entendo que a infração 02 está devidamente caracterizada, visto que teve suporte em documentos fiscais apresentados pelo próprio autuado, cujo *quantum* devido está corretamente demonstrado no levantamento fiscal de fls.13/26. Infração mantida.

Sobre a infração 03, o sujeito passivo foi acusado de ter deixado de apresentar documento fiscal quando regularmente intimado em 11.03.14, bem como, livros e documentos, até 18.03.14, sendo aplicada multa fixa de R\$460,00.

Nas razões de defesa, o impugnante afirmou que não causou qualquer embaraço à fiscalização, descabendo a multa aplicada, vez que apresentou todos os documentos solicitados, tanto que toda a autuação foi feita com base em documentos da própria empresa.

O autuante mencionou que a falta de atendimento à intimação no prazo regulamentar caracteriza tentativa de obstruir a ação do fisco, além de dificultar a apuração dos débitos, acaso existentes. Compulsando os autos, observo assistir razão ao autuado, visto que não se identifica, a alegada obstrução da ação do fisco ou embaraço à fiscalização, uma vez que o próprio autuante confirma que constatou as irregularidades imputadas na infração 02, com base nos livros e documentos apresentados pelo contribuinte.

Apesar de o autuado não ter cumprido no prazo o atendimento à 1ª intimação, 11.03.2014, ao ser expedida a 2ª intimação, 18.03.2014, sem a aplicação da multa conforme previsão regulamentar, inciso XX-A do art. 42 do RPAF/BA, entendo ter implicado a dispensa da citada penalidade, considerando que com a disponibilização dos livros e documentos pelo autuado em 20.03.2014, atendendo a 2ª intimação, a falta de atendimento da 1ª restou superada.

Pelos elementos presente no PAF, não ficou devidamente caracterizado quais documentos e livros fiscais teriam deixado de ser apresentados, causando assim, embaraço à fiscalização. Infração im procedente.

A infração 04 cuida da falta de atendimento a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, sendo aplicada multa de 1% sobre o total das saídas conforme demonstrativo fl.27.

O defendente alegou que enviou os arquivos EFD nos prazos certos, embora por erro de sistema, foram com valores zerados. Disse que embora em momento algum o agente fiscal tenha solicitado, esses arquivos foram entregues e que ao perceber o equívoco, a empresa requereu permissão para retificação e reenvio dos arquivos da Escrituração Fiscal Digital – EFD do período de Janeiro a Dezembro de 2013, contudo, foi negado pelo agente fiscal. Entende que caso devido, a multa deveria ser de R\$1.380,00, vez que é a penalidade existente pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, conforme art. 42, inciso XIII-A, alínea L, da Lei 7014/96.

Sobre a escrituração fiscal digital, assim dispõe o art. 248 do RICMS/12:

Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos e de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior.

Em informação fiscal, o autuante esclareceu que o próprio contribuinte reconhece que não enviou os arquivos EFD nos prazos regulamentares, nem comprovou envio nos prazos das duas intimações recebidas em 11/03 e 18/03/2014. Mencionou que na tentativa de regularizar a escrituração, o autuado entrou com pedido intempestivo de prazo através o Processo nº 04554520143, que resultou no indeferimento do mesmo (fl.72, do PAF).

Observe que o fato de o autuado ter enviado os arquivos "zerados" implica o cometimento da infração que lhe foi imputada, sujeitando-o à multa nos termos apontados no auto de infração, considerando que o envio de arquivos “zerados”, caracteriza-se como em desacordo com as normas regulamentares, o que equivale ao não envio, incorrendo na mesma penalidade, conforme inciso XIII-A do art.42 da Lei 7.014/96, que transcrevo:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

[...]

l) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.

Da análise do dispositivo acima transcrito, resta evidente que foi corretamente aplicada a multa na infração em comento, posto que o próprio autuado confessa ter enviado os arquivos da EFD com os dados zerados, visto que foi devidamente intimado duas vezes para disponibilizar os referidos arquivos, conforme intimações fl.09 – datada de 11.03.14 e 2ª Intimação dia 18.03.2014 – fl.11, e não o fez.

Observo que o pedido feito pelo autuado para retificar os arquivos da EFD, embora tenha sido indeferido pela Inspetoria sob o fundamento de falta da "causa de pedir", vejo que da leitura do corpo da referida petição, entende-se que o contribuinte está a se referir a prorrogação do prazo para regularização dos citados arquivos da escrituração fiscal digital. No entanto, como esta providência só foi tomada quando o sujeito passivo já se encontrava sob ação fiscal, entendo que a infração está devidamente caracterizada. Infração subsistente.

No que tange a infração 05, foi imputado ao autuado a acusação de utilização indevida da nota fiscal modelo 1 ou 1-A em substituição a nota fiscal eletrônica, utilizando NFVC em lugar da emissão de cupom fiscal – ECF, sendo aplicada multa de 2% sobre valores das operações em cada mês.

O autuado alegou que utilizou notas fiscais modelo 1 ou 1-A, em razão de problemas em seu sistema, o que a impediu de emitir o documento eletrônico, tendo que se socorrer da nota fiscal modelo 1 para atender ao cliente que exigia a emissão imediata do documento fiscal.

Saliento que a obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal encontra-se prevista no RICMS/12, nos artigos 113. Consta à fls. 28 o demonstrativo das notas fiscais emitidas série D1 em substituição aos cupons fiscais que deveriam ser emitidos.

Pela análise desses dispositivos regulamentares, constato que o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, motivos que o impeçam de emitir o cupom fiscal. Observo, entretanto, que não foi esse o motivo que levou o contribuinte a emitir notas fiscais em substituição aos cupons, tendo em vista que não há prova nos autos nesse sentido.

Deste modo, quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte usuário de ECF pode emitir nota fiscal, porém, neste caso, deve ser emitido, concomitantemente, o cupom fiscal e anexado à via fixa da nota fiscal emitida, na qual deve ser consignado o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do cupom fiscal emitido no ECF.

Verifico que o próprio autuado reconheceu a irregularidade, isto é, concordou que emitiu notas fiscais quando deveria ter-se utilizado do equipamento ECF, tendo pleiteado o cancelamento da multa aplicada, alegando que a ocorrência se deu por motivos alheios a sua vontade.

Observo que a irregularidade imputada ao contribuinte nesta infração não resultou em exigência de imposto, mas sim na aplicação de multa pelo descumprimento de uma obrigação acessória, legalmente prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” da lei nº. 7.014/96. Infração caracterizada.

Por fim, o autuado solicitou que a multa aplicada fosse reduzida, vez que entende ser abusiva, inconstitucional e possuir caráter confiscatório.

Observo que esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207185.0005/14-0, lavrado contra **ITABUNA CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento

do imposto no valor de **R\$101.559,07**, acrescido das multas de 100% sobre R\$27.158,73 e de 60% sobre R\$74.400,34, previstas nos incisos III e II, alínea “d”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$9.043,71** previstas nos incisos XIII-A, alínea "I" e "h", do art. 42 do citado diploma legal e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR