

PROCESSO - A. I. Nº 207185.0005/14-0
RECORRENTE - ITABUNA CALÇADOS LTDA. (SILVA CALÇADOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0218-03/14
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 18/08/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0220-12/15

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. LANÇAMENTOS NÃO ESCRITURADOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. VALORES DECLARADOS EM DMA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O lançamento com multa apenas supre o que já deveria ter sido feito na inscrição em dívida ativa. Portanto o lançamento não trouxe em princípio qualquer prejuízo ao impugnante e, ao contrário, ofereceu uma oportunidade de se defender de alguma inconsistência das DMA, fato que inexistiria se fosse feita inscrição em dívida ativa. Reduzida a multa de ofício, para 50%. Infração 1 procedente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não há qualquer prova de que são as notas fiscais relacionadas realmente correspondam às que foram entregues pelo Recorrente, pois a simples comprovação de recebimento e devolução de documentos fiscais não comprovam a infração, nem lhes dá liquidez e certeza, tendo em vista a impossibilidade de se apurar os valores devidos, por falta de comprovação de que os valores ali lançados, correspondem aos dos documentos fiscais, o que de fato, denota claro cerceamento de defesa. Infração 2 nula. Modificada a Decisão recorrida. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. FALTA DE ENTREGA. O julgador *a quo*, observa que na petição feita pelo contribuinte está a se referir a prorrogação do prazo para regularização dos citados arquivos da escrituração fiscal digital, o que não elide a infração, no que devo concordar. No entanto, a multa aplicada só passou a ter existência no mundo jurídico em data posterior aos lançamentos iniciais. As multas estão compreendidas entre janeiro e dezembro de 2013, e portanto, só subsistem os valores lançados em novembro e dezembro deste exercício, após a vigência do texto legal. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. EMISSÃO DE NFVC EM LUGAR DO ECF. MULTA. O Recorrente não nega, apenas alega motivo justificável. No entanto, é evidente que não houve prejuízos ao fisco, dado que o autuante não

demonstrou isso, no que entendo ser pertinente a redução da multa. Infração 5 procedente. Multa reduzida. Modificada a Decisão recorrida. Não acolhida as preliminares suscitadas. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário, interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão de fls. 102/110, que julgou Procedente em Parte, o Auto de Infração em pauta, lavrado em 26/05/2014 com lançamento de ICMS e multa no valor histórico de R\$111.062,78, sendo reduzido para o valor de R\$110.602,78 em decorrência da constatação de 5 infrações, a seguir transcritas:

INFRAÇÃO 1- Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros próprios, conforme declarado em DMA 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%;

INFRAÇÃO 2 – 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%;

INFRAÇÃO 4 – 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;

INFRAÇÃO 5 – 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.

Após a apresentação da defesa e da correspondente informação fiscal, e da manifestação do Recorrente acerca da informação fiscal, às fls. 94/96, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

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.

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 DMA, 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 UFs, 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.

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 improcedente.

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). Observo 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:(...)

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.

Em resumo, a 3ª JF entendeu que o item 1 restou caracterizado por conta da denúncia espontânea ter sido efetuada após o início da ação fiscal; que o 2, também procede por falta de apresentação de documentos comprobatórios do pagamento ICMS substituição tributária; que no 3, ao ser expedida a 2ª intimação, em 18.03.2014, sem a aplicação da multa conforme previsão regulamentar, inciso XX-A do art. 42 do RPAF/BA(sic), entendeu haver a dispensa da citada penalidade; que no item 4, a multa está prevista no inciso XIII-A do art.42 da Lei nº 7.014/96, e que os fatos descritos justificam a penalidade; por fim, no item 5, entendeu correta a aplicação da multa, legalmente prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96 e que a infração foi confessada pelo autuado.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls.122/38), aduzindo que, conforme demonstrado na Impugnação outrora apresentada, não merece prosperar a autuação nos termos em que apresentada, pelo que a mesma deveria, em sua integralidade, ser anulada, nos termos abaixo resumidos:

Que por entender totalmente indevido o lançamento, a empresa ingressou com impugnação tempestiva, a qual foi julgada apenas parcialmente procedente, sendo cancelada apenas a infração de nº 3. Contudo, entende o recorrente que todo lançamento é improcedente, motivo pelo qual apresenta o presente Recurso Voluntário.

Que ao contrário do que decidiu a Primeira Instância Administrativa, data vênua, o Agente Fiscal não traz em sua autuação demonstração precisa de seus cálculos, para se verificar como ele chegou ao valor cobrado e com isso a empresa se defender melhor. Que tais fatos consubstanciam insegurança na determinação da infração e ofende o princípio da ampla defesa e contraditório, trazendo nulidade ao lançamento.

Aduz que não foram entregues ao Recorrente, os demonstrativos que fundamentam as alegadas infrações, em especial relatório de entradas, de saídas, relação de notas que foram apurados valores, suposta auditoria de conta corrente e outros. Foi entregue apenas o Auto de Infração, com valores, mas sem os demonstrativos. Conclui-se, então, que a acusação carece de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento e assim, tendo em vista nulidade formal indicada, requer seja totalmente cancelado o presente lançamento.

Alega a fiscalização, que o recorrente deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Contudo, como alegado pelo próprio agente fiscal e pela Decisão recorrida, esses valores foram declarados nas DMA mensais, logo, já foram constituídos, sendo os mesmos parcelados através do PAF nº. 850000.1035/14-8, cujo extrato segue em anexo.

Assim, é a redação do artigo 54-A do RPAF:

Art. 54-A. O débito tributário declarado pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação ou através de denúncia espontânea importa em confissão de dívida e, na falta de recolhimento no prazo regulamentar, torna constituído o crédito tributário.

Que como se vê, por simples leitura do dispositivo legal, o débito se torna constituído desde a declaração em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação, o que ocorreu bem antes da ação fiscal. Que o recorrente já tinha declarado esses débitos nas DMA mensais bem antes da ação fiscal.

Que estando esses valores já declarados, ou seja, já constituídos, descabe por completo a exigência novamente dos valores através do presente Auto de Infração, sob pena de duplicidade de exigência. Apenas o parcelamento foi feito depois do início da ação fiscal, o que não modifica o fato de estar constituídos desde a Declaração, descabendo o lançamento fiscal para constituí-lo novamente. Dessa feita, deve ser totalmente cancelada a exigência da infração 1, mantendo-se apenas a cobrança dos valores declarados, que estão parcelados e sendo pagos.

Na infração 2, o Fisco alega que o recorrente não teria efetuado o recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, relacionadas nos anexos 88 e 89; contudo, data vênua, essa suposta infração não foi devidamente comprovada, o que precisaria ser feito para manter o lançamento.

Aduz que a própria legislação determina que o dever de prova é do Fisco, não bastando tão somente lançar sem o esteio da comprovação. Cabe a autoridade administrativa a prova da veracidade dos fatos alegados. Sendo uma presunção relativa, cabe ao fisco o ônus da prova. Cumprirá a Administração Fiscal prosseguir na busca da real verdade dos fatos tributariamente relevantes. Há necessidade de busca dos fatos.

Que na infração 4, foi aplicada multa de 1% do valor das saídas em cada mês, sob fundamento de falta de envio, nos prazos regulamentares, dos arquivos EFD, mesmo após regularmente intimado. Que como se vê, pela própria descrição, o fato punido seria a falta de envio dos arquivos EFD nos prazos regulamentares. Contudo, isso não ocorreu, vez que a impugnante enviou os arquivos EFD nos prazos certos, embora que, por erro de sistema, foram com valores

zerados, conforme recibos anexados com a impugnação.

Embora em momento algum o agente fiscal tenha solicitado, esses arquivos foram entregues a ele, conforme comprovante de protocolo anexado com a impugnação. Dessa feita, foram enviados os arquivos EFD nos prazos legais, documentos entregues ao Agente Fiscal, descabendo a acusação de falta de envio, logo, improcedente a multa aplicada.

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 anexada), contudo inexplicavelmente foi negado pela agente fiscal. Assim, deve ser cancelada a multa aplicada. Que cabe ressaltar, que mesmo se realmente tivesse ocorrido a falta de envio dos arquivos EFD, como alegado, de toda sorte descaberia a multa aplicada, nos termos do parágrafo 5º, do artigo 42, da Lei nº 7014/1996.

Que essa 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. Dessa feita, pelos argumentos esposados também deve ser cancelada essa multa aplicada.

Por fim, na remota hipótese de não cancelamento total da penalidade aplicada pelo suposto não envio de arquivos EFD, o que colocamos como suposição, a multa deveria ser apenas de R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais), vez que é a penalidade existente pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, conforme artigo 42, inciso XII-A, alínea L, da Lei nº 7014/96. Descabe a aplicação cumulativa de 1% das saídas, primeiro porque o Agente Fiscal não intimou a empresa para apresentá-los, mas apenas para apresentar o Sintegra, e segundo porque mesmo não solicitando, os arquivos EFD enviados foram entregues, conforme comprovante de protocolo anexado.

Quanto à infração 5, foi aplicada multa de R\$677,31, sob fundamento de que a Impugnante teria utilizado indevidamente nota fiscal modelo 1 ou 1-A, em substituição a nota fiscal eletrônica, sem justificativa plausível. Que as pouquíssimas vezes que utilizou de notas fiscais modelo 1 ou 1-A tem justificativa sim, ao contrário do que alega a fiscalização. Isso ocorreu quando em razão de problemas no sistema, que impediram a impugnante de emitir o documento eletrônico, tendo que se socorrer a nota fiscal modelo 1, para atender o cliente que exigia a emissão imediata do documento fiscal. Assim, deve ser cancelada a multa aplicada.

Por fim, mesmo se considerar correta a aplicação dessa multa, o que colocamos como suposição, requer o cancelamento da multa por esse Conselho de Fazenda, conforme lhe permite a Lei, tendo em vista ausência de dolo e/ou fraude do recorrente, assim como pelo fato de não ter ocasionado supressão de recolhimento de tributos.

Por fim, não sendo cancelado todo o lançamento, o que sempre é colocado como suposição pelo menos a multa de ofício aplicada sobre o ICMS apurado deve ser reduzida, vez que abusiva e inconstitucional. Conforme se verifica na autuação, as multas constantes do lançamento são multas de 60% e 100% do valor do imposto principal, quase dobrando o valor do tributo devido, não tendo, pois, sustentação jurídica válida, mas tão somente como causa tornar o lançamento mais cheio, robusto e, desta forma confiscar o patrimônio do recorrente.

Alega finalmente que a multa não pode ter o caráter confiscatório, conforme estabelece nosso ordenamento jurídico e pede a procedência total do presente Recurso, cancelando o lançamento fiscal realizado nesse feito, analisando os argumentos suscitados.

A Procuradoria Fiscal se manifestou-se às fls. 145/47, e diz que da análise das razões recursais as mesmas são insuficientes para provocar modificação no julgamento, considerando que não trouxe provas nem argumentos jurídicos capazes de promover modificação do lançamento, reiterando as mesmas considerações da defesa e que quanto às alegadas multas excessivas, estão adequadas às infrações apuradas, e encontram-se expressamente consignadas no art. 42 da Lei nº

7.014/96. Opina pelo Improvimento do Recurso de Ofício.

VOTO

Apreciando inicialmente o pedido de nulidade do lançamento, constato que em sua defesa inicial, o Recorrente diz que *“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”*. O Recorrente inicialmente fala em ausência de demonstração precisa, o que é diferente da *“ausência de demonstrativos”*. Se há alguma demonstração imprecisa, esta será analisada individualmente em cada um dos itens, não implicando jamais na nulidade total pedida.

De todo modo, o próprio Relator *a quo*, notifica que existe comprovação da entrega dos demonstrativos via postal com AR, à fl. 49, além do que, a forma objetiva como se defendeu da infração, demonstra desenvoltura típica de quem tem todos os elementos necessários à defesa. Concordo inteiramente com a Decisão e indefiro o pedido de nulidade de todo o Auto de Infração, julgando por conseguinte, cada uma das infrações.

Na infração 1, o Recorrente alega que lançou os valores na DMA e fez denúncia espontânea, parcelando o valor devido, embora comprovadamente tenha feito após o início da ação fiscal, mas invoca que o crédito já havia sido constituído pelas declarações nas DMA, nos termos do art. 54-A do RPAF.

Art. 54-A. O débito tributário declarado pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação ou através de denúncia espontânea importa em confissão de dívida e, na falta de recolhimento no prazo regulamentar, torna constituído o crédito tributário.

§ 1º O crédito tributário constituído deverá ser inserido no sistema informatizado de controle de créditos tributários em até 10 (dez) dias, contados do recebimento da declaração ou da denúncia espontânea, identificado por Débito Declarado (DD).

§ 2º Decorridos 30 (trinta) dias da entrega da declaração ou da denúncia espontânea, o crédito tributário poderá ser inscrito diretamente na Dívida Ativa Tributária.

Aduz que apenas o parcelamento foi feito depois do início da ação fiscal, o que não modifica o fato do crédito estar constituído desde a Declaração nas DMA, descabendo o lançamento fiscal para constituí-lo novamente.

Da análise do dispositivo acima, forçoso concluir que a legislação baiana considera o débito declarado como constituído em crédito tributário, se não houver pagamento. Além disso, em 13 de maio de 2010 foi publicada a Súmula nº 436 do Superior Tribunal de Justiça, tendo a seguinte redação: *“A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco”*. Isto pacificou o entendimento, no sentido de que o crédito tributário de uma empresa passa a ser constituído no momento em que é entregue a declaração desta ao Fisco.

Assim, tratando-se de crédito tributário originado de informações prestadas pelo próprio contribuinte por meio de DMA (Demonstrativo Mensal de Apuração), GIA (Guia de Informação e Apuração do ICMS), ou documento equivalente, a jurisprudência do STJ pacificou o entendimento no sentido de que a constituição definitiva do crédito tributário dá-se no exato momento em que há a apresentação do documento, dispensando outras providências por parte do Fisco.

Tal medida obviamente visou criar facilidades para o Fisco, dispensando lavratura de Auto de Infração, no entanto, a Administração não pode deixar de lançar de ofício, no caso de não haver inscrição em dívida ativa, sob pena de, por falha administrativa, haver decadência do crédito tributário. Assim, é legal o lançamento em Auto de Infração de crédito ainda não inscrito em dívida ativa, como medida protetora da Fazenda Pública.

A intimação fiscal inibe a espontaneidade do contribuinte em relação à denúncia espontânea acerca dos valores apurados no procedimento, excetuando-se nos casos do Art. 54-a do RPAF,

desde que o pagamento de débitos já declarados ao Fisco sejam feitos em momento anterior ao prazo previsto no § 2º do citado artigo - *Decorridos 30 (trinta) dias da entrega da declaração ou da denúncia espontânea, o crédito tributário poderá ser inscrito diretamente na Dívida Ativa Tributária.*

Assim, pode o contribuinte mesmo sob ação fiscal, efetuar o pagamento sem incorrer na infração lançada no auto, desde que no prazo inferior a 30 dias da declaração feita tanto na DMA como em denúncia espontânea, quando então seria inscrito em dívida ativa pelo não pagamento, ou autuado mediante lançamento de ofício. No entanto, os pagamentos foram efetuados sob ação fiscal, e com mais de 30 dias da declaração das DMA.

Assim, os créditos aqui em lide já deveriam ter sido já inscritos em dívida ativa, quando não poderiam mais ser cobrados em ato de lançamento de ofício. No caso, a inscrição em dívida seria acompanhada também de penalidade, e só não foi feita, por demora da Administração. O lançamento com multa apenas supre o que já deveria ter sido feito na inscrição em dívida ativa. Portanto o lançamento não trouxe em princípio qualquer prejuízo ao impugnante e, ao contrário, ofereceu uma oportunidade de se defender de alguma inconsistência das DMA, fato que inexistiria se fosse feita inscrição em dívida ativa. Assim, inexistiu prejuízos ao Recorrente, quando do lançamento de ofício, ao contrário, abriu-lhe oportunidade de defesa.

Por outro lado, como o Recorrente reconheceu e iniciou o parcelamento em momento imediato à ciência do Auto de Infração, além de serem homologados os valores já recolhidos, para

Face ao exposto, considero que o crédito da infração 1 deve ser mantido, aproveitando-se os valores já pagos na denúncia espontânea. No entanto, reduzo de ofício, a multa de 100% aplicada pelo autuante, para 50%, tendo em vista a natureza da infração, que está nos termos do art. 42, I da Lei nº 7.014/96:

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária;

Chamo a atenção ainda, que para os critérios de pagamento do Auto de Infração, devem ser considerados os valores já recolhidos na denúncia espontânea, e também para efeitos de liquidação da infração, considerar as reduções da multa prevista na a Lei 7.014/96, levando em conta a data da ciência e o dia em que começou o parcelamento da denúncia espontânea.

A infração 2 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. No Recurso apresentado diz que essa suposta infração não foi devidamente comprovada, o que precisaria ser feito para manter o lançamento. Aduz que a própria legislação determina que o dever de prova é do Fisco, não bastando tão somente lançar sem o esteio da comprovação. Cabe a autoridade administrativa a prova da veracidade dos fatos alegados.

Conforme o julgamento *a quo*, as notas fiscais ou DANFE (isto não ficou suficientemente claro), oriundas de outras UF, foram fornecidas pelo próprio contribuinte no curso da ação fiscal, não cabendo a alegação de desconhecimento dos débitos, e que consta também neste 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.

No entanto os demonstrativos acostados ao PAF fls. 13/26, embora contenha todos os elementos necessários ao cálculo, não contém cópias de DANFE, nem mesmo a a chave de identificação e nem cópias de possíveis notas fiscais, que em princípio estão em posse do Recorrente, segundo declarado o autuante. As pastas com documentos arrecadados e devolvidos pelo autuante, ao Recorrente, são meros indícios sem força probatória.

Não há qualquer prova de que são as notas fiscais relacionadas realmente correspondam às que foram entregues pelo Recorrente, pois a simples comprovação de recebimento e devolução de documentos fiscais não comprovam a infração, nem lhes dá liquidez e certeza, tendo em vista a

impossibilidade de se apurar os valores devidos, por falta de comprovação de que os valores ali lançados, correspondem aos dos documentos fiscais, o que de fato, denota claro cerceamento de defesa.

Não pode o Estado invadir a esfera privada alheia, para exigir-lhe valores monetários sem a necessária segurança jurídica acerca do crédito devido, e isto seguramente não existe, pois ainda que verdadeiras as alegações do autuante, de que recebeu tais documentos do Recorrente, não há como disse, certeza da correção dos valores lançados pela ausência das provas documentais. Infração 2 nula. Recomendável a renovação da ação fiscal para este item, a salvo das falhas apontadas.

Que na infração 4, foi aplicada multa de 1% do valor das saídas em cada mês, sob fundamento de falta de envio, nos prazos regulamentares, dos arquivos EFD, mesmo após regularmente intimado. Alega que o fato punido seria a falta de envio dos arquivos EFD nos prazos regulamentares. Contudo, isso não ocorreu, vez que a impugnante enviou os arquivos EFD nos prazos certos, embora que, por erro de sistema, foram com valores zerados, conforme recibos anexados com a impugnação.

Alega que descabe a aplicação cumulativa de 1% das saídas, primeiro porque o Agente Fiscal não intimou a empresa para apresentá-los, mas apenas para apresentar o Sintegra, e segundo porque mesmo não solicitando, os arquivos EFD enviados foram entregues, conforme comprovante de protocolo anexado.

A alínea “I” do XIII-A do art.42 da Lei nº 7.014/96, diz que além da multa fixa de R\$1.380,00 pela entrega sem as informações exigidas na legislação, deve 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. O autuante dispensou a multa fixa, aplicando a referida multa de 1% das saídas.

Conforme intimações fl. 9 – datada de 11.03.14, e 2ª Intimação dia 18.03.2014 – fl. 11 foi feito o pedido para retificar os arquivos da EFD, sem o atendimento, o que caracteriza o motivo para aplicação da multa imposta. O julgador *a quo*, observa que na petição feita pelo contribuinte está a se referir a prorrogação do prazo para regularização dos citados arquivos da escrituração fiscal digital, o que não elide a infração, no que devo concordar. No entanto, a multa aplicada só passou a ter existência no mundo jurídico em data posterior aos lançamentos iniciais, conforme texto abaixo reproduzido:

A redação atual da alínea “I” do inciso XIII-A do caput do art. 42º foi dada pela Lei nº 12.917, de 31/10/13, DOE de 01/11/13, efeitos a partir de 01/11/13.

As multas estão compreendidas entre janeiro e dezembro de 2013, e portanto, só subsistem os valores lançados em novembro e dezembro deste exercício, após a vigência do texto legal:

NOV 2013 - 617,19
DEZ 2013 - 1.379,53
TOTAL - R\$ 1.996,72

Infração 4 mantida parcialmente no valor de R\$1.996,72.

Quanto à infração 5, foi aplicada multa de R\$677,31, sob fundamento de que a Impugnante teria utilizado indevidamente nota fiscal modelo 1 ou 1-A, em substituição a nota fiscal eletrônica, sem justificativa plausível. O Recorrente não nega, apenas alega motivo justificável. O descumprimento de obrigação acessória independe de dolo ou má fé, tendo efeito meramente educativo, de forma a fazer com que o contribuinte mantenha máximo esforço no sentido de cumprir as obrigações com o fisco. No entanto, é evidente que não houve prejuízos ao fisco, dado que o autuante não demonstrou isso, no que entendo ser pertinente a redução da multa em 50%, para o valor de R\$338,66. Infração 5 mantida parcialmente.

Quanto ao caráter das multas e seu alegado o caráter confiscatório, não procede. As multas estão

prevista na legislação ordinária, são compatíveis com as infrações cometidas. Eventuais alegações de caráter constitucional foge à competência deste Conselho de Fazenda em apreciar.

Face ao exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, reduzindo, de ofício, a multa da infração 1, devendo ser homologados os valores já recolhidos por denúncia espontânea. Assim, o débito do Auto de Infração fica a seguinte configuração:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-JJF	VLR. JULGADO-CJF	MULTA
01	PROCEDENTE	27.158,73	27.158,73	27.158,73	50%
02	NULA	74.400,34	74.400,34	0,00	-----
03	IMPROCEDENTE	460,00	0,00	0,00	-----
04	PROC. PARCIAL	8.366,40	8.366,40	1.996,72	-----
05	PROC. PARCIAL	677,31	677,31	338,66	-----
TOTAL		111.062,78	110.602,78	29.494,11	

VOTO DISCORDANTE (Infração 2)

Divirjo, com a devida *venia*, do entendimento do ilustre Relator, quanto à sua conclusão de considerar nula a segunda infração, pois, anuindo à Decisão recorrida, vislumbro que os demonstrativos, às fls. 13 a 26 dos autos, dão sustentação à acusação fiscal, haja vista que contêm: número da Nota Fiscal; nome do fornecedor emitente; unidade Federada de origem; discriminação da mercadoria; MVA aplicada e cálculo do imposto devido, estando devidamente comprovado, através dos termos de intimação/arrecadação e devolução, às fls. 46 e 75 dos autos, que tais documentos foram entregues pelo próprio sujeito passivo ao fisco no curso da ação fiscal, cujos números apurados não foram questionados pelo autuado, razão de manter a infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207185.0005/14-0, lavrado contra **ITABUNA CALÇADOS LTDA. (SILVA CALÇADOS)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.158,73**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.335,38**, previstas no inciso XIII-A, alíneas "I" e "h", do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Ildemar José Landin, Daniel Ribeiro Silva, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Alessandra Brandão Barbosa.

VOTO DISCORDANTE - Conselheiro: Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de Julho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE

ILDEMAR LANDIM – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS