

PROCESSO - A. I. Nº 157064.0021/14-8
RECORRENTE - UCI-ORIENT LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0157-04/15
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/05/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0063-12/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS E NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Exações comprovadas. Razões recursais insuficientes para modificar a decisão. Alteração na legislação passa atribuir multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas, independentemente de sua tributação. Redução, de ofício, do valor exigido na primeira infração. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado não tratarem de mercadorias compreendidas na hipótese legal para exigência da antecipação parcial, prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, ou por não serem mercadorias adquiridas *para fins de comercialização* ou por serem mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária. Item improcedente. Modificada a Decisão. Não acolhida a arguição de decadência. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0157-04/15), que julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado para exigir o débito de R\$381.941,68, por meio do qual foram atribuídas ao sujeito passivo três irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 1 - Multa de R\$172.327,04, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias, sujeitas à tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2011.

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento de ICMS antecipação parcial, no valor de R\$182.973,15, referente às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2012,

INFRAÇÃO 3 - Multa de R\$26.641,49, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias, não tributáveis, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2011.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente, após afastar a arguição de decadência suscitada pelo autuado e, no mérito, quanto às infrações 1 e 3, aduzir que o autuado não nega a ocorrência dos fatos e reconhece que não efetuou tais registros em decorrência de falha em seu sistema de informática, tendo, inclusive, asseverado que, apesar de não ter efetuado os registros na escrita fiscal, estes foram feitos em sua escrita contábil, conforme livro Razão.

Quanto ao argumento defensivo de que adota a sistemática de pagamento do imposto com base no regime simplificado de apuração, onde utiliza redução da base de cálculo que equivale à carga tributária a 4% e, em função disto, alega que todas as aquisições efetuadas tiveram suas saídas tributadas, a JJF concluiu não ser suficiente para afastar as penalidades aplicadas, até porque, o registro de notas fiscais na escrita contábil afasta a exigência do imposto por presunção de omissão de saídas de mercadorias, enquanto para o não registro na escrita fiscal a Lei prevê tão somente a aplicação de penalidade. Assim, o órgão julgador entende que o caso presente difere do ocorrido em relação ao Acórdão nº 0132-12/12, mencionado pelo autuado.

A JJF rejeita o argumento de desproporcionalidade das multas aplicadas e sobre o argumento de abusividade e de prática confiscatória da multa salienta que falece competência aos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. Assim, rejeita a aplicação da regra prevista no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e julga procedentes as infrações 1 e 3.

Quanto à infração 2, a JJF concluiu que se exige o pagamento de antecipação parcial e, portanto, fato que ocorre no momento da aquisição da mercadorias, não importando a forma de tributação exercida pelo autuado, “com tributação à alíquota de 4%”, até porque o próprio art. 267 do RICMS reza em seu inciso VI, “d”, que o imposto devido por antecipação parcial, neste caso, deve ser recolhido integralmente.

Ressalta que o Acórdão nº 0060-02/12, citado pelo autuado, em nada lhe socorre, visto que naquele caso restou comprovado que houve a tributação regular das operações nas saídas, o que afastou a exigência do imposto e manteve apenas a multa de 60%, o que difere dos autos. Por fim, aduz não ser de competência da JJF analisar o pedido de dispensa da multa por descumprimento de obrigação principal. Mantém a exigência.

No Recurso Voluntário, às fls. 436 a 455 dos autos, o sujeito passivo aduz que se faz necessária a reforma integral da Decisão da JJF, para que seja declarada a improcedência do Auto de Infração.

Reitera sua alegação de que os débitos relacionados aos de janeiro a maio de 2009 estão fulminados pela decadência, conforme previsto no art. 150, § 4º, do CTN e consubstanciado pela jurisprudência do STF e STJ de que a lei ordinária, como no caso o COTEB, não poderia alterar o regime de contagem de prazo decadencial estabelecido no CTN. Declara que efetuou recolhimentos do ICMS nos períodos autuados, de forma que a matéria tributável ficou exposta à homologação.

Aduz que, ainda que se aplique o método de contagem do prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, situação admitida apenas a título de eventualidade, é importante destacar que o ICMS é tributo de incidência mensal, de forma que os “exercícios” para fins de início da contagem do prazo decadencial são incorridos a cada mês de competência do imposto, não sendo necessário aguardar o início do ano seguinte ao da ocorrência dos fatos geradores para abertura da contagem do prazo decadencial.

No mérito, quanto às infrações 1 e 3, destaca que se trata de empresa especializada em exibição cinematográfica atuante no Brasil e precisa manter o controle de estoques de mercadorias adquiridas para revenda nas suas bombonieres. Diz que na Bahia adota o regime de apuração do ICMS previsto no art. 267, VI e § 1º, do RICMS, o qual reduz a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais, de forma que a carga tributária seja equivalente a 4%. Assim, atribuiu a ausência do registro das entradas em razão de deficiência no sistema de informática, diante do fato de não recuperar créditos de ICMS, o que não produz qualquer falha no cálculo para apuração do ICMS, em virtude da adoção do referido regime, cujas vendas são todas registradas.

Salienta que, apesar de não registrar na escrita fiscal, as aquisições de mercadorias foram devidamente contabilizadas pelo recorrente, conforme razão e relatório contábil/financeiro, do que sustenta inexistir dolo, fraude, simulação ou danos ao erário, sendo aplicável o cancelamento da multa, nos termos do art. 158 do RPAF, do que requer. Cita jurisprudência.

Inerente à segunda infração, reitera suas alegações acerca da contabilização das aquisições e do regime de apuração do imposto para concluir que, ainda que não tenha antecipado o ICMS na

aquisição interestadual das mercadorias, as tributou em momento seguinte, quando da revenda, não havendo que se falar na falta de pagamento do imposto, o que se faz necessário o cancelamento da exigência, conforme se posicionou o CONSEF através do Acórdão nº 0060-02/12, sob pena de dupla incidência do imposto sobre as mesmas mercadorias e enriquecimento sem causa do Estado.

O recorrente invoca a aplicação subsidiária do art. 159 do RPAF para dispensa da multa incidente sobre a suposta falta de recolhimento do ICMS Antecipação, em razão de não haver má fé ou dolo e do ICMS ter sido pago nas saídas, do que cita jurisprudência.

Por fim, requer que o Recurso Voluntário seja julgado procedente para que seja determinado o cancelamento integral do débito e, caso os argumentos recursais não sejam suficientes, a realização de diligência contábil para aprofundar a análise da documentação.

Às fls. 460 a 464 dos autos, a PGE/PROFIS, através de seu Procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário, visto que, no que concerne a tese de decadência suscitada pelo recorrente, o opinativo é de adotar o entendimento já sedimentado no CONSEF no sentido da aplicação da norma vigente à época do art. 107-A do COTEB. Registra que, mesmo que entendêssemos pertinentes as razões recursais, as infrações assacadas no presente lançamento não se ajustam ao entendimento lustrado no apelo, uma vez inexistente a figura do pagamento antecipado, elemento este essencial para configuração dum lançamento por homologação.

Da análise das infrações 1 e 3, o parecer é de que as fichas do livro Razão colacionadas, em que se agrupam informações contábeis do Diário, não permite descrever com precisão que as operações não registradas nos livros fiscais são exatamente aquelas registradas contabilmente, em face da natureza fungível dos produtos listados. Logo, não havendo como assegurar a inexistência de prejuízo, sendo aplicável a penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória.

Em relação ao argumento do regime especial de recolhimento do imposto, opina ser irrelevante para o caso em apreço, porque não elide de forma alguma a obrigatoriedade da escrituração.

No tocante à infração 2, a PGE/PROFIS sustenta também não merecer sufrágio a tese recursal, pois o que se está cobrando no lançamento é a falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, modelagem de arrecadação esta que não resta afetada pelo regime utilizado pelo recorrente, conforme preconiza expressamente o art. 267, VI, “d”, do RICMS, o qual transcreve.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou procedente o Auto de Infração.

Inicialmente, verifica-se que não operou a decadência dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a maio de 2009, conforme bem ressaltado no Parecer da PGE/PROFIS, visto que nas exações “1” e “3” (infrações por descumprimento de obrigação tributária acessória), assim como na exação “2” (falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial), inexistente a figura do pagamento antecipado do imposto, elemento este essencial para configuração de um lançamento por homologação, o que remete a contagem do prazo decadencial para o previsto no art. 173, I, do CTN, o qual dispõe que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Sendo assim, a perda do aludido direito relativo aos fatos geradores no período de janeiro a maio de 2009 só ocorreria a partir de 1º/01/2015, tendo o crédito tributário sido constituído em 30/06/2014, portanto, dentro do prazo decadencial, sendo descabida a pretensão recursal de que os “exercícios” para fins de início da contagem do prazo decadencial são incorridos a cada mês de competência do imposto, pois, se assim fosse, levaria ao mesmo efeito do art. 150, § 4º, do CTN.

Quanto ao pedido de diligência, nos termos do art. 147, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o indefiro por considerar suficientes para a formação de minhas convicções os elementos contidos nos autos.

No mérito, em relação às infrações 1 e 3, relativas ao descumprimento de obrigação tributária acessória de falta de registros na escrita fiscal de mercadorias entradas no estabelecimento, sendo, respectivamente, exigidas as multas de 10% das mercadorias sujeitas a tributação, correspondente ao valor de R\$172.327,04, e 1% das mercadorias não tributáveis, correspondente ao valor de R\$26.641,49, as razões recursais limitam-se à aplicação do cancelamento da multa, nos termos do art. 158 do RPAF.

Vislumbro que as penalidades pelo descumprimento da obrigação tributária acessória de não efetivar o registro na escrita fiscal das entradas de mercadorias no estabelecimento, previstas nos incisos IX e XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, correspondentes à época a 10% e 1% sobre o valor comercial das operações, além de terem um caráter didático ao contribuinte, são específicas e servem como controle da administração tributária, independentemente da opção do regime de apuração do imposto utilizado pelo recorrente, o qual não elide de forma alguma a obrigatoriedade da escrituração, como bem consignou o opinativo da PGE/PROFIS.

Também, às fls. 237 a 387 dos autos, relativas ao livro Razão do contribuinte, inexistente comprovação da efetiva receita utilizada no pagamento de tais aquisições de mercadorias, cujos registros são relativos à arrecadação dos cinemas (conta nº 201.5021.01 – RECEBIDOS EM CAIXA) e estoques (conta nº 201.1210.01 – ESTOQUE BOMBONIERE). Ademais, mesmo que tivessem contabilmente registradas, não elidiria a exação por descumprimento de obrigação tributária acessória pela *falta de registro na escrita fiscal*, objeto das penalidades e da acusação fiscal, pois, como dito na Decisão recorrida, o registro das notas fiscais na escrita contábil, apenas afastaria a exigência do imposto por presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, prevista no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96.

Ressalte-se que a falta de registro de tais notas fiscais na escrita fiscal nos leva a concluir pela existência de prejuízo ao erário, o que por si só torna inaplicável o cancelamento ou a redução das penalidades, como pleiteia o recorrente, pois, tais ocorrências ensejam a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, para as mercadorias adquiridas em outros Estados e destinadas à comercialização; como ainda a falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária, inerente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, assim como a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas nas aquisições fora do Estado de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado ou ao uso e consumo do estabelecimento.

Contudo, em razão da alteração do inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, através da Lei nº 13.461, de 10/12/15, na qual a penalidade de 10% passou a ser de 1% do valor comercial da mercadoria sujeita a tributação que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, deve-se aplicar, nos termos do art. 106, II, “c”, do CTN, a penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, por se tratar de ato não definitivamente julgado. Em consequência, a primeira infração que era originalmente no valor histórico de R\$172.327,04, passa a ser de R\$17.232,70. Já a terceira infração permanece o valor de R\$26.641,49.

Quanto à infração 2, a pretensão recursal é de cancelamento da exigência do imposto, por entender que já havia satisfeito a tributação quando das vendas das mercadorias, em vista da adoção do regime de redução de base de cálculo previsto no art. 267 do RICMS, do que requer, ainda, o cancelamento da penalidade nos termos do §1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Conforme previsto no art. 267, VI, “d”, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, o ICMS antecipação parcial deve ser recolhido integralmente pelo optante do benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS. Também não cabe a aplicação do §1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, no qual dispensa da exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação e aplica a multa de 60% sobre o imposto, pois tal ditame reserva-se apenas para os contribuintes na condição de regime normal de apuração do imposto, o que não é o caso do sujeito passivo.

Entretanto, descabe a exigência do ICMS antecipação parcial, pois, através da análise das notas fiscais, apenas aos autos às fls. 134 a 213, colhidas através do CFAMT, observa-se tratarem de aquisição de ativo imobilizado (ventilador, tapete, monitor e impressora fiscal, assento poltrona, material de construção, carro para gelo, etc.), esta sujeitas ao ICMS diferencial de alíquotas; material de embalagem (saco para pipoca e bala, copo e tampa plásticos); insumos (óleo girassol)

e mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (guloseimas e ovo Garoto), todas estas não compreendidas dentre à hipótese legal para exigência da antecipação parcial, prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, ou por não serem mercadorias adquiridas *para fins de comercialização* ou por serem mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária, como no caso das guloseimas.

Assim, em que pese a deficiência dos demonstrativos relativos à segunda infração, nos quais sequer relacionam o tipo das mercadorias adquiridas e objeto da suposta exigência da antecipação parcial, nos termos do parágrafo único do art. 155 do RPAF, ultrapasso a nulidade da aludida exação e concluo pela improcedência da segunda infração.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para julgar *improcedente* a segunda infração e, de ofício, reduzir a infração 1 para a quantia correspondente a 1% do valor comercial das operações, equivalente a R\$17.232,70, por se tratar de penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época, mantendo-se inalterada a multa exigida na terceira infração.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência - Infrações 1 e 2)

Com a devida vênia vou divergir do Nobre colega Relator.

Inicialmente entendo restar operada a decadência para os fatos geradores de janeiro a maio de 2009.

Toda a problemática no campo do direito tributário ocorre por conta das disposições contidas no parágrafo 4º, do art. 150, e o inciso I, do art. 173, do CTN, *in verbis*:

“Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Por mais que ainda haja alguma divergência sobre o tema, não se pode negar é que a competência para definir prazos decadenciais já está pacificada. Está expresso na Constituição Federal de 1988 que somente lei complementar pode disciplinar sobre prescrição e decadência em direito tributário, conforme se depreende do seu art. 146, III, “b”:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência de tributos”.

Segundo já definiu o Supremo Tribunal Federal, a Lei Complementar mencionada pela Constituição Federal é CTN, cujas normas prevalecem, inclusive, sobre a Lei de Execução Fiscal, como, aliás, leciona Leandro Paulsen:

“Após o advento da CF/88, com previsão expressa nesta alínea no sentido de que se trata de norma geral em matéria tributária, tem-se todos os elementos para afirmar, categoricamente, que estão sob reserva de lei complementar. O STF já firmou posição acerca da matéria, e o STJ, recentemente, tem se pronunciado no sentido de que os dispositivos da LEF não podem prevalecer em face do CTN, conforme se pode ver dos precedentes acerca da interrupção da prescrição pela citação, em nota ao art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN” (in Direito Tributário, Editora Livraria do Advogado, 10ª. Ed., pág. 94).

Como dito acima, esse é o entendimento que prevalece no STF, *ex vi* do aresto a seguir transcrito:

“A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios

de lei complementar de normas gerais (art. 146, III, b). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais” (Plenário, RE 148754-2/RJ, excerto do voto do Min. Carlos Velloso).

Ademais, a Súmula Vinculante nº 08, através da qual cristalizou-se o entendimento de que são inconstitucionais os arts. 5º, do Decreto-Lei nº 1.569/77, e 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, utilizando-se justamente o fundamento de que a prescrição e a decadência são matérias reservadas a Lei Complementar de âmbito nacional.

Sabe-se bem que o efeito vinculante é atributo exclusivo do verbete, não atingindo a fundamentação. Todavia, não se pode fechar os olhos para o entendimento adotado pela mais alta Corte de Justiça do nosso país, há muito tempo, vale frisar, como se as decisões judiciais não passassem de mera recomendação.

Nesse contexto, em termos de decadência, as normas do CTN devem prevalecer sobre as disposições constantes do COTEB.

Ainda sobre o tema, como dito acima, o CTN trouxe duas regras no que concerne ao termo *a quo* do prazo decadencial – o art. 173, I e o §4º do art. 150 – competindo ao intérprete decidir quando ocorrerá o lançamento por homologação (no momento da ocorrência do fato gerador) e quando ocorrerá o lançamento de ofício (dilatando o termo *a quo* para o primeiro dia útil do exercício seguinte).

Não há dúvidas que a fluência do prazo decadencial se interrompe somente após a regular intimação do sujeito passivo, razão pela qual os créditos lançados referente a fatos geradores ocorridos até maio de 2009, foram fulminados pela decadência, restando extinto, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.

Em que pese todas essas razões, durante anos o Estado da Bahia e este CONSEF andou na contramão do judiciário, aplicando lei completamente inconstitucional. Várias foram as tentativas de representação por parte deste Relator, nos termos do art. 168 do RPAF para que a questão fosse submetida à análise da Câmara Superior, todas indeferidas por voto de minerva do representante da Fazenda Estadual.

O Estado insistiu durante anos em manter o lançamento de créditos que, quando questionados judicialmente foram desconstituídos, obrigando-o ao ônus da sucumbência.

Após mais de 12 (doze) anos de aplicação de uma legislação inconstitucional, o Legislativo Estadual finalmente corrigiu este equívoco, promovendo a revogação do art. 107-A e §5º. do 107-B do COTEB, através da Lei nº 13.199, de 28/11/14.

Ressalte-se que não se trata aqui de uma modificação material na lei efetuada de forma isolada, mas sim um verdadeiro reconhecimento de um erro do legislador baiano.

Negar a sua aplicação imediata além de ferir diversos princípios legais como o da moralidade, da legalidade e da razoabilidade, constitui-se em um ato danoso à administração pública, uma vez que manteria crédito inexistente que certamente acarretará em ônus sucumbencial ao Estado.

Por sua vez, este CONSEF como tribunal administrativo competente para controlar a legalidade dos lançamentos tributários não pode se afastar da realidade legal e aplicar interpretação ilegal apenas por ser mais cômoda ao Estado.

Outrossim, da própria análise sistemática do RPAF, verifico que o próprio art. 168 assegura a aplicação imediata da legislação, se não fosse assim, qual o sentido de se sobrestar o julgamento do processo administrativo até que ocorra a revogação ou modificação de lei ou ato normativo considerado ilegal? Para que sobrestar se não fosse para ser aplicado ao processo já em curso? É exatamente esse o caso.

Outrossim, mesmo em se tratando de obrigações acessórias já manifestei minha posição anteriormente que em se tratando de descumprimento de obrigações relacionadas ao ICMS,

imposto sujeito à lançamento por homologação aplica-se o art. 150 do CTN, inso porque, ao meu ver o que não se homologa é o pagamento, mas sim a apuração, que pode acarretar em recolhimento ou não do imposto estadual. E sendo as obrigações acessórias partes essenciais da apuração do imposto, deverão estar inseridas na mesma regra decadencial.

Assim, voto pelo acolhimento da Preliminar de Decadência suscitada pelo Recorrente quanto às Infrações 1 e 3, vez que a Infração 2 foi julgada improcedente, restando prejudicada a arguição.

Ademais, também divirjo do nobre relator quanto ao indeferimento do pedido de redução da multa por descumprimento de obrigação acessória formulado pelo recorrente.

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, e restou comprovada a ocorrência de um sinistro no estabelecimento do contribuinte, a meu ver caracteriza a sua boa fé.

O outro é que a infração considerada não tenha implicado falta de pagamento do tributo, fato também incontroverso, como já analisado no curso do presente voto.

Assim, em que pese os argumentos do Nobre Relator, considero preenchidos os requisitos legais para redução da multa.

Ademais, entendo que a análise do preenchimento dos requisitos do §7º do art. 42 do RPAF devem ser feitas caso a caso e de acordo com o que efetivamente consta nos autos, não pode se dar com um exercício de possibilidades ou “futurologia”.

Nos autos, com exceção da Infração 2 julgada improcedente, não resta nenhuma prova de não recolhimento de obrigação principal em razão das imputações das infrações 1 e 3.

Por sua vez, o voto condutor assim se manifestou sobre o pedido:

Ressalte-se que a falta de registro de tais notas fiscais na escrita fiscal nos leva a concluir pela existência de prejuízo ao erário, o que por si só torna inaplicável o cancelamento ou a redução das penalidades, como pleiteia o recorrente, pois, tais ocorrências ensejam a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, para as mercadorias adquiridas em outros Estados e destinadas à comercialização; como ainda a falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária, inerente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, assim como a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas nas aquisições fora do Estado de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado ou ao uso e consumo do estabelecimento.

Ocorre que a presunção é sempre de inocência e de boa fé do contribuinte, em contrapartida, a atuação do agente fiscal na cobrança dos tributos é plenamente vinculada, razão pela qual se houvesse tributo a ser exigido deveria ter sido lançado. Como não houve lançamento a presunção é de que não houve falta de recolhimento.

Pensar de forma distinta acarretaria em se presumir que o contribuinte é sempre infrator.

O RPAF, ao inaugurar a regulação processual do contencioso administrativo fiscal, no título das disposições gerais, recomenda que se apliquem ao processo administrativo determinados princípios jurídicos, “sem prejuízo de outros princípios de direito” (art. 2º). Dentre esses princípios, no que concerne ao caso em tela, aflora o princípio da proporcionalidade, que se traduz na dosimetria da pena em função da gravidade da falta e da situação individual do infrator. Esse princípio reflete-se no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o qual admite que o órgão julgador cancele ou reduza a multa, se não tiver havido dolo, fraude ou simulação, e desde que o fato não tenha implicado falta de pagamento de imposto.

A penalidade aplicada no presente lançamento fiscal, apesar de legalmente prevista, no meu entender além de absurda é desproporcional.

Assim, considerando o montante lançamento, bem como o princípio da razoabilidade e o fato de que, a punição tem que ter caráter sancionatório e educativo, e não ter como finalidade a arrecadação de recursos financeiros ao fisco, considero que a redução da penalidade mantida pelo Relator a 20% quanto às Infrações 1 e 3 atende à finalidade sancionatória e educativa da referida penalidade, sem embargo da redução aplicada em razão da retroatividade benigna da norma.

Desta feita, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

Quanto à Infração 2 acompanho o voto do nobre relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão por maioria, com voto de qualidade do Presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **157064.0021/14-8**, lavrado contra **UCI-ORIENT LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$43.874,19**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência - Infrações 1 e 2) - Conselheiros(as): Paulo Danilo Reis Lopes, Denise Mara Andrade Barbosa e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência - Infrações 1 e 2) - Conselheiros: Daniel Ribeiro Silva, José Antonio Marques Ribeiro e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - – PRESIDENTE/RELATOR

DANIEL RIBEIRO SILVA - VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de decadência - Infrações 1 e 2)