

A. I. Nº - 147324.0011/07-0
AUTUADO - LEBRE TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA.
AUTUANTE - AÍDA HELENA VASCONCELOS VALENTE
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 25/03/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0058-03/08

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. A legislação só admite a utilização do crédito pelo valor corretamente calculado. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO AO DIREITO DE USO. Inexistência de documentos que acobertem e dêem sustentação ao lançamento efetuado pelo sujeito passivo Imputações não elididas. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. VENDAS PARA ENTREGA FUTURA. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. NOTA FISCAL SEM DESTAQUE DO IMPOSTO. Não restou caracterizado que as operações se referem a simples faturamento. Nesta situação, o imposto deve ser destacado no documento fiscal e lançado pelo emitente. Infração caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. É devida a imposição das multas de 10% e 1%, respectivamente, sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações reconhecidas pelo sujeito passivo. Rejeitado o pedido de realização de Diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 26/09/2007 e exige o pagamento de ICMS no valor de R\$52.894,26, acrescido da multa no percentual de 60%, além de penalidades por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$7.687,54, pelas infrações descritas a seguir:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais. Meses de agosto e setembro/2003. ICMS no valor de R\$8.876,04.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação. Mês de dezembro/2003. ICMS no valor de R\$18.946,74.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação dos competentes documentos comprobatórios do direito ao referido crédito. Meses de junho e dezembro/2003. ICMS no valor de R\$8.876,04.

Infração 04: Recolhimento a menos de ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto localizados em outra Unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual. Meses de janeiro, julho a setembro/2002; abril e dezembro/2003. ICMS no valor de R\$9.901,79.

Infração 05: Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Mês de dezembro/2003. ICMS no valor de R\$9.084,60.

Infração 06: Deu entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Meses de janeiro, março e maio/2002; abril, julho, agosto/2003. Multa no valor de R\$6.895,42.

Infração 07: Deu entrada, no estabelecimento, de mercadorias não sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Meses de maio, junho e dezembro/2002. Multa no valor de R\$792,12.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente habilitado à fl. 230, ingressa com impugnação ao lançamento fiscal às fls. 201 a 214, reproduzindo os termos das imputações, reconhecendo o cometimento das infrações 04, 06 e 07 e alegando, quanto às demais:

Infração 01: Diz não ter ocorrido, transcrevendo caput, §5º e inciso I do artigo 93, caput e inciso VIII do artigo 97, ambos do RICMS/BA. Aduz que houve o correto aproveitamento do ICMS destacado nos documentos fiscais. Que as notas fiscais utilizadas para a confecção do levantamento fiscal informam “operações de remessa pelo emitente de peças e/ou componentes eletrônicos novos para substituição de idênticas peças e/ou componentes defeituosos, em decorrência de cláusula contratual de garantia sobre equipamentos anteriormente vendidos.” Que o contribuinte é pessoa jurídica de direito privado e que, “dentre suas atividades comercializa equipamentos eletrônicos e de informática que, como naturalmente acontece, são comercializados com cláusulas de garantia das peças e/ou componentes que os compõem.” Que, por garantia contratual assumida, em razão de quebra de peça e/ou equipamento anteriormente vendido, solicita ao fornecedor nova peça, ou componente, para ser utilizado na substituição do item defeituoso. Que o fornecedor, ao remeter-lhe o item, utiliza-se da alíquota interna de seu Estado de origem que é, na hipótese em análise, 19%. Que, no ato da devolução do item ao fornecedor, o autuado, para não se creditar indevidamente do ICMS destacado, “deve fazê-lo utilizando-se da alíquota aplicada na Nota Fiscal quando a peça e/ou componente para substituição lhe foi remetida” pelo fornecedor, ou seja, na hipótese dos autos, 19%. Que se, nessa devolução, o autuado utilizasse a alíquota interestadual de 7%, ou a alíquota interna da Bahia, de 17%, isto geraria crédito indevido de 12%, ou 2%, conforme a hipótese, e que isto não ocorreu no caso em análise.

Que, assim, entende que não existiu utilização indevida de crédito, porque a alíquota utilizada nas notas fiscais de devolução ao fornecedor é a alíquota interna do Estado de origem do mesmo, o que o autuado assevera que anularia “o crédito gerado com o recebimento da peça para substituição.” Alega que a infração 01 é improcedente.

Infração 02: Aduz que houve “regular anulação de crédito.” Que, conforme notas fiscais de entrada colacionadas pelo Fisco, estas foram emitidas apenas para registrar a devolução, por parte da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, de mercadorias que lhe foram anteriormente vendidas. Que as referidas operações de vendas tiveram notas fiscais regularmente emitidas e escrituradas pelo autuado. Que a ANS, contudo, não realiza operações mercantis e não emite notas fiscais, razão pela qual a devolução da mercadoria que adquire “se dá com a simples remessa da mercadoria.” Que, assim, o autuado emite uma nota fiscal de entrada para anular o “crédito fiscal” gerado com a emissão da nota fiscal de saídas, descrevendo, nesta nota fiscal de entrada, a mesma operação mercantil anteriormente realizada, apenas invertendo o pólo da operação, desta forma “possibilitando a regular escrituração da operação de devolução e,

conseqüentemente, anulando o crédito fiscal.” Repete que não houve utilização indevida de crédito fiscal e, sim, “regular procedimento de anulação de crédito fiscal de ICMS”, pelo que entende que a infração 02 é improcedente.

Infração 03: Diz ser situação análoga à identificada na infração 02, tendo ocorrido regular “anulação de crédito”. Que, conforme notas fiscais de entrada colacionadas pelo Fisco, estas foram emitidas apenas para registrar a devolução, por parte de pessoa jurídica diversa do autuado, adquirente de mercadorias que lhe foram anteriormente vendidas. Que as referidas operações de vendas foram devidamente registradas por notas fiscais de saídas regularmente emitidas e escrituradas pelo autuado.

Que o autuado emite uma nota fiscal de entrada para anular o “crédito fiscal” gerado com a emissão da nota fiscal de saídas, descrevendo, nesta nota fiscal de entrada, a mesma operação mercantil anteriormente realizada, apenas invertendo o pólo da operação, desta forma “possibilitando a regular escrituração da operação de devolução e, conseqüentemente, anulando o crédito fiscal.” Entende que a infração 03 é improcedente.

Infração 05: Diz tratar-se de “mercadorias decorrentes de operação de venda à ordem, remetidas exclusivamente às unidades da PETROBRÁS (...) (e.g.: Camaçari, Salvador, etc)”, pessoa jurídica que faz jus a regime especial de tributação de ICMS, “sendo o mesmo centralizado na unidade da PETROBRÁS” em Catu, município do interior do Estado da Bahia. Que tal procedimento encontra amparo no Processo nº 657.626/93 e Parecer nº 863/93, e no Processo nº 016.593/98 e Parecer nº 1.1260/98, todos do DAT/DITRI/GECOT da SEFAZ/BA.

O contribuinte assevera que a emissão das notas fiscais colacionadas aos autos pela autuante “destinam-se exclusivamente a simples faturamento, simples controle contábil, destituídas de qualquer valor fiscal”, pelo que aduz que não há que se falar em recolhimento de ICMS.

Transcreve caput e parágrafo único do artigo 411 do RICMS/BA, caput e inciso II do artigo 1º, caput e incisos IV e VI do artigo 2º, ambos do Convênio SINIEF s/nº de 15/12/1970 (criou o Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais), e diz que a infração 05 deve ser julgada improcedente, não tendo, o Fisco, atentado “para as peculiaridades do caso”.

O sujeito passivo conclui pedindo a declaração de procedência parcial da autuação, e requerendo a determinação de realização de diligência pela ASTEC/CONSEF para a apreciação da documentação acostada aos autos, e protesta pela juntada posterior de documentos.

O autuado junta ao PAF, denominando como “Doc. Infração 03”, às fls. 215 a 220, cópias parcialmente ilegíveis de notas fiscais, entre as quais as Notas Fiscais nºs 029204 (fls. 218 e 219, e anexada pela autuante à fl. 25) e 30318 (fl. 220, e anexada pela autuante à fl. 26), todas por si emitidas em operações com a Companhia Estadual de Águas e Esgotos, inscrita no Estado sob nº 84.780.707; e, denominando como “Doc. Infração 02”, às fls. 221 a 225, anexa cópias das Notas Fiscais nºs 30283 (fl. 222, e anexada pela autuante à fl. 23), 30419 (fl. 223, e anexada pela autuante à fl. 22), 30282 (fl. 224, e anexada pela autuante à fl. 21) e 30421 (fl. 225, e anexada pela autuante à fl. 20), por si emitidas em operações com a ANS, isenta de inscrição no cadastro de contribuintes de ICMS do Estado da Bahia.

A autuante pronuncia-se às fls. 240 a 243, citando que o contribuinte reconhece o cometimento das infrações 04, 06 e 07 e ratificando os termos das demais imputações, pelos motivos a seguir:

Infração 01: o autuado utilizou o crédito fiscal de 19% nas entradas de mercadorias provenientes do Rio de Janeiro, conforme cópias do seu livro Registro de Entradas (fls. 160 a 169), quando deveria ter utilizado 7%, e que a diferença foi objeto de autuação. Que a justificativa do autuado configura procedimento em desacordo com os artigos 516 a 520 da Seção I do capítulo XXXVI do RICMS/BA, que trata da substituição de peças em virtude de garantia, por concessionário, revendedor, agência ou oficina autorizada.

Infração 02: Foram considerados como crédito indevido, registrados no livro Registro de Entradas, à fl. 182, aqueles provenientes das notas fiscais de entrada às fls. 20 e 21, emitidas pelo autuado para registrar a devolução de venda por pessoa jurídica não considerada contribuinte, ou não obrigada à emissão de nota fiscal, sem que o contribuinte, entretanto, apresentasse indício, ou prova inequívoca, da devolução. Transcreve, a respeito, caput e incisos I e II do §2º do RICMS/BA, e aduz que o autuado não apresentou, na defesa, fato que acarretasse modificação da ação fiscal.

Infração 03: Afirma que houve utilização indevida de crédito sem a apresentação do documento que comprovasse o direito ao referido crédito fiscal, escriturado no livro Registro de Entradas às fls. 154 e 180, proveniente da emissão de notas fiscais de entradas, pelo autuado, para incorretamente acobertar uma “devolução” por parte da empresa Companhia Estadual de Águas e Esgotos –CEDAE, com inscrição estadual nº 84.780.707, obrigada à emissão de nota fiscal, e que este procedimento não tem amparo na legislação estadual.

Infração 05: Assevera ter constatado, após análise das Notas Fiscais nºs 30426 (fl.35) e 30427 (fl. 36), que se trata de mercadorias tributadas em operação de venda para entrega futura, com CFOP 5117, cujo conteúdo discriminador transcreve, bem como descreve a operação objeto do CFOP 5922, que trata de registros efetuados a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura.

A autuante copia os textos dos artigos 411 e 412 do RICMS/BA, e afirma que as citadas notas fiscais não são para simples faturamento – estas, sem incidência do imposto - mas, sim, de venda para entrega futura. Que o autuado não destacou e não recolheu o ICMS devido, praticando operações tributáveis como se fossem não tributáveis. Que o contribuinte não apresentou, nem à época da ação fiscal, nem em sua impugnação, o documento fiscal com o lançamento e, conseqüentemente, com o recolhimento do ICMS, que porventura tenha ocorrido, referente às operações objeto de questionamento.

Conclui ressaltando que não foi apresentado fato que pudesse evidenciar uma alteração do lançamento fiscal, pelo que pede a manutenção do feito.

Na sentada de julgamento, em sua sustentação oral, o contribuinte argüiu preliminar de nulidade em relação à infração 05 porquanto, embora a descrição da imputação consista em “Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.”, o enquadramento legal traz a indicação do “Artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.”

VOTO

Inicialmente observo que, embora tendo vindo a argüir, em sustentação oral, preliminar de nulidade em função de erro na indicação do dispositivo regulamentar concernente ao enquadramento legal da infração 05, o sujeito passivo, em sua impugnação às fls. 201 a 214, demonstrou ter pleno conhecimento e entendimento dos fatos que lhe foram imputados tendo, inclusive, na sustentação de suas afirmativas quanto ao mérito da autuação, transcrito o caput, e parágrafo único, do artigo 411 do RICMS/BA, que tratam de venda à ordem, ou para entrega futura. Ademais, a descrição da imputação no Auto de Infração: “Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.”, explicita, de maneira inequívoca, a situação de fato que ensejou o lançamento de ofício.

Prevê o artigo 19 do RPAF/99 que não implica em nulidade o erro na indicação de dispositivo regulamentar desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Neste sentido, estando evidenciado, no texto do Auto de Infração, a que se refere a imputação e, ademais, conforme os termos da impugnação, que o contribuinte compreendeu a imputação,

tendo o mesmo exercido regularmente o seu direito de defesa, não acolho a arguição de nulidade quanto a este item do lançamento de ofício.

Indefiro o pedido de determinação de realização de Diligência por fiscal estranho ao feito, nos termos do artigo 147, inciso I, alíneas “a” e “b”, do RPAF/99, por considerar que os dados constantes do processo são suficientes para a formação de minha convicção e porque tal diligência destinar-se-ia a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal da empresa, bem como a documentos que pertencem ao contribuinte, pelo que o mesmo poderia ter juntado suas cópias ao processo, quando da impugnação ao lançamento de ofício.

No mérito, a lide em estudo trata de sete infrações à legislação do ICMS, conforme exposto no Relatório.

Quanto às infrações 04, 06 e 07, reconhecidas pelo sujeito passivo e lastreadas, respectivamente, nos documentos de fls. 27 a 33; 37 a 46 e 47 a 56 dos autos, considero-as procedentes, inexistindo controvérsias.

No que tange à infração 01, utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos termos dos artigos 93 § 5º, inciso I, e 97, inciso VIII, ambos do RICMS/BA, o direito ao crédito limita-se àquele corretamente calculado, independentemente de o imposto ter sido destacado a mais, no documento fiscal que acoberta a entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário:

art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

§ 5º Somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado:

I - se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal;

art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

VIII - nas situações do § 5º do art. 93, relativamente à parte excedente;

Quando da saída da peça nova em substituição à defeituosa, o contribuinte deve utilizar a alíquota interna, de 17%, consoante artigo 520 do RICMS/BA, e não a alíquota de 19%, conforme afirma realizar:

art. 520. Na saída da peça nova em substituição à defeituosa, o concessionário, revendedor, agência ou oficina autorizada deverá emitir nota fiscal indicando como destinatário o proprietário da mercadoria, com destaque do imposto, quando devido, cuja base de cálculo será o preço cobrado do fabricante pela peça e a alíquota será a aplicável às operações internas.

Tratando-se de mercadoria enviada pelo Estado do Rio de Janeiro, o uso do crédito fiscal está limitado a 7% do valor da mercadoria que lhe foi enviada, alíquota interestadual aplicável nas operações e prestações realizadas na Região Sudeste, destinadas à Região Nordeste, nos termos do inciso II do parágrafo único do artigo 1º da Resolução nº 22/89 do Senado Federal, independentemente do montante de ICMS destacado pelo remetente no documento fiscal. Verifico que o autuado utilizou o crédito fiscal de 19% nas entradas de mercadorias provenientes do Rio de Janeiro, conforme demonstrativos de fls. 10 a 19 e cópias do seu livro Registro de Entradas às fls. 160 a 169, quando deveria ter utilizado 7%, e a diferença apurada pelo Fisco foi objeto de autuação. A legislação do ICMS tem normas próprias, que devem ser obedecidas pelos contribuintes do imposto. Assinalo que o contribuinte não trouxe, ao processo, prova de que as

entradas de mercadorias, e as saídas respectivas, deram-se dentro do mesmo período mensal de apuração do ICMS, o que poderia ser objeto de análise para a verificação de sua argumentação quanto a que não houve prejuízo ao erário. Infração 01 caracterizada.

No quanto pertinente à infração 02, utilização indevida de crédito fiscal a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, o contribuinte não apresenta prova, nos autos, de que emitiu as notas fiscais de entrada, às fls. 20 e 21, para registrar a devolução, por parte da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, de mercadorias que lhe foram anteriormente vendidas. Não há comprovação, no processo, da ocorrência regular de tais operações comerciais de venda, com débito do imposto e seu recolhimento, e decorrente devolução de mercadorias, entre a ANS e o autuado, e nem do direito aos valores de crédito fiscal registrados no livro Registro de Entradas, à fl. 182. As regras atinentes a operações de devolução de mercadorias, situação alegada pelo sujeito passivo, encontram-se expressas no RICMS/BA, em especial em seu artigo 653, § 2º, incisos I e II, do RICMS/BA, e o sujeito passivo não trouxe, ao processo, comprovação de seu cumprimento:

art. 653. O estabelecimento que receber, em virtude de garantia, troca, inadimplemento do comprador ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de Nota Fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução.

§ 2º Nas hipóteses deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:

I - emitir Nota Fiscal, na entrada das mercadorias, mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso;

II - obter, na Nota Fiscal (entrada) referida no inciso anterior ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade;

Nos termos do artigo 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de comprovar o que afirma. Infração 02 caracterizada.

No quanto atinente à infração 03, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação dos competentes documentos comprobatórios do direito ao referido crédito, o contribuinte diz ser situação análoga à identificada na infração 02, e que as notas fiscais de entrada colacionadas pelo Fisco foram emitidas apenas para registrar a devolução de mercadorias que vendera anteriormente. Contudo, o sujeito passivo não anexa, ao processo, comprovação da ocorrência regular de operações comerciais de venda com débito do imposto e seu recolhimento, e decorrente devolução de mercadorias, entre a empresa Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, com inscrição estadual nº 84.780.707, obrigada à emissão de nota fiscal, e o autuado. Por conseguinte, não comprova o direito ao crédito fiscal escriturado no livro Registro de Entradas às fls. 154 e 180. Infração 03 caracterizada.

No que diz respeito à infração 05, falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, o autuado aduz tratar-se de “mercadorias decorrentes de operação de venda à ordem, remetidas exclusivamente às unidades da PETROBRÁS (...)” pessoa jurídica com regime especial de tributação de ICMS, centralizado na unidade da PETROBRÁS em Catu, município do interior do Estado da Bahia, e que tal procedimento encontra amparo no Processo nº 657.626/93 e Parecer nº 863/93, e no Processo nº 016.593/98 e Parecer nº 1.1260/98, todos do DAT/DITRI/GECOT da SEFAZ/BA. Da análise de tais

processos e respectivos pareceres, citados pelo autuado e constantes dos arquivos da SEFAZ, verifico que dizem respeito à centralização do cumprimento das obrigações acessórias e principal da empresa PETROBRÁS em seu estabelecimento situado em Catu, tal como diz o autuado. Contudo, o Parecer GETRI nº 863/93 ressalva que a concessão do Regime Especial não dispensa a PETROBRÁS do cumprimento das demais obrigações principal e acessórias previstas na legislação tributária. Ademais, tais Pareceres não dizem respeito ao cumprimento das obrigações tributárias pelo autuado.

Embora o contribuinte afirme que a emissão das Notas Fiscais nºs 30426 (fl.35) e 30427 (fl. 36), colacionadas aos autos pela autuante, “destinam-se exclusivamente a simples faturamento, simples controle contábil, destituídas de qualquer valor fiscal”, verifico que se trata de mercadorias tributadas em operação de venda para entrega futura, com Código Fiscal de Operações e Prestações - CFOP 5.117 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, originada de encomenda para entrega futura, e que classificam-se neste código 5.117 as vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento, quando da saída real da mercadoria, cujo faturamento tenha sido classificado no código “5.922 - Lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura”. Assim, assiste razão à autuante quanto a que as citadas notas fiscais de fls. 35 e 36 não são para simples faturamento – estas, sem incidência do imposto-mas, sim, de venda para entrega futura.

Nos termos dos artigos 411 e 412 do RICMS/BA, quando emitidas notas fiscais de simples faturamento não deverá haver destaque, nem incidência do imposto, mas nas notas fiscais de venda para entrega futura deverá ser efetuado o destaque do ICMS, com o respectivo recolhimento do tributo.

RICMS/BA:

art. 411. Nas vendas à ordem ou para entrega futura, poderá ser emitida Nota Fiscal, com indicação de que se destina a simples faturamento, vedado o destaque do ICMS (Conv. SINIEF s/nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87).

art. 412. Nas vendas para entrega futura, por ocasião da efetiva saída global ou parcelada da mercadoria, o vendedor emitirá Nota Fiscal em nome do adquirente, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

I - como valor da operação, aquele efetivamente praticado no ato da realização do negócio, conforme conste na Nota Fiscal relativa ao faturamento, se emitida, sendo que, no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares", será consignada a base de cálculo prevista no inciso VIII do art. 56;

II - o destaque do ICMS, quando devido;

III - como natureza da operação, a expressão "Remessa - entrega futura";

IV - o número de ordem, a série e a data da emissão da Nota Fiscal relativa ao simples faturamento.

Não tendo o autuado destacado, nem recolhido, o ICMS devido, praticou operações tributáveis como se fossem não tributáveis. Assinalo que o contribuinte não acostou ao processo documento fiscal com o destaque do imposto, consoante previsto no inciso II do artigo 412 do RICMS/BA, e nem comprovou o recolhimento do ICMS referente às operações objeto da imputação. Tratando-se de elementos probatórios de que necessariamente o contribuinte deveria dispor, a sua não apresentação pelo sujeito passivo importa em presunção de veracidade da imputação, nos termos do artigo 142 do RPAF/99. Infração 05 não elidida.

Assinalo, por oportuno, quanto aos dispositivos utilizados no enquadramento da infração 05, mencionados equivocadamente como “Artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.”, que o fato descrito na imputação está enquadrado nos artigos 56, inciso VIII, alínea “a”, 412, inciso I, e 124, todos do RICMS/BA, consoante usualmente inseridos, automaticamente, pelo Sistema Informatizado de Emissão de Auto de Infração - SEAI:

art. 56. A base de cálculo do ICMS, nas operações internas e interestaduais realizadas por comerciantes, industriais, produtores, extratores e geradores, quando não prevista expressamente de forma diversa em outro dispositivo regulamentar, é:

VIII - na hipótese de contrato mercantil de venda para entrega futura de mercadoria:

a) o valor constante no contrato, quando celebrado concomitantemente com o documento fiscal emitido para fins de faturamento, devidamente atualizado a partir do vencimento da obrigação comercial até a data da efetiva saída da mercadoria;

art. 124. O recolhimento do ICMS será feito (art. 980):

I - até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores:

a) pelos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto;

(...)

art. 412. Nas vendas para entrega futura, por ocasião da efetiva saída global ou parcelada da mercadoria, o vendedor emitirá Nota Fiscal em nome do adquirente, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

I - como valor da operação, aquele efetivamente praticado no ato da realização do negócio, conforme conste na Nota Fiscal relativa ao faturamento, se emitida, sendo que, no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares", será consignada a base de cálculo prevista no inciso VIII do art. 56;

Observo também que, no que tange ao dispositivo da multa aplicada na infração 05, citado equivocadamente no Auto de Infração como inciso IX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, tratando-se de falta de recolhimento de ICMS em razão de o sujeito passivo ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, é aplicável a penalidade prevista no inciso II, alínea “a”, do mesmo artigo:

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

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

a) em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente;

Ressalto que no Auto de Infração consta, corretamente, a aplicação do percentual de multa de 60% sobre o montante do imposto não recolhido.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **147324.0011/07-0**, lavrado contra **LEBRE TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$52.894,26**, acrescido das multas de 60% previstas no artigo 42, incisos II, alínea “a”, VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$7.687,54**, previstas no artigo 42, incisos IX e XI, da mencionada Lei, modificada pela Lei nº 10.847/07, e dos acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – JULGADOR