

A. I. N.^º - 232185.0104/07-9
AUTUADO - ADÃO MOREIRA MAFRA & CIA LTDA.
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFRAZ BRUMADO
INTERNET - 01/07/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0191-03/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir, para comercialização, mercadorias não enquadradas no regime da substituição tributária, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Comprovado o recolhimento espontâneo de parte do débito lançado. Exigência fiscal parcialmente elidida. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Imputação elidida. 3. PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Pagamentos não contabilizados autorizam a presunção legal de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto. Imputação parcialmente elidida. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. ENTRADA DE MERCADORIAS. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. MULTA. Comprovado que parte dos valores inicialmente lançados encontrava-se registrada nas DMEs. Infração parcialmente elidida. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO EM LUGAR DA EMISSÃO DE CUPOM FISCAL A QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada, porém com o percentual de multa reduzido de 5% para 2% do valor da operação por força da alteração introduzida na alínea “h” do inciso XIII-A da Lei n^º 7.014/96 pela Lei n^º 10.847, de 27/11/2007, c/c o artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2007, reclama ICMS no valor de R\$56.131,42, e aplica multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$16.921,63, pelas infrações descritas a seguir:

Infração 01 - Falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Consta, na descrição dos fatos, que as mercadorias destinavam-se a comercialização. Exercício de 2004: meses de março e abril; exercício de 2005: meses de março e novembro. ICMS no valor de R\$2.081,02, acrescido da multa de 50%.

Infração 02 - Recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Consta, na descrição dos fatos, que as mercadorias destinavam-se a comercialização. Exercício de 2005: mês de dezembro; exercício de 2006: meses de março e junho. ICMS no valor de R\$1.026,73, acrescido da multa de 50%.

Infração 03 - Falta de recolhimento de ICMS em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. Consta, na descrição dos fatos, que o ICMS foi calculado à alíquota de 17%, deduzido o crédito de 8%, conforme previsto no RICMS/BA. Exercício de 2002: meses de julho a outubro; exercício de 2004: meses de fevereiro a abril. ICMS no valor de R\$10.682,86, acrescido da multa de 70%.

Infração 04 - Falta de recolhimento de ICMS em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da verificação de ocorrência de pagamentos não registrados. Consta, na descrição dos fatos, que os pagamentos não foram registrados no livro Caixa. Exercício de 2002: mês de outubro; exercício de 2003: meses de janeiro a abril, novembro e dezembro; exercício de 2004: meses de janeiro, e de maio a novembro; exercício de 2005: meses de janeiro, outubro e novembro; exercício de 2006: meses de janeiro e junho. ICMS no valor de R\$42.340,81, acrescido da multa de 70%.

Infração 05 - Omissão de dados de entradas de mercadorias no estabelecimento, nas informações econômico-fiscais apresentadas através de Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – DME. Exercícios de 2003 a 2006. Multa no valor de R\$12.188,52

Infração 06 - Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte emitiu nota fiscal modelos D-1, D-2 e nota fiscal microempresa para acobertar saídas de mercadorias a consumidores, ao invés de emitir o cupom fiscal a que está obrigado, nos termos do artigo 238 do RICMS/BA. Exercício de 2003: meses de janeiro a dezembro; exercício de 2004: meses de janeiro, abril, maio, julho e dezembro; exercício de 2005: mês de janeiro. Multa no valor de R\$4.733,11.

O autuado apresenta impugnação às fls. 1080 a 1094 (volume IV), na qual inicialmente reproduz os termos da autuação e a seguir expõe, quanto às imputações:

Infração 01- exercício de 2004: meses de março e abril - o ICMS fora recolhido antes da autuação, por valor superior ao exigido pelo autuante, conforme tabelas que elabora à fl. 1083. Exercício de 2006: mês de novembro – afirma ter sido efetuado o pagamento da metade do valor autuado, restando diferença a recolher no valor de R\$239,02, conforme tabela às fls. 1083 e 1084. Reconhece o débito tributário no montante de R\$517,23.

Infração 02 – afirma que, apesar de ter feito a apuração correta do tributo, não localizou os comprovantes do pagamento, o que leva a crer que foram extraviados, ou não pagos. Admite a manutenção do valor integral lançado.

Infração 03 – tece considerações acerca da atividade do Fisco, assinalando que houve lapsos na auditoria do fluxo de caixa realizado, porque o autuante não teria lançado várias notas de vendas de mercadorias. Apresenta, às fls. 1085 a 1088, tabela com relação das notas fiscais não lançadas pelo auditor no exercício de 2002, e cálculos à fl. 1089, com os quais afirma ter ocorrido saldo devedor, e não credor, em 2002. Quanto ao exercício de 2004, afirma anexar cópia do seu livro

Caixa (fls. 1235 a 1249), que assevera provar não existir saldo credor nesse ano. Contesta integralmente a imputação.

Infração 04 – Afirma que todos os pagamentos, no período de 31/07/2004 a 30/11/2004, no total de R\$101.524,05, referem-se a aquisição através de consórcio, conforme prestações anexas ao PAF (fls.1185 a 1234), e lançadas no livro caixa, que afirma que se encontrava em poder do autuante. Aduz que os pagamentos referentes aos períodos de ocorrência de 31/03/2003 a 31/08/2004 encontram-se também lançados no livro Caixa, e que por lapso o auditor não observou os mesmos. Assevera que, para fazer provas dos lançamentos no livro caixa da empresa, anexa ao processo planilha (fl. 1095), na qual demonstra os número de notas fiscais, valor e data do lançamento no livro caixa. Aduz que o pagamento no valor total de R\$94.198,11 refere-se a aquisição de dois semi-reboques marca Randon SA, adquiridos através do consórcio Nacional Volvo S/C LTDA, com alienação fiduciária ao referido consórcio, conforme afirma que provam as prestações pagas e lançadas no livro Caixa e as notas fiscais anexadas (fls.1250 e 1251).

Infração 05 – Afirma que houve equívoco do autuante e que todas as aquisições da empresa para o ativo imobilizado foram lançadas na DME, além de outras, totalizando R\$305.635,00, conforme DME que anexa ao processo (fls. 1181 e 1182). Contesta a imputação.

Infração 06 – Impugna alegando que em toda a sua história não cometeu fraude, dolo, simulação, bem como não causou prejuízo ao Estado, para ser penalizado. Que, apesar de ser um contribuinte micro, cumpre com rigor as suas obrigações fiscais e para-fiscais, mantendo a regularidade de sua escrituração. Que as vendas efetuadas utilizando a nota fiscal modelo D-1 ocorreram por razões técnicas, e às vezes por problemas simples de operacionalização, o que levou a máquina a ficar parada, tendo sido emitida a nota fiscal conforme preceitua o §2º do artigo 238 do RICMS/BA. Que as notas fiscais de microempresa, emitidas durante o período fiscalizado, em algumas situações o foram por solicitação do adquirente, e em grande maioria dos casos ocorreu a necessidade de que o transporte da mercadoria fosse feito pelo próprio adquirente, ou utilizando o transporte de terceiro, ocorrendo assim a necessidade da identificação do adquirente, endereço e transportador. Que pode ser observado que há notas fiscais de valor elevado, mas com poucos itens, pelo que o auditor poderia, em poucos minutos, saber a quantidade de produtos vendidos. Que o simples descumprimento de uma obrigação acessória levou o autuante a desconsiderar que havia outros elementos suficientes para verificar a possibilidade de sonegação. Que a multa indicada nesta imputação caracteriza uma ofensa direta e formal ao artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que proíbe o confisco tributário, ainda que sob o disfarce da aplicação de multa confiscatória para penalizar mera infração regulamentar, nomeadamente quando não estiver presente sonegação fiscal, “o que só existiria, pela sua materialidade e autoria, reconhecido em processo-crime, após trânsito em julgado (CF/88 art. 5, LVII).” Questiona a atuação do Fisco, citando o artigo 938 do RICMS/BA visto que, segundo afirma, desde janeiro/2003, tendo passado por diversas fiscalizações, não foi orientado quanto ao cumprimento da norma tributária em vigor. Considera desconexa a tipificação da infração 06 no artigo 824-D, que reproduz.

Assevera que o valor do Auto de Infração deve ser de R\$1.543,96, em lugar de R\$73.053,05, a partir da impugnação e dos documentos apresentados. Conclui requerendo a declaração de procedência parcial da autuação.

O autuante presta informação fiscal às fls. 1263 a 1265 (vol. IV), inicialmente descrevendo os termos da impugnação e a seguir concordando parcialmente com as alegações do defendant, nos seguintes termos:

Infração 01 - Acata em grande parte a defesa, afirmando ainda restar o valor de R\$278,23, referente à antecipação da Nota Fiscal nº 3522, de março/2005. Demonstrativo à fl. 1266.

Infração 02 – Afirma que “fica acrescida, conforme demonstrativo anexo, face reconhecimento de recolhimento parcial de elemento da infração 01, passando a figurar nesta infração.” Demonstrativo à fl. 1267, 1271 e 1272.

Infração 03 – Concorda integralmente com o autuado, asseverando não existir saldo credor de caixa, vez que várias notas fiscais de vendas não haviam sido relacionadas em seu papel de trabalho.

Infração 04 – Afirma que várias notas foram registradas no livro Caixa, e apresenta novo demonstrativo, com exclusão das notas fiscais contabilizadas. Demonstrativo às fls. 1268, 1273 e 1274.

Infração 05 – Aduz que várias entradas foram contabilizadas, e apresenta novo demonstrativo, com as retificações devidas. Demonstrativo às fls. 1269, e 1275 a 1278.

Infração 06 – Afirma que o artigo 238 do RICMS/BA prevê a obrigatoriedade de emissão de cupom fiscal para o usuário de ECF. Que o fato de o contribuinte necessitar emitir nota fiscal não o exime da emissão do cupom fiscal obrigatório, o qual será anexado à nota fiscal do talão nos termos do §1º do artigo 238, que transcreve. Que o descumprimento de obrigação acessória a converte em principal. Cita o tributarista Luciano Amaro, e afirma que, desde que a tributação se faça nos limites autorizados pela Constituição, a transferência de riqueza do contribuinte para o Estado é legítima, e não confiscatória. Que o contribuinte não pode alegar desconhecimento da legislação tributária. Que a tipificação foi automática, pelo sistema gerador de Auto de infração mas que, contudo, na descrição da infração foi enfatizado o descumprimento do artigo 238 do RICMS/BA. Que o artigo 19 do RPAF/99 prevê que o erro de indicação não implica em nulidade desde que, na descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Conclui solicitando que o contribuinte seja cientificado da informação fiscal, sendo-lhe entregue cópias dos novos demonstrativos que acosta às fls. 1266 a 1278.

A Carteira de Cobrança da INFRAZ de origem científica o contribuinte do teor da informação fiscal, entregando-lhe cópias dos novos demonstrativos, conforme documento de fls. 1279 e 1280.

O contribuinte volta a se manifestar à fl. 1282 (vol. IV), aduzindo que não concorda com o teor da informação fiscal, mas que, de acordo com a mesma e com sua impugnação, entende que fica elidida a infração 03. Mantém os termos apresentados em sua defesa, e reitera o pedido de julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração.

Foi juntado, à fl. 1285 dos autos, extrato de pagamento de parte do débito lançado, no valor principal de R\$1.543,96.

Às fls. 1287 a 1289, diante das alegações defensivas relativamente às infrações 01, e 03 a 05, e na busca da verdade material, esta 3ª JJF decidiu converter o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que fiscal estranho ao feito, em relação à infração 01, verificasse se o valor de R\$278,23, referente à antecipação da Nota Fiscal nº 3522, de março/2005, fôra recolhido antes da autuação, como afirmado pelo contribuinte; quanto à infração 03, verificasse se o total das notas fiscais de vendas que não foram lançadas no levantamento de caixa, e estão elencadas às fls. 1085 a 1088, e os cálculos de fl. 1089, cujas cópias o contribuinte afirma que estão anexadas ao PAF às fls. 1099 a 1180, são suficientes para elidir a ocorrência de saldo credor de caixa no exercício de 2002. E, quanto ao exercício de 2004, comparasse o levantamento de caixa realizado pelo auditor com as cópias do livro Caixa anexadas pelo autuado, verificando se tais cópias comprovam, como afirmado pelo contribuinte, que não ocorreu saldo credor de caixa no exercício de 2004; no que diz respeito à infração 04, verificasse se os dados e documentos apresentados pelo defendente comprovam a inexistência dos pagamentos não registrados, no período autuado. Em relação à infração 05, verificasse se todas as entradas de mercadorias elencadas pelos demonstrativos anexados pelo auditor, estavam de fato registradas nas DMES do

contribuinte. Após a análise da documentação, que o diligente elaborasse, se necessário, novos demonstrativos, cientificando autuado e autuante.

Em cumprimento à diligência foi exarado o Parecer ASTEC/CONSEF n° 40/2008, às fls. 1290 a 1294, no qual está informado que:

Infração 01 – o pagamento do valor de R\$278,23, referente à antecipação da Nota Fiscal nº 3522, de março/2005, não foi objeto de impugnação, não estando incluída no levantamento de fl. 1283, elaborado pelo defendant, não tendo sido recolhido à época da autuação.

Infração 03 – Consoante documentos anexados ao processo, e tal como afirmado pelo autuante na informação fiscal, não ocorreu saldo credor de caixa nos exercícios de 2002 e de 2004.

Infração 04 – Os dados do novo levantamento realizado pelo autuante foram confirmados na realização da diligência, existindo pagamentos não contabilizados, tal como demonstrado às fls. 1273 e 1274.

Infração 05 – A diligência ratifica os dados do demonstrativo anexado pelo autuante às fls. 1275 a 1278.

O diligente elabora novo demonstrativo do débito do Auto de Infração, às fls. 1293 e 1294, indicando débito no total de R\$33.777,40 a ser exigido na presente ação fiscal.

O contribuinte recebeu cópia do Parecer ASTEC/CONSEF n° 40/2008, consoante seu recibo à fl. 1296, pronunciando-se às fls. 1298 e 1299, expondo, quanto ao resultado da diligência e às imputações do Auto de Infração:

Infração 01 – Que fica mantido o reconhecimento do valor de R\$517,23 (R\$239,03 + 278,23), apurado em sua planilha anexada à impugnação inicial.

Infração 02 – Mantém o reconhecimento do total do débito lançado de ofício para esta infração.

Infração 03 – Cita que foi eliminada após o reconhecimento dos argumentos defensivos pelo autuante.

Infrações 04 e 05 – Reafirma o não reconhecimento do cometimento das infrações, e aduz que “só na DME do ano calendário de 2004 foi lançado um total de imobilizado de R\$= 305.635,00.”

Infração 06 – Afirma tratar-se de multa punitiva com objetivo único de confisco tributário. Assevera não concordar com os termos da informação fiscal a respeito desta infração, e que mantém, na íntegra, a defesa apresentada. Expressa o entendimento de que esta 3ª JJF fará justiça, apesar de não se ter pronunciado a respeito da multa.

Conclui pedindo pela procedência parcial da autuação, no montante de R\$1.543,95.

O autuante pronuncia-se à fl. 1301, mantendo os termos da informação fiscal de fls. 1293 e 1294, que afirma ter sido ratificada pelo Parecer ASTEC/CONSEF n° 40/2008.

VOTO

Preliminarmente, verifico que encontram-se no processo os seus pressupostos de validade, tendo sido indicados o autuado, o montante e o fato gerador do débito exigido, não estando o Auto de Infração, e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, o Auto de Infração em lide reclama ICMS e aplica multas por descumprimento de obrigações acessórias, pelas infrações descritas no Relatório deste Acórdão.

No que tange à infração 01, falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos termos do artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser

efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. Este procedimento foi observado na ação fiscal.

Verifico, a título de exemplo, da análise dos DAE de fl. 1097, relativo ao recolhimento do ICMS devido pela aquisição relativas às Notas Fiscais elencadas à fl. 1083, que parte do débito lançado fôra recolhido antes da ação fiscal. Observo que o fiscal diligente citou, mas não incluiu, no demonstrativo que elaborou às fls. 1293 e 1294, o débito de R\$239,02, não recolhido antes da ação fiscal, e reconhecido pelo sujeito passivo. Por conseguinte, subsistem os débitos tais como reconhecidos pelo contribuinte, e julgo a Infração 01 procedente em parte, no valor de R\$517,25, conforme tabela a seguir:

INFRAÇÃO 01	DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
	31/03/2005	278,23
	09/12/2006	239,02
	TOTAL	517,25

Com relação à infração 02, recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, o contribuinte a reconhece de forma expressa às fls. 1084 e 1298 dos autos, no total do débito lançado de ofício, pelo que a considero procedente, inexistindo controvérsias.

No que diz respeito à infração 03, falta de recolhimento de ICMS em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, o autuante acata os argumentos defensivos, e o fiscal estranho ao feito, em atendimento à diligência determinada por esta 3ª JJF, conforme descrito no Relatório, à vista dos documentos apresentados pelo contribuinte, ratificou a inexistência de saldo credor de caixa nos períodos apontados na autuação. Imputação 03 elidida.

Quanto à infração 04, falta de recolhimento de ICMS em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da verificação de ocorrência de pagamentos não registrados, constando, na descrição dos fatos, que os pagamentos não haviam sido registrados no livro Caixa, o autuante acata em parte os argumentos defensivos e fiscal estranho ao feito, em atendimento à diligência determinada por esta 3ª JJF as fls. 1287 a 1289, no Parecer ASTEC/CONSEF de fls. 1290 a 1294, confirma o afirmado na informação fiscal quanto à existência de pagamentos não contabilizados. O contribuinte não traz, ao processo, documentos que comprovem a improcedência da presunção, quanto às parcelas não reconhecidas. Assim, com base nos documentos anexados ao processo, e nos demonstrativos de fls. 1268, 1273, 1274, e 1293, considero procedente em parte a infração 04, no total de R\$21.085,89, conforme tabela elaborada à fl. 1293 pelo auditor fiscal diligente.

No que se refere à infração 05, omissão de dados de entradas de mercadorias no estabelecimento, nas informações econômico-fiscais apresentadas através de Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – DME dos exercícios de 2003 a 2006, com a aplicação da multa no valor de R\$12.188,52, o autuante também acata parte dos argumentos defensivos, e fiscal estranho ao feito, no Parecer ASTEC/CONSEF de fls. 1290 a 1294, exarado em atendimento à diligência determinada por esta 3ª JJF as fls. 1287 a 1289, confirma o teor da informação fiscal quanto a que as notas fiscais relacionadas pelo autuante nos demonstrativos de fls. 1275 a 1278 não constaram das DMES. O contribuinte não traz, ao processo, documentos que comprovem que tais valores foram incluídos em suas Declarações de Movimento Econômico relativas aos exercícios fiscalizados. Observo, contudo, que o valor referente ao exercício de 2002 foi lançado equivocadamente, no demonstrativo de débito do Auto de Infração, com a data de ocorrência de 31/12/2006, o que foi corrigido pelo autuante no demonstrativo de fl. 1269, anexado à informação fiscal de fls. 1263 a 1265, tendo sido tal data confirmada na diligência realizada pelo

auditor estranho ao feito, em seu demonstrativo de fl.1294. Assim, com base nos documentos anexados ao processo, no Parecer ASTEC/CONSEF nº 40/2008, e nos demonstrativos de fls. 1269, 1275 a 1278, e 1294, considero procedente em parte a infração 05, no total de R\$6.160,00, conforme tabela elaborada à fl. 1294 pelo auditor fiscal diligente, com a alteração da data de ocorrência de 31/12/2006 para 31/12/2002.

Com relação à infração 06, emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte emitira notas fiscais modelos D-1, D-2 e nota fiscal microempresa, para acobertar saídas de mercadorias a consumidores, ao invés de emitir o cupom fiscal a que está obrigado, nos termos do artigo 238 do RICMS/BA, a aplicação da multa foi contestada pelo recorrente, que admite ter emitido notas fiscais em lugar de cupons fiscais, mas alega que esta opção lhe é facultada pela legislação, nos termos e nas situações que elenca, constantes do Relatório.

Quanto à alegação defensiva da impropriedade dos dispositivos legais aplicados no enquadramento da infração, não a acato, por verificar que os fatos foram descritos com objetividade no lançamento de ofício, bem como foram demonstrados regularmente os cálculos realizados no levantamento de fl. 56 a 61, que é parte integrante do Auto de Infração, estando ainda evidenciado, pelo teor da própria impugnação apresentada, que este compreendeu a imputação e defendeu-se, apenas não tendo acostado, ao processo, documentação que provasse a insubsistência desta imputação.

Nos termos do §2º do artigo 40 da Lei nº 7.014/96, a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção doa gente, ou beneficiário. No mesmo sentido, a alegação de desconhecimento da existência de obrigação acessória não exime o contribuinte do dever de cumprí-la.

Observo que, de acordo o artigo 824-B, do RICMS-BA, os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações, não se enquadrando, o autuado, empresa de pequeno porte do SIMBAHIA no período objeto da imputação, nas exceções previstas nos dispositivos deste artigo.

O contribuinte não comprova que as vendas efetuadas utilizando as notas fiscais modelos D-1 e D-2 ocorreram por razões técnicas ou por sinistro – o que poderia fazer, por exemplo, anexando Atestados de Intervenção Técnica em seus equipamentos emissores de cupom fiscal, relativos ao período objeto desta infração - bem como também não anexa documentos que demonstrem a obediência ao teor dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 238:

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

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

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

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

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

O contribuinte era usuário, à época dos fatos basilares das imputações, de equipamento emissor de cupom fiscal e, conforme admite, emitiu notas fiscais em vendas realizadas para consumidor final, sem comprovar que estava agindo dentro das previsões normativas que o permitissem. Portanto, está provada a ocorrência da infração 06.

Quanto à multa aplicada, a mesma está prevista na Lei nº 7.014/96 e, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade, nem a negativa de aplicação de ato normativo em vigor.

Contudo, o artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional - CTN, prevê:

art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

O Auto de Infração não teve esgotadas as suas possibilidades de recurso administrativo, nos termos dos artigos 166 e 169 a 173, do RPAF/99, bem como assiste, ao contribuinte, o direito à possibilidade de busca da esfera judicial, pelo que não se trata de ato definitivamente julgado. Ao tempo da prática da infração 06, janeiro de 2003 a janeiro de 2005, a multa prevista na alínea “h” do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96 impunha a aplicação do percentual de 5% sobre o valor da operação. Mas a Lei nº 10.847/07, com efeitos a partir de 28/11/2007, modificou este dispositivo, reduzindo de 5% para 2% o percentual a ser aplicado pelo descumprimento desta obrigação acessória. Pelo exposto, passam a ser os seguintes os valores a serem exigidos pela infração 06:

DATA DE OCORRÊNCIA	BASE DE CÁLCULO	MULTA	VALOR
31/01/2003	19.383,77	2%	387,68
28/02/2003	19.904,31	2%	398,09
31/03/2003	23.360,80	2%	467,22
30/04/2003	9.892,12	2%	197,84
31/05/2003	2.135,09	2%	42,70
31/06/2003	3.235,05	2%	64,70
31/07/2003	1.419,15	2%	28,38
31/08/2003	1.397,77	2%	27,96
30/09/2003	87,00	2%	1,74
31/10/2003	1.110,11	2%	22,20
30/11/2003	1.790,43	2%	35,81
31/12/2003	1.266,66	2%	25,33
31/01/2004	3.347,00	2%	66,94
30/04/2004	1.735,20	2%	34,70
31/05/2004	1.219,50	2%	24,39
31/07/2004	761,50	2%	15,23
31/12/2004	1.433,00	2%	28,66
31/01/2005	1.185,00	2%	23,70
TOTAL			1.893,27

Por tudo quanto exposto, a exigência fiscal é improcedente em relação à infração 03; totalmente procedente em relação às infrações 02 e 06; e parcialmente procedente em relação às demais, devendo ser alterada, na infração 05, a data de ocorrência do fato gerador do débito lançado em

31/12/2006 para a data de 31/12/2002, conforme já detalhado neste voto, e consoante dados da tabela a seguir:

INFRAÇÃO	CONCLUSÃO	ICMS DEVIDO	MULTA ICMS	MULTA DESC.OBRIG.ACESSÓRIA
01	PROC. PARTE	517,25	50%	
02	PROCEDENTE	1.026,73	50%	
03	IMPROCEDENTE			
04	PROC. PARTE	21.085,88	70%	
05	PROC. PARTE			6.160,00
06	PROCEDENTE			1.893,27
TOTAL		22.629,86		8.053,27

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$30.683,14, devendo ser homologado o valor recolhido conforme extrato SIGAT à fl. 1285.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232185.0104/07-9, lavrado contra **ADÃO MOREIRA MAFRA & CIA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$22.629,86**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.543,98, e de 70% sobre R\$21.085,88, previstas no artigo 42, incisos I, alínea “b”, item 1, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total **R\$8.053,27**, previstas no artigo 42, incisos XII-A e XIII-A, alínea “h”, da citada Lei, tendo sido o percentual da alínea “h” do inciso XIII-A reduzido de ofício por força da aplicação da retroatividade benéfica com base na Lei nº 10.847/07, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR