

A. I. Nº - 022227.0003/08-1
AUTUADO - DD MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - MARIA MAGNÓLIA SANTIAGO DE OLIVEIRA LIMA
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 23. 12. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0439-01/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial, pelo contribuinte credenciado que adquirir para comercialização mercadorias não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Não acolhida as arguições de devolução das mercadorias indicadas. Exigência fiscal subsistente. **b)** PAGAMENTO A MENOS. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Ficou demonstrado que a nota fiscal do exercício de 2005 se refere a uma filial do sujeito passivo. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir notas fiscais de venda a consumidor, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal, fatos não ocorridos. Infração subsistente. Multa modificada de 5% para 2%, conforme alteração introduzida pela Lei nº 10.847/07, em face da retroatividade benéfica da lei. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/04/2008, reclama o ICMS por descumprimento de obrigação principal e multa por descumprimento de obrigação acessória do ICMS, no valor total de R\$ 65.251,29, relativo às seguintes infrações:

Infração 01 - deixou de efetuar o recolhimento do ICMS da antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas para fins de comercialização. ICMS no valor de R\$ 131,28, acrescido da multa de 60%, relativo ao período de julho de 2007;

Infração 2 - efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas para fins de comercialização. ICMS no valor de R\$ 145,37, acrescido da multa de 60%, relativo ao período de outubro de 2007;

Infração 3 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 540,81, relativo aos exercícios de 2005, 2006 e 2007;

Infração 04 – emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Multa no valor de R\$ 64.433,83, relativo aos períodos de janeiro de 2005 a dezembro de 2007;

O autuado apresentou defesa, às fls. 495 a 505, argumentando que jamais deixou de recolher ou recolheu a menos o ICMS devido por antecipação parcial, razão pela qual não há crédito a ser exigido. Consigna que não teria registrado em escritas fiscais a entrada de mercadorias ou emitido outro documento fiscal no lugar do decorrente do uso de ECF, conquanto, a mesma jamais se colocaria inerte ou atuaria dolosamente, no intuito de burlar os ditames legais, lesionando os cofres públicos.

Quanto à infração 01, aduz que só existe dever jurídico de pagar tributo, quando ocorre o seu fato gerador, tal como definido em lei. Esta regra decorre do princípio da TIPICIDADE CERRADA, que norteia o direito tributário brasileiro. Portanto, para que seja legítima a cobrança do tributo é preciso que o fato ocorrido no mundo das coisas esteja em completa harmonia com a hipótese descrita na norma abstrata, sob pena de violação ao aludido princípio.

Afirma que é notório, que o ICMS vem genericamente previsto no art. 155, II da Constituição Federal e que à luz do citado artigo, denota-se que este tributo incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa a esta circulação.

Complementa que seu fato gerador, seria portanto, exteriorizado por uma saída física de mercadoria de um estabelecimento comercial, industrial ou produtor, promovida, respectivamente, por uma pessoa que seja comerciante, industrial ou produtor com a intenção de passá-la à disposição de outra pessoa. Assim, só a passagem de mercadorias de uma pessoa para outra, transferência da titularidade, por força da prática de um negócio jurídico, é que abre espaço à tributação por meio do ICMS.

Destaca por força da Lei nº 8.967, de 29/12/03, e do Decreto nº 8.969, de 13.02.04, criou-se uma nova sistemática de tributação, a chamada "antecipação parcial". A referida Lei acrescentou o art. 12 - A a Lei nº 7.014/96, que assim dispõe:

Art. 12- A. 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.

Argúi que a Portaria nº 114/04, apenas assegura aos contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuinte do ICMS e desde que não possuam débitos inscritos na Dívida Ativa (a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa), dentre outros requisitos, a prerrogativa de efetuarem o recolhimento do imposto antecipado, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Alega que esse mesmo privilégio não foi concedido aos contribuintes denominados "descredenciados", haja vista que os mesmos estão sendo compelidos ou na iminência de serem compelidos a recolher o ICMS antecipado já no primeiro posto fiscal, o que viola de forma flagrante o Princípio da Igualdade Tributária. No presente caso, a Autuada possui débitos inscritos na Dívida Ativa, que estão sendo oportunamente impugnados. Inclusive, já tendo impetrado um Mandado de

Segurança nº 503332-4/2004, que foi favorável à Autuada tanto em sede liminar, como na sentença. Ressalta que a exigência de recolher o imposto antecipado na primeira repartição fazendária de entrada no Estado, também agride o princípio da tipicidade tributária, uma vez que compele o contribuinte a pagar a exação antes mesmo da ocorrência do fato gerador.

A partir daí o autuado se insurge contra a exigência antecipada do imposto, trazendo os ensinamentos doutrinários de Dr. Heleno Taveira Tôres, e Roque Antonio Carraza, bem como do professor Hugo de Brito Machado. Entende que foi violado art. 114 do CTN.

Assegura que os créditos tributários, alvos do descredenciamento se encontram sob discussão judicial, tornando-o ilícito, cabendo o direito ao autuado de recolhimento no dia 25 do mês subsequente à entrada da mercadoria.

Entende que as infrações 01 e 02, referem-se ao recolhimento por antecipação parcial do ICMS, que está sendo cobrado de forma arbitrária pelo Fisco, já que a Autuada deve constar como contribuinte cadastrada, detentora do benefício do pagamento no dia 25 do mês subsequente à entrada da mercadoria no estabelecimento.

Assegura, ademais, que a nota fiscal nº 079211, em decorrência de um sinistro, foi cancelada e substituída pela Nota Fiscal de nº 080042, com o mesmo valor líquido de R\$2.419,80 (dois mil quatrocentos e dezenove reais, e oitenta centavos) referindo-se ao retomo dos produtos avariados. A mesma teve a sua saída registrada pela NF Venda nº 080081 ora, também acostada aos autos.

Quanto à infração 03, argumenta que as entradas encontram-se registradas no LRE, com notas idôneas e inequívocas, conforme doc. 03, anexo. Complementa que as notas fiscais referentes ao ano de 2005, decorrente da compra de Colchões Plumatex, foram notas oriundas de mercadorias de troca, não tendo sido usado o crédito fiscal referido. Afirma que a autuada para evitar maiores delongas, se dispõe a efetuar o pagamento referente a este período, no valor de R\$ 254,51.

No que tange ao período de 2006, alega que se refere à compra de mercadorias realizada pela sua filial no município de Jacobina-Ba, não cabendo tal cobrança.

Quanto ao período de 2007, argumenta que nota fiscal, de nº 079211, foi cancelada e substituída pela Autuada, em decorrência de um sinistro com o veículo de transporte placas: BWN – 4796, já referida na impugnação da infração 01 e 02.

Aduz que, demonstrando boa-fé na defesa de seus direitos, a mesma reconhece o fato imputado no que tange ao período fiscal de 2005, mas mantém-se na defesa dos períodos fiscais de 2006 e 2007, fazendo a prova de suas alegações com os documentos acostados.

A infração 03, reporta à emissão de outro documento fiscal em lugar do decorrente do uso de ECF, durante os períodos fiscais de 2005, 2006 e 2007.

Afirma que emitiu as notas fiscais, as quais são expressamente autorizadas pelo CTN, a pedido de seus clientes e conforme art. 218, I, II, III e IV do RICMS/BA. Assegura que não houve descumprimento de obrigação principal, fato desconsiderado pela autuante.

Insurge-se contra a multa aplicada, vez que fere o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, sendo descabida a exigência da obrigação acessória visto que cumprida a correspondente obrigação principal.

Invoca a Jurisprudência da 2ª Turma de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL Nº 184.576 - SP (1998/005749221), com amparo no entendimento que alega consolidado do Supremo Tribunal Federal, entendendo está em plena consonância com a tese da Autuada. Consta da ementa trazida aos autos que *“Verificada a possibilidade de redução ou exclusão da punição diante da boa-fé do contribuinte, não é possível a esta Corte rever a posição do Tribunal de origem a esse respeito, visto que adotada com base no exame dos autos. Trata-se de questão probatória,*

cujo exame é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7, deste Superior Tribunal de Justiça.”

Finaliza sua arguição, afirmando que o sistema informatizado, através da ECF, é uma faculdade e não gera uma obrigação ao uso do processamento de dados.

Pede que a Junta de Julgamento receba a DEFESA ADMINISTRATIVA e, assim, julgue IMPROCEDENTE o referido Auto de Infração, deferindo à Autuada - na hipótese de o procedimento prosseguir em fase de instrução - a produção de todas as provas admitidas em Direito, indicando, de logo, a perícia contábil, a juntada posterior de documentos, em contraprova.

A autuante apresenta a informação fiscal, às fls. 564 e 565, alegando que ficam prejudicadas as alegações da autuada pelos motivos a seguir mencionados:

a) Quanto à infração 01, a autuada, em momento algum alegou não ter adquirido as mercadorias constantes da nota fiscal nº 79.211 de 30/07/2007 (às fls 10 do PAF), nem se insurgiu contra o seu valor, confessando tacitamente (valendo também para a infração 03). Ademais, apenas espelha à sua defesa, às folhas 507, uma informação de sinistro ocorrido no veículo de Placa BWN-4796 em nome da empresa Robel - Ind. de Móveis Ltda., alegando cancelamento da referida N. Fiscal e substituição por outra de nº 080081, com emissão datada do 24/08/2007 com o valor distorcido de R\$ 2.419,80, quando o efetivo valor da nota fiscal nº 79211 é de R\$ 1.270,48.

Informa que o autuado anexou, às fls. 509, um boletim de Acidente de Trânsito, descrevendo a ocorrência em 12/08/2007 no município de Vitória da Conquista -Ba. Argumenta que a Nota de nº 080081, dita como substituta, não consta na informação/SINTEGRA, da firma emitente, conforme relação do mesmo Sintegra/xerox, cuja cópia já integrante do PAF às folhas 12. Assegura que a xérox da 1ª via autenticada e apensada às folhas 508, pela impugnante, não consta nenhuma observação no corpo da referida nota fiscal, nem a natureza da operação "vendas" comprova a qual a autuada diz ter ocorrido já que não foi juntada a nota fiscal de nº 080042, dita como natureza da operação "retomo dos produtos avariados", nem o comprovante do registro na sua escrita fiscal da nota 080081, muito menos o DAE de recolhimento da Antecipação Parcial a ela referente.

Chama a atenção do intervalo de tempo no trânsito da nota 79.211 (emissão e saída 30/07/2007 e a ocorrência do sinistro 12/08/2007 às 21:05 em Vitória da Conquista - Ba) para o intervalo da nota 080081 (emissão e saída 24/08/2007 com carimbo de recebimento da mercadoria, pela autuada, datado de 01/09/2007).

Quanto às infrações 01 e 02, afirma que o recolhimento a menos do ICMS devido referente ao mês de outubro de 2007, está nitidamente informado no demonstrativo, às folhas 10 do PAF, com destaque nos números das notas e valores. Aduz que foram também, naquela oportunidade, anexadas as vias das notas fiscais com recolhimento a menos de números 290314, 51807 e 101857 às folhas 17, 18 e 19 respectivamente, assim como cópias do livro de entrada constantes das folhas 14 a 16 sendo que na folha 15 consta uma relação elaborada pela empresa para recolhimento da antecipação parcial do ICMS devido (com destaque nas três notas em pauta), constam ainda, xérox dos DAE's da autuada de referência mês 10/2007, (folhas 21) e duas Relações de DAEs extraídas do INC (SistematSEFAZ) dos anos de 2007 e 2008 às folhas 22 o 23 do PAF.

No que se refere à infração 03, a autuante entende que a Autuada é réu confesso quanto aos valores de 2005 que totaliza em R\$ 254,51, acatando o pagamento (fl. 501).

A autuante acata o pedido do impugnante no que se refere à nota nº 405 com o valor da multa de R\$ 159,26 por se referir à filial da autuada. Mantém o valor de R\$ 127,04 referente à nota fiscal 79.211 de 30/07/2007, passando a infração 03 a exigir R\$ 381,55.

Em relação à infração 04, alega que o art. 915, inciso XIII-A prevê a aplicação da multa formal, em combinação com o inciso II do Art. 824-D, que passa a transcrever.

Conclui afirmando que retifica apenas a infração 03, que passa de R\$ 540,81 para R\$ 381,55, ratificando as demais.

O autuado volta a se manifestar nos autos, às fls. 569 a 575, esclarecendo que a autuante afirma, em suas informações, que a impugnante confessou tacitamente a aquisição das mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 079211, uma vez que não rechaçou oportunamente tais imputações, bem como aduz, erroneamente, que a Autuada teria substituído a referida Nota Fiscal pela Nota nº 080081.

Ressalta, inicialmente, que em nenhum momento houve confissão tácita ou tampouco expressa por parte da Autuada. O que se verifica é a intenção desarrazoada da Auditora Fiscal de encontrar lacunas, vale dizer, inexistentes, a fim de exigir da Autuada ICMS, já devidamente recolhido.

Entende que poderia contestar os valores constantes na Nota Fiscal nº 079211, uma vez que, pelo fato de ter ocorrido sinistro (doc. já acostado aos autos) e, ocorrido a substituição desta Nota, pela Nota Fiscal nº 080042 (retorno dos produtos avariados), houve, posteriormente, a emissão da NF Venda nº 080081 (já acostada aos autos), relativa ao reenvio das mesmas mercadorias, com os mesmos valores para o estabelecimento comercial da Autuada.

Aduz que, considerando que houve a emissão da Nota Fiscal nº 079211, considerando, que ocorreu o sinistro, havendo a substituição desta Nota, pela Nota Fiscal nº 080042 (retorno dos produtos avariados), considerando, que foi emitida NF Venda nº 080081, relativa ao reenvio das mesmas mercadorias para o estabelecimento da Autuada, considerando, que houve o recolhimento do ICMS relativo a estas mercadorias (cf. doc. anexo), não há que se falar em crédito tributário relativo ao ICMS devido por antecipação tributária referente ao mês de julho de 2007.

Ratifica suas argumentações sobre o desenquadramento do autuado relativo à Portaria 114/04. Entende que resta cristalina a intenção da Auditora em distorcer a realidade fática, quando afirma, que a Autuada teria alegado a substituição da Nota Fiscal nº 079211 pela Nota nº 080081, o que não ocorreu, pois, da análise da defesa administrativa apresentada, se comprova que a Autuada informou, que a referida Nota foi substituída pela 080042 (relativa ao retorno dos produtos avariados). Complementa que, se a Nota Fiscal nº 080081, relativa ao reenvio das mercadorias ensejou a suposta infração 01, coincidindo *in totum*, com a Nota Fiscal nº 079211 (substituída pela 080042) e, por restar comprovado tal recolhimento, cf. doc. anexo, não há que persistir a exigibilidade de crédito tributário do mês de julho de 2007.

No que tange à suposta infração 02, esclarece que a mesma se subsume ao recolhimento do ICMS por antecipação parcial, e como já dito, por ser a Autuada considerada contribuinte cadastrada, é detentora do benefício do pagamento do imposto no dia 25 do mês subsequente à entrada de mercadoria no seu estabelecimento. Por outro lado, a Auditora, ratificando seu entendimento nas informações prestadas, aduziu que a Autuada recolheu a menos o ICMS relativo ao mês de outubro de 2007, contudo, em sendo a Autuada contribuinte cadastrada e, sendo, que tal recolhimento foi realizado por antecipação parcial, é indubitável, que o recolhimento do referido imposto não deveria ter sido feito integralmente, mas, sim, parcialmente, seguindo as diretrizes da legislação vigente, como ocorreu (doc. anexo - DAE relativo à Antecipação Parcial).

Entende, que, da análise do documento ora acostado, se verifica, que a Autuada recolheu o ICMS devido por antecipação parcial do mês de julho de 2007, referente à suposta infração 01 e, do mês de outubro de 2007, referente à suposta infração 02, logo, não há qualquer legalidade, na exigibilidade do ICMS constante no Auto de infração, *sub judice*.

No que tange a infração 04, ratifica os argumento de que é facultada ao contribuinte a utilização das enumeradas espécies de nota fiscal, devendo estas se adequar à situação fática e ao disposto na legislação, ainda que possua autorização para o uso de Processamento de Dados.

Por derradeiro, conclui que, diante das argumentações esposadas na Defesa Administrativa e, ratificadas nessa manifestação, se verifica, que o Auto de Infração não merece prosperar, seja porque os tributos foram recolhidos corretamente, seja porque a autuada, vem cumprindo regularmente com a emissão dos comprovantes de saída de mercadorias, não sendo, assim, proporcional e razoável a imputação de multa em vultoso montante, que ensejaria um grande prejuízo para a Autuada.

Requer a improcedência das supostas infrações 01, 02 e 04 do referido Auto de Infração, no que pese, ter sido comprovado a regularidade fiscal da Autuada perante o fisco, devendo ser mantida apenas a infração 03, no *quantum* de R\$ 381,55 (Trezentos e oitenta e um reais e cinquenta e cinco centavos), uma vez, que foi reconhecido tal imputação, pela Autuada.

VOTO

O presente lançamento de ofício exige o ICMS relativo a 04 infrações, insurgindo-se o autuado contra todas as imputações, reconhecendo, apenas, parcialmente, a infração 03 quanto ao exercício de 2005.

Cabe consignar, quanto às arguições de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação das multas de 10% sobre o valor da mercadoria não registrada, por descumprimento de obrigação acessória, que tais princípios não podem abrigar ou nele não podem ser abrigados o contribuinte omissos que trouxe danos ao fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade. Não quer dizer com isso que a multa não alberga tais princípios, pois não parece irrazoável ou desproporcional a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, visto que em relação às notas fiscais originárias do Sul e do Sudeste, por exemplo, tal multa representa apenas a diferença entre as alíquotas interestaduais e internas do Estado da Bahia. Quanto à multa de 5%, aplicada na infração 04, foi modificada, como será visto, para 2%, não havendo, também, como identificar em tal percentual a violação dos já mencionados princípios.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Quanto à legalidade da antecipação parcial, fica consignado que em relação à Adin 3426, por maioria, os ministros do STF (Supremo Tribunal Federal) negaram a anulação do artigo 12-A da Lei Estadual 8.967/03, da Bahia, feito pela Confederação Nacional do Comércio. Assim, foi ratificada a constitucionalidade da Lei do ICMS no Estado (7.014/96), impondo a antecipação parcial do imposto às empresas que adquirirem mercadorias para comercialização em outro Estado, independentemente do regime de apuração adotado pela empresa.

A infração 01 foi imputada em razão da falta de recolhimento do ICMS da antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas para fins de comercialização. Não está aqui a se exigir o imposto por descredenciamento do autuado em razão da Portaria 114/04, e sim, como se pode verificar, por falta de recolhimento antecipado do imposto, legalmente exigido.

Quanto à alegação do impugnante de que a nota fiscal nº 079211, alvo do total da exigência da infração 01 e parte da infração 03 (exercício de 2007), foi devolvida e substituída pela nota fiscal 080042, cujo reenvio das respectivas mercadorias foi efetuado pela nota fiscal nº 080081. Consigno de plano que não pode ser acolhida tal pretensão. O exame das notas fiscais não permite tal conclusão, na medida em que: não há qualquer referência na nota fiscal 080081, à fl. 508 dos autos, que indique tratar-se de um reenvio de mercadorias ao autuado; nas informações sobre o sinistro constantes às folhas 509 a 512, ocorrido no veículo de Placa BWN-4796 em nome da empresa Robel - Ind. de Móveis Ltda, nenhuma referência é feita que indique se tratar da carga que transportava as mercadorias constantes da nota fiscal 079211. O documento que poderia oferecer elementos para se

concluir pela ocorrência da alegada devolução, constante à fl. 507, relativa à declaração do seu fornecedor, indica os valores de todas as notas incorretamente, por coincidência, cada uma delas consta o dobro do valor da nota fiscal nº 079211, alvo da presente exigência, perdendo assim a confiabilidade necessária para tal comprovação.

Ademais, resta destacar, ainda em relação à aludida devolução, que a nota fiscal anexada às fls. 577, que o autuado alega ser a de nº 080042 (não é possível identificar visualmente o número da nota), não oferece nenhum dado que indique tratar-se de nota fiscal de retorno emitida pelo fornecedor. Consta, inclusive, na mencionada nota fiscal, o destinatário que é o autuado e seu respectivo endereço, não pertinente a uma nota fiscal de retorno de mercadorias ao fornecedor, além de não indicar em seu corpo a ocorrência de tal operação, nem mesmo o número da nota cujas mercadorias estão sendo alvo de retorno.

Diante dos elementos, acima alinhados, não há como acolher a argüição de cancelamento da nota fiscal nº 079211, bem com a devolução das respectivas mercadorias, mantendo, portanto, as exigências pertinentes a ela para as infrações 01 e 03. Considero, assim, a infração 01 subsistente, sendo a 03 apreciada adiante.

A infração 02 atribui ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas para fins de comercialização. Quanto à legalidade da antecipação parcial que já fora abordada nas preliminares desse voto, resta analisar o argumento de que o autuado já efetuou o recolhimento parcial do imposto, conforme exige a legislação tributária estadual. Ficou claramente demonstrado, através dos cálculos da planilha, à fl. 10, que o autuado não satisfaz a exigência em sua completude, ou seja, não efetuou o recolhimento da antecipação parcial no valor correto, fato que ensejou a reclamação da diferença, lançada de ofício. Assim, considero procedente a infração 02.

A infração 03 decorre da entrada no estabelecimento do sujeito passivo de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, cabendo multa por descumprimento dessa obrigação acessória. O autuado reconhece os valores exigidos em 2005, de R\$ 254,51, concordando com o pagamento (fl. 501). A autuante acata o pedido do impugnante no que se refere à nota nº 405, com o valor da multa de R\$ 159,26, por se referir à filial da autuada, exercício de 2006. Resta, portanto, o exercício de 2007, que a defesa não apresentou elementos que elidissem a exigência, conforme já visto, pois se trata da mesma nota fiscal nº nota fiscal 79.211, alvo da controvérsia sobre a devolução discutida na infração 01.

Do texto alinhado no art. 42, inciso IX da Lei 7014/96, que fixa a multa da infração 03, se verifica, diferente do alegado pelo autuado, que a obrigação não cumprida é de registro das notas na escrita fiscal e não nos livros contábeis, verificação que seria cabível para a avaliação de presunção de omissão de saída de mercadorias.

Fica mantido, assim, para a infração 03, o valor de R\$ 127,04 referente à 30/07/2007 e o valor de R\$ 254,51, relativo ao exercício de 2005, e excluída multa de R\$ 159,26 de 2006, passando a infração 03 a exigir R\$ 381,55.

A infração 04 exige a multa por emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Diversamente do argüido pelo impugnante, a obrigatoriedade de emissão de cupom fiscal nas saídas para consumidor está prevista no art. 238, §1º do RICMS-BA, cuja penalidade pela aludida infração é prevista no art. 915, inciso XIII-A, que prevê a aplicação da multa formal, em combinação com o inciso II do Art. 824-D, bem como o respectivo art. 42, XIII-A, aliena “h”, da Lei 7014/96.

Cabe razão ao autuante, pois o impugnante nem mesmo alegou que os ECFs tenham sido sinistradas ou vitimados por problemas técnicos (art. 238, §2º do RICMS/BA), o que autorizaria o procedimento do autuado, se devidamente comprovados.

“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.”

Ocorre, entretanto, que em relação à penalidade aplicada na infração 04, era vigente, à época em que foi lavrado o Auto de Infração, a redação do art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei 7014/96, que determinava, nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados, a aplicação da multa de 5% (cinco por cento) do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. A redação atual, entretanto, desse dispositivo foi dada pela Lei 10.847, de 27/11/2007, DOE de 28/01/2007, com efeito a partir de 28/11/2008, conforme segue:

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

...

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

...

h) 2% (cinco por cento) do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento;”

Assim, fica modificada a penalidade aplicada para 2% do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte, no período de janeiro de 2005 a novembro de 2007 - já que os demais meses o autuante corrigiu a penalidade -, em conformidade com a nova redação dada ao art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei 7014/96, amparado no que dispõe a alínea “c”, II, do art. 106 do CTN, *in verbis*:

“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.”

Diante das considerações acima alinhadas, cabe redução da multa por força da nova lei, passando de 5% pra 2%, entre janeiro de 2005 e novembro de 2007, conforme indica, a seguir, o demonstrativo de débito ajustado:

Ocorrência	Vencimento	B. Cálculo	Multa 2%	Val. Histórico (R\$)
------------	------------	------------	----------	----------------------

31/1/2005	9/2/2005	30.843,00	2%	616,86
28/2/2005	9/3/2005	36.475,00	2%	729,50
31/3/2005	9/4/2005	53.478,00	2%	1.069,56
30/4/2005	9/5/2005	32.746,00	2%	654,92
31/5/2005	9/6/2005	33.782,50	2%	675,65
30/6/2005	9/7/2005	41.260,00	2%	825,20
31/7/2005	9/8/2005	38.390,00	2%	767,80
31/8/2005	9/9/2005	36.433,90	2%	728,68
30/9/2005	9/10/2005	29.771,00	2%	595,42
31/10/2005	9/11/2005	32.381,00	2%	647,62
30/11/2005	9/12/2005	27.427,00	2%	548,54
31/12/2005	9/1/2006	57.413,00	2%	1.148,26
31/1/2006	9/2/2006	42.868,00	2%	857,36
28/2/2006	9/3/2006	19.271,00	2%	385,42
31/3/2006	9/4/2006	37.762,00	2%	755,24
30/4/2006	9/5/2006	20.674,00	2%	413,48
31/5/2006	9/6/2006	41.564,00	2%	831,28
30/6/2006	9/7/2006	42.020,99	2%	840,42
31/7/2006	9/8/2006	24.415,00	2%	488,30
31/8/2006	9/9/2006	30.207,00	2%	604,14
30/9/2006	9/10/2006	30.072,00	2%	601,44
31/10/2006	9/11/2006	33.805,00	2%	676,10
30/11/2006	9/12/2006	39.483,00	2%	789,66
31/12/2006	9/1/2007	65.404,00	2%	1.308,08
31/1/2007	9/2/2007	40.425,00	2%	808,50
28/2/2007	9/3/2007	37.920,50	2%	758,41
31/3/2007	9/4/2007	29.595,00	2%	591,90
30/4/2007	9/5/2007	37.158,00	2%	743,16
31/5/2007	9/6/2007	46.000,00	2%	920,00
30/6/2007	9/7/2007	33.557,00	2%	671,14
31/7/2007	9/8/2007	41.446,00	2%	828,92
31/8/2007	9/9/2007	31.144,00	2%	622,88
30/9/2007	9/10/2007	31.922,90	2%	638,46
31/10/2007	9/11/2007	31.501,00	2%	630,02
27/11/2007	9/12/2007	29.957,89	2%	599,16
30/11/2007	9/12/2007	2.572,00	2%	51,44
31/12/2007	9/1/2008	47.687,00	2%	953,74
TOTAL DO DÉBITO				26.376,65

A infração 04 passa a exigir a multa no valor de R\$ 26.376,65, sendo, portanto, parcialmente subsistente.

Voto na PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conferindo às infrações 01, 02 e 04 a procedência, cabendo apenas o ajuste da multa relativa à infração 04, bem como a procedência parcial da infração 03, conforme os respectivos valores:

Infrações	V.Exigido	Multa principal	M. Formal	M. Formal
		60%	10%	2%
1	131,28	131,28		
2	145,37	145,37		
3	381,55		381,55	
4	26.376,65			26.376,65
TOTAIS	27.034,85	276,65	381,55	26.376,65

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **022227.0003/08-1**, lavrado contra **DD MÓVEIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$276,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II “d” da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$26.758,20**, previstas nos incisos IX e XIII-A, alínea “h” do mesmo artigo e Lei citados, e dos acréscimos moratórios conforme norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR