

A. I. N° - 232185.0102/07-6
AUTUADO - ADÃO MOREIRA MAFRA
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFRAZ BRUMADO
INTERNET - 15/09/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0279-03/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Conforme art. 12-A da Lei 7.014/96, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, é devido ICMS antecipação parcial, independentemente do regime de apuração adotado pelo contribuinte, e o mencionado artigo foi acrescentado pela Lei nº 8.967, de 29/12/03, DOE de 30/12/03, efeitos a partir de 01/03/04, e a autuação fiscal foi efetuada em período anterior a março de 2004. Infração insubstancial. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Refeiços os cálculos para excluir Notas Fiscais relativas a mercadorias sobre as quais não se aplica a antecipação parcial, bem como os pagamentos comprovados. Infração subsistente em parte. 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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Refeiços os cálculos, mediante diligência da ASTEC, o imposto originalmente exigido ficou reduzido. 3. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO LIVRO CAIXA. MICROEMPRESA COM RECEITA SUPERIOR A R\$30.000,00. MULTA. Infração não comprovada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal, ou concomitantemente ao ECF. Infração comprovada. Efetuadas correções nos cálculos e alterado o percentual da multa para 2%.

Rejeitadas as preliminares de nulidade e decadência.
Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2007, refere-se à exigência de R\$37.652,10 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 70%, e multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de R\$ 18.571,75 em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado. Antecipação Parcial nos meses de março, maio a dezembro de 2003; janeiro e fevereiro de 2004. Valor do débito: R\$10.517,81.

Infração 02: Recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado. Antecipação parcial nos meses de abril de 2003; abril, agosto, outubro de 2004, janeiro, março e abril de 2005. Valor do débito: R\$3.084,65.

Infração 03: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de abril, maio, junho, agosto a dezembro de 2002; março de 2005 e janeiro de 2006. Valor do débito: R\$24.049,64.

Infração 04: Falta de escrituração do livro Caixa por microempresa com Receita Bruta Ajustada superior a R\$30.000,00, Multa no valor de R\$460,00.

Infração 05: Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2006. Multa no valor total de R\$18.111,75.

O autuado apresentou impugnação (fls. 1263 a 1275), após discorrer sobre as infrações, alega quanto à primeira infração, que ocorreu o primeiro equívoco do autuante quando fez cobrança da antecipação parcial do ICMS sobre aquisição de mercadorias, sem qualquer previsão legal. Diz que o dispositivo utilizado pelo autuante foi acrescentado ao RICMS/BA pela Alteração nº 52, com efeito a partir de 01/03/2004.

Quanto à infração 02, o defensor aponta diversos equívocos do autuante na apuração do imposto exigido, informando que, do total exigido de R\$3.084,05, deve apenas o valor de R\$401,80.

Infração 03: Alega que o autuante deixou de considerar várias notas fiscais de vendas de mercadorias, ocorrendo também um lapso ao lançar o pagamento a crédito do Caixa no dia 31/10/2002, no valor de R\$60.000,00, uma vez que o total da NF 74580, de aquisição era de R\$3.917,85. Em seguida, o defensor elaborou demonstrativos das notas fiscais de vendas não lançadas pelo autuante e diz que, sendo utilizadas as planilhas elaboradas nas razões de defesa, incluindo-se as notas fiscais não lançadas, apura-se que não existe saldo credor de caixa.

Infração 04: Afirma que o próprio autuante é conhecedor de que os documentos fiscais solicitados na intimação estavam em poder de outro fiscal do Estado, lotado na mesma inspetoria. Portanto, apesar de o livro Caixa estar escriturado, a transmissão dos documentos foi efetuada do fiscal anterior para o autuante, e não era do conhecimento do contribuinte que faltava o mencionado livro.

Infração 05: Alega que não cometeu fraude, dolo ou simulação, não houve qualquer prejuízo ao Estado. As vendas foram efetuadas utilizando Nota Fiscal D-1 em decorrência de razões técnicas, e às vezes, por problema simples de operacionalização que levou à paralisação da máquina. Diz que em alguma situação houve solicitação do adquirente, e na grande maioria dos casos houve a necessidade de transportar a mercadoria pelo próprio adquirente ou utilizando o transporte de terceiro, havendo a necessidade de identificar o adquirente e o transportador. Argumenta que a emissão das notas fiscais foi efetuada com valores relativamente elevados, e o simples

descumprimento da obrigação acessória levou o autuante a desconsiderar que existiam outros elementos. Diz que a multa indicada no Auto de Infração caracteriza ofensa à Constituição Federal, que proíbe o confisco, e que o maior equívoco do autuante é a indicação do dispositivo considerado como infringido, art. 824-D, inciso II.

O defensor conclui afirmando que reconhece o débito parcial no valor de R\$401,80. Pede que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 1342 a 1344 dos autos, diz que procede a alegação do autuado quanto à primeira infração. Em relação à infração 02, informa que procedem as alegações defensivas referentes aos meses de abril e agosto de 2004, bem como os meses de janeiro e março de 2005. No mês de outubro de 2004, persiste a diferença a recolher no valor de R\$4,76, tendo em vista que, dos R\$517,38 devidos, somente foram recolhidos R\$512,62, conforme DAE à fl. 1280. Diz que o autuado reconhece o valor a pagar relativo ao mês de abril de 2005.

Infração 03: O autuante reconhece que houve notas fiscais de vendas não lançadas no levantamento fiscal. Diz que as notas fiscais 94, 95 e 99 consideradas pelo autuado como referentes ao exercício de 2002, foram emitidas somente no exercício de 2004, conforme fotocópias acostadas aos autos. Informa que refez os cálculos referentes ao fluxo de Caixa, com as necessárias retificações, elaborando o demonstrativo de débito à fl. 1343.

Infração 04: Diz que não deve prosperar a alegação do autuado, tendo em vista que o documento acostado pelo contribuinte à fl. 1334 não faz prova de suas alegações. Esclarece que o mencionado documento se refere à intimação para apresentação de documentos fiscais emitido pelo Agente de Tributos Estaduais Rosival da Silva Oliveira, em 21/12/2006 e cientificado o contribuinte em 31/01/2007, e sequer faz menção ao livro Caixa. Afirma que é evidente que na época da intimação ainda não havia escriturado o livro caixa, tendo sido escriturado após a ação fiscal para eximir-se da multa.

Infração 05: O autuante comenta sobre o que estabelece o art. 238, § 1º, do RICMS/BA, cita o art. 19 do RPAF/BA, e finaliza pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defensor se manifestou às fls. 1373 a 1375, aduzindo que fica eliminada a primeira infração, de acordo com a informação fiscal. Quanto à infração 02, alega que o autuante não faz qualquer referência ao débito no valor de R\$1.842,55. Diz que eliminando este valor, o débito desta infração fica reduzido para R\$406,56.

Infração 03: Alega que apesar da elaboração da nova planilha de fluxo de caixa com diversas retificações, o levantamento fiscal continua apresentando lapsos. Assegura que as notas fiscais de números 94, 95 e 99 foram emitidas no exercício de 2002 e não em 2004; que as notas fiscais anexadas aos autos com a informação fiscal foram de outro talão, quando a empresa passou para EPP, sendo iniciada nova numeração, e as notas fiscais citadas na impugnação foram da época em que era inscrito como microempresa. Alega ainda, que se surpreendeu com a retificação do levantamento, encontrando um lançamento a crédito no valor de R\$49.671,99, no dia 16/09/2002, referente à NF 31347, que não fazia parte da planilha anterior, e que não foi anexada ao processo. Assegura que não localizou nenhum documento fiscal com o mencionado valor e numeração. Reafirma que não tem imposto a recolher nesta infração.

Infração 04: O autuado diz que a defesa inicial é a expressão da verdade, os documentos foram transferidos de um fiscal da própria Infaz para outro, e apenas o livro de inventário de 2006 é que foi entregue para cumprimento do restante da intimação, conforme fotocópia do protocolo que acostou aos autos.

Infração 05: Diz que não concorda com os esclarecimentos do autuante e que mantém os argumentos apresentados na impugnação inicial.

Finaliza, alegando que o total do débito passa a ser de R\$406,56. Reitera o pedido de procedência parcial do presente Auto de Infração.

Consta à fl. 1381, extrato SIGAT comprovando o pagamento do valor principal de R\$401,80, realizado em 31/08/2007.

À fl. 1383, o presente processo foi convertido em diligência à ASTEC por esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal para o diligente:

1. Intimar o autuado a apresentar as notas fiscais de vendas originais de números 94, 95 e 99, e confirmar a data efetiva de sua emissão.
2. Informar a existência da nota fiscal de nº 31.347, de 16/09/2002, e se efetivamente houve o pagamento no valor de R\$49.671,99.
3. Intimar o autuado a apresentar demonstrativo das suas vendas referentes aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2005, janeiro de 2006, cotejando as notas fiscais que deram origem às referidas vendas, com os novos demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 1365/1370.
4. Informar se todas as vendas realizadas pelo contribuinte foram lançadas pelo autuante.
5. Elaborar novo demonstrativo, se necessário.
6. Após as providências, a Infaz Brumado intimar o autuante e autuado quanto ao resultado da diligência requerida.

Conforme PARECER ASTEC Nº 002/2009 (fls. 1383/1385), o autuado apresentou as notas fiscais originais de vendas, de números 94, 95 e 99, ficando confirmada a data efetiva da emissão, ou seja, foram emitidas em 2002, conforme fls. 1404/1406. Quanto à existência da Nota Fiscal nº 31347, de 16/09/2002, diz que a mesma encontra-se à fl. 75 do PAF, com data de vencimento da duplicata em 23/09/2002, tendo sido incluída no demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 41, e mantida pelo diligente.

O diligente informa que o autuado foi intimado a apresentar demonstrativo das vendas realizadas nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2005 e janeiro de 2006, sendo cotejados os dados com os demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 1365/1370, conforme fls. 1407/1410. Informa ainda, que analisou os documentos apresentados para a realização da diligência fiscal, constatando que todas as vendas realizadas pelo contribuinte foram lançadas pelo autuante. Foi elaborado novo demonstrativo de Caixa referente ao exercício de 2002, incluído as notas fiscais 94, 95 e 99, conforme fls. 1386/1403. Diz que o valor do débito, que era de R\$24.049,64, após a diligência fiscal, ficou reduzido para R\$8.578,17. Demonstrativo de débito da infração 03 elaborado à fl. 1385.

O autuante registrou à fl. 1411 (verso) que tomou conhecimento do PARECER ASTEC Nº 002/2009 e demonstrativos, mas não apresentou qualquer manifestação.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 002/2009, o defensor se manifestou à fl. 1414, aduzindo que não concorda em parte com o mencionado parecer e mantém as planilhas anteriormente apresentadas. Quanto à NF 31.347, de 16/09/2002, alega que a mesma não foi lançada na planilha inicial do Fluxo de Caixa, e que somente na informação fiscal é que o autuante elaborou nova planilha incluindo a mencionada Nota Fiscal. Diz que não mediou esforços, mas não localizou em seus arquivos nenhum documento fiscal com o valor considerado no levantamento fiscal e com essa numeração, e não sabe sequer o produto que se encontra discriminado no referido documento fiscal.

À fl. 1424 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência, para o autuante:

1. Quanto à segunda infração, elaborar demonstrativo do débito remanescente após excluir do levantamento fiscal os recolhimentos comprovados pelo autuado.

2. Em relação à infração 03, considerando a alegação do autuado de que a NF 31.347, de 16/09/2002 (fl. 75), não foi lançada na planilha inicial do Fluxo de Caixa, e que não mediou esforços, mas não localizou em seus arquivos nenhum documento fiscal com o valor considerado no levantamento fiscal e com essa numeração, e não sabe sequer o produto que se encontra discriminado no referido documento fiscal, o autuante deve fornecer ao defensor, cópias dos documentos fiscais de fls. 73 a 76 do PAF para que o mesmo possa se manifestar sobre os documentos a ele fornecidos.
3. Quanto à infração 04, esclarecer se foi extraída fotocópia do livro Caixa sem a devida escrituração, com o visto da fiscalização, para comprovar a infração apurada. Em caso positivo, juntar aos autos.
4. Considerando que o percentual da multa aplicada na infração 05, foi alterado para 2%, conforme art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” do RICMS/97, e que, de acordo com o art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional, aplica-se a lei a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, refazer o demonstrativo concernente à multa aplicada, utilizando o percentual de 2%.

Após as providências acima, a Inspetoria Fiscal deve providenciar a entrega ao autuado de cópia de todos os elementos que deverão se anexados aos autos pelo autuante, devendo ser firmado recibo pelo contribuinte ou seu representante legal. Na intimação ao sujeito passivo, deverá ser feita a indicação do prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos, reabrindo o prazo de defesa.

Conforme nova informação fiscal prestada pelo autuante à fl. 1427, em atendimento ao solicitado, foram elaborados novos demonstrativos; fornecidas cópias dos documentos ao defensor. Quanto ao livro caixa, informou que não há cópia do mencionado livro em virtude de o mesmo não ter sido entregue à fiscalização. Conclui que foram acatadas parcialmente as alegações defensivas, tendo sido elaborado novo demonstrativo de débito.

Intimado da reabertura do prazo de defesa, o defensor se manifestou às fls 1443/1444, alegando que foram acostadas aos autos as Notas Fiscais de números 134923, 138419 e 031347, que não fizeram parte do Auto de Infração. Diz que estas notas fiscais foram incluídas pelo autuante na nova planilha referente ao fluxo de caixa, quando prestou informação fiscal. Entende que o autuante deveria ter retificado o levantamento e todo o Auto de Infração com as peças existentes no processo, e não, anexando documentos que não foram citados quando da lavratura e não faziam parte do PAF. Afirma que além de ser incluídas indevidamente as mencionadas notas fiscais, era necessário que o autuante retificasse sua planilha com os documentos existentes no processo e não anexando novos elementos, principalmente porque entende que em relação ao exercício de 2002, já ocorreu a decadência.

Quanto ao livro Caixa, alega que o autuante deveria ter esclarecido o fato alegado nas razões de defesa de que o mencionado livro foi entregue à fiscalização. Informa que o livro encontra-se no estabelecimento à disposição do Fisco. Por fim, o defensor diz que mantém os argumentos apresentados na impugnação inicial; pede o cancelamento da multa com base no art. 158 do RPAF/BA e que o presente Auto de Infração seja julgado improcedente.

VOTO

Inicialmente, analisando a alegação de decadência apresentada pelo defensor, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente ao exercício de 2002, observo que a legislação estabelece que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2002 tinham o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2007. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2007, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Portanto, na data da ação fiscal não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Quanto à alegação do autuado de que houve equívoco no enquadramento legal da infração 05, observo que não implica nulidade da autuação provável erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

No mérito, a primeira infração trata de falta de o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado nos meses de março, maio a dezembro de 2003; janeiro e fevereiro de 2004. Demonstrativos de fls. 11 a 17.

O autuado alega que foi exigido o ICMS antecipação parcial sobre aquisição de mercadorias, sem qualquer previsão legal, tendo em vista que o dispositivo utilizado pelo autuante foi acrescentado ao RICMS/BA pela Alteração nº 52, efeito a partir de 01/03/2004, e o levantamento fiscal foi anterior a esta data. Equívoco reconhecido pelo autuante na informação fiscal.

De acordo com o art. 12-A da Lei 7.014/96, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, é devido ICMS antecipação parcial, independentemente do regime de apuração adotado pelo contribuinte, e o mencionado artigo foi acrescentado pela Lei nº 8.967, de 29/12/03, DOE de 30/12/03, efeitos a partir de 01/03/04. Portanto, é insubstancial a exigência fiscal neste item do Auto de Infração.

Infração 02: Recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado, nos meses de abril de 2003; abril, agosto, outubro de 2004, janeiro, março e abril de 2005, conforme demonstrativos de fls. 18/26.

Na impugnação apresentada, o autuado aponta diversos equívocos do autuante na apuração do imposto exigido, informando que, do total exigido de R\$3.084,05, deve apenas o valor de R\$401,80.

Na informação fiscal, o autuante diz que procedem as alegações defensivas referentes aos meses de abril e agosto de 2004, bem como os meses de janeiro e março de 2005. No mês de outubro de 2004, persiste a diferença a recolher no valor de R\$4,76, tendo em vista que dos R\$517,38 devidos somente foram recolhidos R\$512,62, conforme DAE à fl. 1280. Diz que o autuado reconhece o valor a pagar relativo ao mês de abril de 2005.

Analisando as comprovações acostadas aos autos pelo defendente em confronto com o levantamento fiscal, faço as seguintes observações, em relação a cada mês objeto da autuação fiscal:

- 1) Abril/2003: A exemplo da primeira infração, a exigência da antecipação parcial prevista no art. 12-A da Lei 7.014/96 teve efeitos a partir de 01/03/04, por isso, é insubstancial a exigência fiscal referente ao valor apurado no demonstrativo à fl. 12 dos autos.
- 2) Abril/2004: No demonstrativo à fl. 18 foi apurado o ICMS no valor de R\$180,76 tendo sido comprovado pelo autuado o recolhimento do imposto no valor de R\$193,21, relativo às mesmas notas fiscais, conforme DAE à fl. 1277, sendo indevida a diferença de R\$8,00.
- 3) Agosto/2004: Foi apurado à fl. 18 o débito total de R\$704,58 e as cópias dos DAEs às fls. 1278/1279 comprovam que foi recolhido o valor total de R\$1.017,26. Indevida a diferença apurada.
- 4) Outubro/2004: Imposto apurado à fl. 18 no valor total de R\$517,38 e a cópia do DAE à fl. 1280 indica o recolhimento no valor total de R\$512,62. Portanto, é devido o valor remanescente de R\$4,76, conforme apurado pelo autuante na informação fiscal.

- 5) Janeiro/2005: Apurado à fl. 19 o débito total de R\$285,12, tendo sido comprovado o recolhimento no valor de R\$296,49, conforme Relação de DAEs do ano de 2005 à fl. 67, sendo indevida a diferença apontada.
- 6) Março/2005: Imposto apurado à fl. 20 no valor total de R\$281,93. Entretanto, o autuado contesta o mencionado valor e comprova por meio das cópias dos DAEs de fls. 1282 a 1285 que valor correto foi recolhido, totalizando R\$273,71, o que foi acatado pelo autuante.
- 7) Abril/2005: ICMS calculado no valor total de R\$832,33, deduzido o pagamento por meio dos DAEs de fls. 1286 a 1288, no valor total de R\$440,39, foi apurado pelo autuante o débito remanescente de R\$391,94. O autuado reconhece que existe débito neste mês, Portanto, é subsistente a exigência fiscal.

Vale ressaltar, que na informação fiscal o autuante reconhece que procedem as alegações defensivas referentes aos meses de abril e agosto de 2004, bem como os meses de janeiro e março de 2005. No mês de outubro de 2004, diz que persiste a diferença a recolher no valor de R\$4,76, e tendo em vista que, dos R\$517,38 devidos, somente foram recolhidos R\$512,62, conforme DAE à fl. 1280. Quanto ao mês de abril de 2005, informa que o autuado reconhece o valor apurado.

De acordo com a análise acima realizada, foram apurados débitos remanescentes nos meses 10/2004 e 04/2005. Assim, concluo pela procedência parcial desta infração, no valor total de R\$396,70, conforme novas planilhas do autuante às fls. 1428/1429 e quadro abaixo:

| DATA DE OCORRÊNCIA | DATA DE VENCIMENTO | VALOR DO DÉBITO R\$ |
|--------------------|--------------------|---------------------|
| 30/10/2004 | 09/05/2004 | 4,76 |
| 30/04/2005 | 09/05/2005 | 391,94 |
| T O T A L | | 396,70 |

Infração 03: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de abril, maio, junho, agosto a dezembro de 2002; março de 2005 e janeiro de 2006.

A legislação autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS, considerando que foi constatado saldo credor de caixa, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96), o que não ocorreu no presente processo.

O autuado alega que o autuante deixou de considerar várias notas fiscais de vendas de mercadorias, ocorrendo também um lapso ao lançar o pagamento a crédito do Caixa no dia 31/10/2002, no valor de R\$60.000,00, uma vez que o total da NF 74580, de aquisição era de R\$3.917,85.

O autuante reconheceu que houve equívocos e refez os cálculos com as retificações, inclusive em relação à NF 74580, conforme fls. 1345 a 1370. Elaborou novo demonstrativo de débito à fl. 1343. Entretanto, o defendant não acatou os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, considerando a alegação defensiva de que o levantamento fiscal continuava apresentando lapsos.

Foi realizada diligência fiscal por preposto da ASTEC, conforme PARECER ASTEC Nº 002/2009 (fls. 1383/1385), sendo informado pelo diligente que em relação às notas fiscais de venda de números 94, 95 e 99, foi confirmada a data efetiva da emissão, ou seja, os referidos documentos fiscais foram emitidos em 2002, conforme fls. 1404/1406. Quanto à existência da Nota Fiscal nº 31347, de 16/09/2002, diz que a mesma encontra-se à fl. 75 do PAF, com data de vencimento da duplicata em 23/09/2002, tendo sido incluída no demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 41, e mantida pelo diligente.

O diligente informa que analisou os documentos apresentados para a realização da diligência fiscal, constatando que todas as vendas realizadas pelo contribuinte foram lançadas pelo autuante, e que elaborou novo demonstrativo de Caixa referente ao exercício de 2002, incluído as

notas fiscais 94, 95 e 99, conforme fls. 1386 a 1403. Informa que o valor do débito, que era de R\$24.049,64, após a diligência fiscal ficou reduzido para R\$8.578,17. Demonstrativo de débito da infração 03 elaborado à fl. 1385.

O defendente se manifestou quanto ao Parecer ASTEC, alegando em relação à NF 31.347, de 16/09/2002, que a mesma não foi lançada na planilha inicial do Fluxo de Caixa, e que somente na informação fiscal é que o autuante elaborou nova planilha incluindo a mencionada Nota Fiscal. Diz que não mediou esforços, mas não localizou em seus arquivos nenhum documento fiscal com o valor considerado no levantamento fiscal e com essa numeração, e não sabe sequer o produto que se encontra discriminado no referido documento fiscal.

Observo que por deliberação desta Junta de Julgamento Fiscal foi providenciada a entrega ao defendente de cópias dos documentos fiscais de fls. 73 a 76 do PAF para que o mesmo pudesse se manifestar sobre os documentos a ele fornecidos, reabrindo o prazo de defesa, o que foi providenciado, conforme intimação à fl. 1441, constando assinatura do representante legal do autuado, comprovando o recebimento dos mencionados documentos.

Com a reabertura do prazo de defesa, o defendente reiterou a alegação de que as Notas Fiscais de números 134923, 138419 e 031347, não fizeram parte do Auto de Infração. Diz que estas notas fiscais foram incluídas pelo autuante na nova planilha referente ao fluxo de caixa, quando prestou informação fiscal. Entende que o autuante deveria ter retificado o levantamento e todo o Auto de Infração com as peças existentes no processo, e não, anexando documentos que não foram citados quando da lavratura e não faziam parte do PAF.

Observo que o levantamento fiscal originalmente efetuado encontra-se às fls. 27 a 51 dos autos e as notas fiscais questionadas pelo autuado já se encontravam neste levantamento, conforme se observa na fl. 34 (NF 134923); fl. 38 (NF 138419); fl. 41 (NF 31347). As referidas Notas Fiscais também já se encontravam no PAF às fls. 73 a 75, e conforme intimação à fl. 441 foi entregue cópia desses documentos fiscais e reaberto o prazo de defesa. Portanto, não procede a alegação defensiva.

Acatando os valores apurados na diligência fiscal, concluo pela subsistência parcial do presente lançamento, no valor total de R\$8.578,17, conforme demonstrativo de débito à fl. 1385, haja vista que o saldo credor de caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações tributáveis sem pagamento do imposto, anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Infração 04: Falta de escrituração do livro Caixa por microempresa com Receita Bruta Ajustada superior a R\$30.000,00, Multa no valor de R\$460,00.

O autuado alega que o livro Caixa está escriturado; que foi efetuada transmissão dos documentos pelo fiscal anterior para o autuante, e não era do conhecimento do contribuinte que faltava o mencionado livro, ou seja, os documentos foram transferidos de um fiscal da própria Infaz para outro, e apenas o livro de Registro de Inventário de 2006 é que foi entregue posteriormente, para cumprimento do restante da intimação, conforme fotocópia do protocolo que acostou aos autos (fl. 1334).

O autuante contestou a alegação defensiva, argumentando que o documento mencionado contribuinte se refere à intimação para apresentação de documentos fiscais emitido pelo Agente de Tributos Estaduais Rosival da Silva Oliveira, em 21/12/2006 e cientificado o contribuinte em 31/01/2007, que sequer faz menção ao livro Caixa. Afirma que à época da intimação o autuado ainda não havia escriturado o livro caixa, tendo sido escriturado após a ação fiscal para eximir-se da multa. Esclarece que não há cópia do mencionado livro para comprovar que o mesmo não foi escriturado, em virtude de o mesmo não ter sido entregue à fiscalização.

Observo que a multa exigida é prevista no art. 42, XV, “i”, da Lei 7.014/96:

Art. 42

...

XV - R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais):

...

i) por falta ou atraso na escrituração do Livro Caixa por microempresas e empresas de pequeno porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Pelo que consta nos autos, ficou caracterizada a falta de atendimento à intimação para apresentação de livros e documentos (fl. 10), em relação ao livro Caixa, o que seria passível de aplicação da multa correspondente.

Quanto à penalidade exigida no presente lançamento, entendo que no caso em exame, não ficou devidamente comprovada a falta de escrituração do livro Caixa, tendo sido acostada aos autos, pelo defensor, fotocópia de uma página do mencionado livro (fl. 1291) para comprovar que houve a necessária escrituração, e o autuante reconhece que houve a escrituração, argumentando que foi efetuada após a ação fiscal. Assim, concluo pela insubsistência da multa exigida, por falta de comprovação nos autos da irregularidade apontada.

Infração 05: Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2006. Multa no valor total de R\$18.111,75.

O autuado alega: a) que não cometeu fraude, dolo ou simulação e não houve qualquer prejuízo ao Estado; b) as vendas foram efetuadas utilizando Nota Fiscal D-1 em decorrência de razões técnicas; c) que em alguma situação houve solicitação do adquirente, e na grande maioria dos casos houve a necessidade de transportar a mercadoria pelo próprio adquirente ou utilizando o transporte de terceiro, havendo a necessidade de identificar o adquirente e o transportador, considerando que a emissão das notas fiscais foi efetuada com valores relativamente elevados; d) que a multa indicada no Auto de Infração caracteriza ofensa à Constituição Federal, que proíbe o confisco; e) que o maior equívoco do autuante é a indicação do dispositivo considerado como infringido, art. 824-D, inciso II.

Quanto à primeira alegação, saliento que de acordo com o § 2º do art. 40 do RPAF/99 c/c § 3º do art. 40 da Lei 7.014/96, a responsabilidade por infração referente ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, da natureza e extensão dos efeitos do ato. Portanto, responde pela infração quem tenha incorrido de qualquer forma para a sua prática ou dela se beneficie.

Em relação ao argumento de que as vendas efetuadas utilizando Nota Fiscal D-1 foram decorrentes de razões técnicas e que houve solicitação do adquirente das mercadorias, não houve qualquer comprovação neste sentido.

De acordo com o disposto no art. 238 do RICMS/97, os usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) estão autorizados a emitir nota fiscal modelo 1 em três situações elencadas nos incisos I e II, e no § 2º do mencionado artigo.

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.

Portanto a legislação não impede a emissão de notas fiscais, devendo o contribuinte, para tal procedimento, observar as regras estabelecidas no RICMS-BA, inclusive quando da emissão de documento fiscal por meio de ECF na circulação de mercadorias para entrega no domicílio do adquirente, situado neste Estado (§ 6º do art. 238 do RICMS). No caso em exame, não foram comprovados os motivos que levaram o autuado a emitir outro documento fiscal, e não houve cumprimento aos dispositivos do RICMS/BA acima reproduzidos.

Quanto à alegação de que houve equívoco no enquadramento legal da infração, observo que não implica nulidade da autuação provável erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

O defensor também alegou que a multa aplicada afigura-se na forma de confisco, argumento não acatado, tendo em vista que a aplicação da mencionada multa no percentual está embasada no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei 7.014/96, e não cabe a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou constitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Analizando os cálculos, constatei que o percentual da multa aplicável ao caso em exame, foi alterado para 2%, conforme art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” do RICMS/97, e de acordo com o art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional, aplica-se a lei a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Assim, atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante refez os cálculos aplicando o percentual de 2%, conforme fls. 1430 a 1440 do presente PAF, sendo fornecido cópias ao defensor, que não contestou. Assim, ficam alterados os valores da multa exigida, conforme novos demonstrativos elaborados pelo autuado, concluindo-se pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$7.244,73.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

| INFRAÇÃO Nº | C O N C L U S Ã O | IMPOSTO | MULTA |
|----------------|---------------------|----------|----------|
| 1 | IMPROCEDENTE | - | - |
| 2 | PROCEDENTE EM PARTE | 396,70 | - |
| 3 | PROCEDENTE EM PARTE | 8.578,17 | - |
| 4 | IMPROCEDENTE | - | - |
| 5 | PROCEDENTE EM PARTE | - | 7.244,73 |
| TOTAL | - | 8.974,87 | 7.244,73 |

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 232185.0102/07-6, lavrado contra **ADÃO MOREIRA MAFRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.974,87**, acrescido das multas de 50% sobre R\$396,70 e 70% sobre R\$8.578,17, previstas no art. 42, inciso I, “b”, item 1, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos

legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$7.244,73, prevista no art. 42, inciso XIII-A, “h”, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, 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 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA