

A. I. N° - 232185.0004/09-0
AUTUADO - RONALDO DE FÁTIMA GOMES
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFRAZ BRUMADO
INTERNET - 15/10/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0316-03/09

EMENTA: ICMS 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Imputações não impugnadas e objeto de pedido de parcelamento. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE EMISSOR DE CUPOM FISCAL – ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DA EMISSÃO DE CUPOM FISCAL A QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Redução do percentual de multa de 5% para 2% do valor da operação por força da alteração introduzida na alínea “h” do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.847, de 27/11/2007, c/c o artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional. Refeitos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 28/03/2009 para exigir ICMS no valor total de R\$83.836,60, acrescido da multa de 50%, e penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercício de 2006 – meses de maio e setembro; Exercício de 2007 – meses de fevereiro, e de abril a junho. Demonstrativos às fls. 30 e 31. ICMS no valor de R\$ 1.959,93.

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercício de 2006 – meses de julho, e outubro a dezembro; Exercício de 2007 – meses de fevereiro a junho. Demonstrativos às fls. 14 a 22. ICMS no valor de R\$ 45.167,92

Infração 03. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercício de 2006 – meses de janeiro, fevereiro, abril a agosto, e setembro. Demonstrativos às fls. 10 a 15. ICMS no valor de R\$ 14.839,83

Infração 04. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercício de 2006 – meses de março e junho. Demonstrativo à fl. 30. ICMS no valor de R\$ 183,86, acrescido da multa de 50%.

Infração 05. Emissão de outro documento fiscal (Nota Fiscal) em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado (Cupom Fiscal obrigatório para contribuinte usuário de ECF). Demonstrativo às fls. 53 a 59. Exercício de 2007 – meses de fevereiro a agosto. Multa no valor de R\$ 7.081,78.

Infração 06. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional - referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercício de 2007 – meses de agosto e setembro. Demonstrativos às fls. 31 e 32. ICMS no valor de R\$ 316,39.

Infração 07. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional - referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercício de 2007 – meses de novembro e dezembro. Demonstrativo à fl. 32. ICMS no valor de R\$ 316,58.

Infração 08. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercício de 2007 – meses de julho, e de setembro a dezembro. Demonstrativos às fls. 23, 25, 27 e 29. ICMS no valor de R\$ 21.052,09.

À fl. 60, o autuante anexa documento emitido pelo sistema informatizado de Informações o Contribuinte – INC/SEFAZ indicando o pedido para início de uso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, marca Bematech, em 06/02/2007. Às fls. 75 a 824 (volumes I e II) cópias de notas fiscais.

À fl. 827 o autuado manifesta-se pedindo a improcedência parcial do Auto de Infração. Alega que, em relação à Infração 05, na qual houve a incidência da multa de 5%, prevista no artigo 915, inciso XIII-A, alínea “h”, do RICMS/BA, hoje aplica-se a multa de 2% 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, e não de 5%.

Às fls. 832 e 833 o autuante presta informação fiscal. Em relação às Infrações 01, 02, 03, 04, 06, 07 e 08, relata que o contribuinte reconheceu os débitos. Em relação à Infração 05, diz que de fato a multa a ser aplicada é no percentual de 2%. Aduz que apesar de, no momento do fato gerador, a multa prevista ser a de 5%, pelo princípio da retroatividade benigna das leis, a multa deverá ser reduzida para 2%. Assim, pede pela procedência do Auto de Infração com dispensa parcial da multa em comento.

O contribuinte, cientificado do teor da informação fiscal, conforme seu recibo de fl. 834, manteve-se silente.

Às fls. 828, e 836 consta extrato SIGAT/SEFAZ com parcelamento do valor principal de R\$83.836,62. Às fls. 838 e 839, consta extrato SIGAT/SEFAZ indicando pagamento, com origem em Certificado

de Crédito, referente ao valor principal de R\$7.081,80, que corresponde ao débito lançado de ofício para a Infração 05.

VOTO

O Auto de Infração em lide trata de cinco imputações, conforme descrito no Relatório que antecede este voto.

Em relação às imputações 01 a 04, e 06 a 08, não impugnadas pelo sujeito passivo, e objeto de pedido de parcelamento, conforme extrato SIGAT/SEFAZ às fls. 828 e 836, inexiste lide a respeito, pelo que subsistem tal como lançadas de ofício.

Quanto à Infração 05, emissão de outro documento fiscal (Nota Fiscal) em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado (Cupom Fiscal obrigatório para contribuinte usuário de ECF), com aplicação da multa no valor de R\$7.081,78, observo que embora o contribuinte tenha procedido à quitação do débito, conforme documentos emitidos pelo programa informatizado SIGAT/SEFAZ, às fls. 838 e 839, insurgiu-se contra o percentual de multa aplicado, apontando a ocorrência de aplicação de multa em percentual superior ao previsto na Lei nº 7.014/96, e no artigo 915 do RICMS/BA, consoante explicitarei neste voto, pelo que aprecio o mérito da questão.

O Convênio ECF nº 01/98, com produção de efeitos a partir de sua publicação no Diário Oficial da União em 25/02/1998, e que dispõe sobre a obrigatoriedade de uso de Equipamento ECF por estabelecimento que promova venda a varejo - situação em que se enquadra o autuado - em suas Cláusulas Primeira e Quarta determina o uso obrigatório de ECF nas vendas a varejo e com pagamento por meio de cartões de crédito/débito, e sua Cláusula Sexta fixou em 31/12/2000 o termo final do maior dos prazos concedidos para que os estabelecimentos que praticassem vendas, ou revendas, de bens e mercadorias, passassem a apenas vender mercadorias com pagamentos por meio de cartões de crédito ou de débito utilizando equipamento ECF:

Convênio ECF nº 01/98:

Cláusula primeira Os estabelecimentos que exerçam a atividade de venda ou revenda de mercadorias ou bens, ou de prestação de serviços em que o adquirente ou tomador seja pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto estadual, estão obrigados ao uso de equipamento emissor de Cupom Fiscal - ECF.

Cláusula quarta. A partir do uso de ECF pelas empresas a que se refere a cláusula primeira, a emissão do comprovante de pagamento de operação ou prestação efetuado com cartão de crédito ou débito automático em conta corrente somente poderá ser feita por meio de ECF, devendo o comprovante estar vinculado ao documento fiscal emitido na operação ou prestação respectiva, conforme disposto na legislação pertinente.

Em consonância com o previsto no citado Convênio ECF nº 01/98, prevê o artigo 238 do RICMS/BA:

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:

(...)

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 Fisco verificou que o contribuinte emitiu notas fiscais em vendas que realizou no período objeto da ação fiscal, e que não emitiu os cupons fiscais a que estava obrigado em cada uma daquelas vendas, pelo que ficou caracterizado o descumprimento de obrigação acessória. O contribuinte não comprovou que estava impossibilitado de utilizar o seu equipamento ECF quando deixou de fazê-lo não tendo, inclusive, contestado o descumprimento da obrigação acessória.

Observo, ainda, que no Auto de Infração lavrado pelo Fisco está indicado de forma equívocada, no campo “Enquadramento”, à fl. 02, o artigo 824-D, inciso II, do RICMS/BA, dispositivo este que dispõe:

art. 824-D. O programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ e atender aos seguintes critérios:

II - não possuir função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados.

Uma vez que houve a emissão de notas fiscais em vendas realizadas a consumidor final pelo contribuinte, o equipamento que registrava o pagamento das vendas com pagamentos por meio de cartões de débito/crédito, pelo contribuinte, permitiu-lhe realizar operações de vendas a varejo, no período fiscalizado, sem a emissão dos necessários cupons fiscais.

No presente processo, a multa aplicada, está prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96:

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 de sistema eletrônico de processamento de dados:

h) 2% (dois 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;

Diante de tudo quanto exposto, e pelos documentos acostados ao processo, está documentada a ocorrência da infração.

Assinalo que o preposto do Fisco indicou inicialmente, no Auto de Infração, o percentual de 5% previsto, à época da ocorrência dos fatos geradores, para a mencionada infração. 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, fevereiro a agosto de 2007, 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, ou serviço. 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, assiste razão ao contribuinte e ao autuante quanto ao percentual de multa a ser aplicado, e passam a ser os seguintes os valores a serem exigidos pela quinta imputação:

DATA DE OCORRÊNCIA	BASE DE CÁLCULO	MULTA	VALOR
28/02/2007	40.114,97	2%	802,30
31/03/2007	54.175,01	2%	1.083,50
30/04/2007	45.911,46	2%	918,23
31/05/2007	233,60	2%	4,67
30/06/2007	58,40	2%	1,17
31/07/2007	784,40	2%	15,69
31/08/2007	358,10	2%	7,16
TOTAL			2.832,72

Nestes termos, voto pela procedência parcial desta Infração reduzindo, de ofício, o valor da multa por descumprimento de obrigação acessória de R\$7.081,78 para R\$2.832,72.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor total de R\$86.669,32.

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 232185.0004/09-0, lavrado contra **RONALDO DE FÁTIMA GOMES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$83.836,60**, acrescido da multa de 50% prevista no inciso I, alínea “b”, item “1” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.832,72**, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, reduzida 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR