

A. I. Nº. - 180460.0003/09-3
AUTUADO - PROCEL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ FERREIRA FILHO
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 16. 11. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0340-01/09

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Comprovada a ocorrência da irregularidade apontada. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Infração comprovada. **b)** CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes deverão utilizar equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa sobre o valor da operação, ao contribuinte que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do referido equipamento nas situações em que está obrigado. Infração parcialmente subsistente, com adequação da multa para 2%, conforme modificação introduzida pela Lei nº 10.847/07, em face da retroatividade benéfica da lei. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO A MENOS. É devido o pagamento, 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, não enquadradas no regime de substituição tributária. Infração caracterizada. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b-1)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b-2)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Infrações mantidas. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 28/03/2009, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$44.112,03 e à multa por descumprimento

de obrigações acessórias no valor e R\$1.863,37, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de março e abril de 2006, março, maio e junho de 2007, sendo exigido imposto no valor de R\$3.648,46, acrescido da multa de 50%. Consta que o contribuinte deixou de recolher o ICMS lançado no livro RAICMS, apurado através de conta corrente fiscal (SAFA), conforme relatórios anexos (fls. 21 e 24);

02 – extraviou documentos fiscais relativos ao exercício de 2007, sendo aplicada a multa fixa no valor de R\$ 460,00. É informado que a irregularidade consistiu no extravio de 1.389 documentos fiscais entre notas fiscais e leituras Z de ECF, sendo a penalidade reduzida por se tratar de microempresa;

03 – emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que estava obrigado, nos meses de fevereiro a maio e dezembro de 2004, janeiro e março a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a dezembro de 2007, sendo aplicada a multa de 5% no período de fevereiro de 2004 a outubro de 2007 e de 2% nos meses de novembro e dezembro de 2007, sobre o valor das operações, que resultou no valor de R\$1.403,37. Consta que a penalidade decorreu da emissão de nota fiscal de consumidor em vez de cupom fiscal;

04 – recolheu a menos o ICMS correspondente à antecipação parcial, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos meses de junho a outubro e dezembro de 2004, abril, maio, julho e novembro de 2005, exigindo imposto no valor de R\$12.125,81, acrescido da multa de 50%;

05 – deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89 [constantes do inciso II do art. 353 do RICMS/97], nos meses de março a setembro, novembro e dezembro de 2006, janeiro e setembro de 2007, exigindo imposto no valor de R\$28.297,62, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à falta de recolhimento do ICMS por antecipação referente a aparelhos celulares, conforme demonstrativos às fls. 117, 118 e 158 a 161;

06 – efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 88 e 89 [constantes do inciso II do art. 353 do RICMS/97], no mês de abril de 2007, exigindo imposto no valor de R\$40,14, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere ao recolhimento a menos da antecipação tributária sobre aparelhos celulares, conforme demonstrativo à fl. 158.

O autuado apresentou impugnação à fl. 188, quando discorreu a respeito das seguintes imputações:
infração 01 – requer a nulidade deste lançamento, arguindo ter efetuado o recolhimento através da inscrição estadual da matriz, conforme comprovante que alega estar anexando;

infração 02 – pede a dispensa da multa, tendo em vista que o extravio dos 794 documentos não representou nenhum prejuízo ao erário público estadual, pois os impostos foram pagos através do lançamento dos documentos no livro Registro de Saídas, o que comprova a falta de má-fé por parte do autuado;

infração 04 – solicita a anulação desta exigência, uma vez que o autuante se equivocou, desde quando todas as suas compras interestaduais se referem a produtos relacionados no anexo 88 do RICMS/BA;

infração 05 – pugna pela anulação da autuação, sob a alegação de que todas as compras realizadas eram efetuadas junto a empresas com convênio, de modo que o imposto vinha incluso nas notas fiscais;

infração 06 – pede a nulidade desta imposição, tendo em vista que os recolhimentos realizados no período foram maiores que os valores apurados pelo autuante, conforme histórico de pagamentos que anexa à fl. 205.

O autuante produziu informação fiscal à fl. 209, quando contestou os argumentos defensivos, conforme segue:

infração 01 – salienta que a despeito de arguir que teria recolhido o valor apurado, através da matriz, não juntou qualquer documento. Ressalta que o estabelecimento autuado se refere à matriz e não constam os recolhimentos alegados (fls. 18 a 20). Acrescenta que durante a ação fiscal nenhuma informação nesse sentido lhe foi repassada, nem mesmo durante reuniões com sócio e representante da contabilidade do autuado. Ademais, não existe previsão legal para que o imposto apurado em um estabelecimento seja recolhido por outra unidade da empresa (artigos 114, 116 e 183 do Decreto nº 6.284/97 - RICMS/BA);

infração 02 – lembra que na realidade o extravio não foi de 794 documentos, porém de 1.589, conforme se verifica às fls. 28/29, tendo sido informado no Auto de Infração como sendo de 1.394 documentos, porém sem nenhuma relevância, dado o limite da multa. Salienta que essa quantidade corresponde a outra autuação referente a outra empresa do mesmo titular. Observa que a penalidade é pelo extravio dos documentos e não por má-fé e, além disso, é de responsabilidade do contribuinte a guarda e conservação de toda a sua documentação. Ressalta que a fiscalização somente pode aferir se os documentos foram corretamente escriturados e que o imposto foi pago, através de sua apresentação, mesmo porque se refere a muitos documentos e não existe livro nem mesmo uma listagem de tais documentos, sem alegação de qualquer motivo referente à ocorrência, durante a ação fiscal ou na impugnação;

infração 04 – ressalta que descabe a alegação do autuado de que só trabalha com produtos do anexo 88, desde quando comercializa aparelho celular, que foi incluído na antecipação tributária (anexo 88) em 01/03/2006, enquanto que os valores apurados se referem ao período de junho de 2004 a novembro de 2005 (fls. 47, 48, 84 e 85), quando essa mercadoria ainda não havia sido incluída na substituição tributária, conforme art. 353, inciso II, item 35 do RICMS/97.

Após ser cientificado a respeito da informação fiscal, o autuado se manifestou à fl. 213, quando reprisou os argumentos atinentes às infrações 02, 04, 05 e 06.

VOTO

Saliento, inicialmente, que não vislumbro no presente lançamento nenhuma ofensa aos ritos que regem o processo administrativo fiscal, nem a ocorrência de qualquer tipo de afronta direta ou indireta aos diversos princípios constitucionais.

No mérito, verifico que foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de seis irregularidades, dentre as quais o autuado não impugnou apenas a infração 03, entretanto considerando que exatamente em relação a esse item da autuação procederei a uma alteração dos resultados apurados pela fiscalização, passarei a discorrer a respeito de cada uma das imputações.

No que concerne à infração 01, que decorreu da falta de recolhimento do ICMS referente a operações devidamente escrituradas, verifico que em sua defesa o sujeito passivo alegou que o imposto em questão teria sido recolhido através da inscrição estadual de sua matriz e que estaria anexando o respectivo comprovante. Apesar disso, no entanto, constato que além do estabelecimento autuado se

referir exatamente à sua unidade matriz, nenhum documento foi acostado aos autos que corroborasse a sua alegação.

Observo, ademais, que de acordo com a reconstituição do conta corrente do ICMS, detalhada nos demonstrativos próprios elaborados pelo autuante, cujos dados foram colhidos do livro Registro de Apuração do ICMS do contribuinte, tudo constante às fls. 21 a 27, efetivamente foi apurado e lançado o tributo no montante apontado pelo fisco, valor este não recolhido pelo autuado, conforme atestam as Relações de DAEs acostadas às fls. 18/19. Por esta razão, esta exigência fiscal fica mantida de forma integral.

A infração 02 decorreu do extravio de notas fiscais de venda a consumidor e leituras Z dos equipamentos emissores de cupom fiscal, que deixaram de ser apresentadas à fiscalização, conforme atesta o termo de intimação específico, não atendido pelo contribuinte. Ao se manifestar a respeito, o autuado pediu dispensa da multa, argumentando que o extravio dos documentos não teria implicado em nenhum prejuízo à fazenda pública, uma vez que os impostos teriam sido pagos e os documentos fiscais teriam sido lançados nos livros fiscais próprios.

Saliento que a penalidade foi corretamente sugerida, haja vista que de acordo com o Comunicado à fl. 29 dos autos, o sujeito passivo declarou à Repartição Fazendária o extravio dos documentos em questão, sem sequer apresentar uma justificativa a respeito do fato alegado. Deste modo, a falta de apresentação desses elementos não permite que a fiscalização possa atestar se realmente o imposto correspondente foi recolhido pelo contribuinte. Assim, considerando que está correta a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XIX, alínea “b” do da Lei nº. 7.014/96, mantenho esta exigência na íntegra.

No tocante à infração 03, vejo que foi aplicada multa pela emissão de notas fiscais de venda a consumidor em substituição a cupons fiscais, em decorrência do uso de equipamento de controle fiscal (ECF). Saliento que a obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal encontra-se prevista no RICMS/97, nos artigos 238 e 824-B. De acordo com esses dispositivos o contribuinte usuário de ECF somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor por outro meio, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, motivos que o impeçam de emitir o cupom fiscal. Assim, quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte pode emitir nota fiscal, porém, neste caso, deve emitir, concomitantemente, o cupom fiscal, que deverá ser anexado à via fixa da nota fiscal emitida, na qual devem ser consignados o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

Verifico que o autuado não tratou especificamente a respeito da irregularidade que lhe foi atribuída, enquanto que o autuante apontou de forma objetiva, por meio dos demonstrativos de fls. 30 a 34, quais os documentos emitidos que ensejaram a aplicação da multa.

Saliento, entretanto, que a multa específica para esta infração, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº. 7.014/96, que consistia em 5% sobre os valores das operações ou prestações de serviço realizadas, foi alterado para 2%, através da Lei nº. 10.847, de 27/11/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007. Observo que o autuante sugeriu o percentual de 5% para os períodos anteriores à referida alteração, indicando o novo percentual (2%) apenas para os meses de novembro e dezembro de 2007, entretanto com base no princípio da retroatividade benigna, consoante prevê o art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, a modificação acima referida deve ser estendida o todo o período alcançado pela exigência. Assim, entendo que a infração 03 está parcialmente caracterizada, com a adequação da multa, que passou para 2%, de modo que o valor total a ser exigido fica alterado para R\$576,27, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Ocorrência	Base de Cálculo	Multa %	Valor devido
28/02/2004	170,00	2	3,40

31/03/2004	622,00	2	12,44
30/04/2004	70,00	2	1,40
31/05/2004	419,00	2	8,38
31/12/2004	50,00	2	1,00
31/01/2005	60,00	2	1,20
31/03/2005	20,00	2	0,40
30/04/2005	169,00	2	3,38
31/05/2005	270,99	2	5,42
30/06/2005	150,00	2	3,00
31/07/2005	319,00	2	6,38
31/08/2005	50,00	2	1,00
30/09/2005	55,00	2	1,10
31/10/2005	20,00	2	0,40
30/11/2005	20,00	2	0,40
31/12/2005	239,00	2	4,78
31/01/2006	50,00	2	1,00
28/02/2006	424,00	2	8,48
31/03/2006	398,00	2	7,96
30/04/2006	324,00	2	6,48
31/05/2006	55,00	2	1,10
30/06/2006	352,90	2	7,06
31/07/2006	109,00	2	2,18
31/08/2006	304,00	2	6,08
30/09/2006	25,00	2	0,50
31/10/2006	244,80	2	4,90
30/11/2006	165,00	2	3,30
31/12/2006	40,00	2	0,80
31/01/2007	395,90	2	7,92
28/02/2007	249,00	2	4,98
31/03/2007	537,00	2	10,74
30/04/2007	1.660,23	2	33,20
31/05/2007	2.332,00	2	46,64
30/06/2007	2.521,74	2	50,43
31/07/2007	1.938,22	2	38,76
31/08/2007	3.027,10	2	60,54
30/09/2007	7.653,09	2	153,06
31/10/2007	2.061,36	2	41,23
30/11/2007	1.034,96	2	20,69
31/12/2007	208,08	2	4,16
TOTAL			576,27

No caso da infração 04, que corresponde ao recolhimento a menos do ICMS referente à antecipação parcial, o autuado alegou que todas as suas compras interestaduais se referiam a produtos relacionados no anexo 88 do RICMS/BA, ou seja, se encontravam subordinados ao regime da substituição tributária, razão pela qual não caberia a exigência do tributo atinente à antecipação parcial. Noto que o autuante contestou essa afirmação, realçando que esse lançamento se referira exclusivamente a aparelhos celulares, mercadoria que à época dos fatos (junho de 2004 a novembro de 2005) não havia sido incluída na substituição tributária.

Realmente, analisando os demonstrativos correspondentes (fls. 47, 48, 84 e 85), assim como as respectivas notas fiscais, constato que as mercadorias objeto desta infração se referiram a telefones celulares e a cartões inteligentes (smart cards e sim card), os quais somente foram incluídos na antecipação tributária a partir de 01/03/2006, de acordo com o item 35, acrescentado ao inciso II do

art. 353 do RICMS/97, através da Alteração nº 74 (Decreto nº. 9.786 de 10/02/06). Desta forma, a infração 04 resta totalmente caracterizada.

No que se refere às infrações 05 e 06, observo que correspondem respectivamente à falta de recolhimento e ao recolhimento a menos, por antecipação, do ICMS relativo à aquisição de mercadorias relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97, isto é, sujeitas à substituição tributária. O contribuinte argumentou que no caso da primeira imputação todas as suas compras eram realizadas junto a empresas com convênio, de forma que o imposto já vinha destacado nas notas fiscais, enquanto que em relação à segunda afirmou que os recolhimentos efetivados no período tinham sido em montantes superiores àqueles apurados pelo autuante.

Faz-se necessário ressaltar que também no caso destas duas infrações as mercadorias se referem a aparelhos celulares e a cartões inteligentes, entretanto, de forma diversa da anterior, o período do levantamento teve início quando esses produtos foram incluídos na antecipação tributária interna, conforme explicitado acima.

Importante destacar que na mesma data em que esse fato ocorreu entrou em vigor o Convênio ICMS nº 135/06, no entanto não assistiu razão ao contribuinte quando alegou que somente adquiria mercadorias de “fornecedores com convênio”, desde quando nos demonstrativos atinentes a essas infrações somente se encontram relacionadas notas fiscais emitidas por fornecedores estabelecidos em unidades da Federação que não aderiram ao citado Convênio (Pernambuco, São Paulo e Amazonas), razão bastante para que o contribuinte aqui estabelecido fosse obrigado a antecipar o pagamento do ICMS. Observei que a única exceção recaiu sobre a Nota Fiscal nº 2.078, procedente de Minas Gerais, Estado incluído no mencionado acordo, entretanto no mês em questão (maio de 2007) não foi apurado nenhum imposto a ser exigido do sujeito passivo.

Assim, restando comprovado o acerto do procedimento, cujo detalhamento se encontra indicado nos demonstrativos acostados às fls. 117, 118 e 158 a 161, a infração 05 fica mantida integralmente.

Quanto à insurgência defensiva contra o valor apontado na infração 06, ressalto que o histórico de pagamentos trazido pelo contribuinte (fl. 205) apenas confirma que a diferença indicada no demonstrativo de fl. 158, relativa ao mês de abril de 2007, está correta, desde quando o imposto calculado atingiu o montante de R\$1.160,91, enquanto que o contribuinte recolheu a cifra de R\$1.120,77, resultando na diferença exigida de R\$40,14. Infração mantida.

Ante todo o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

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 **180460.0003/09-3**, lavrado contra **PROCEL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.112,03**, acrescido das multas de 50% sobre R\$15.774,27 e de 60% sobre R\$28.337,76, previstas no artigo 42, incisos I, alíneas “a” e “b”, item 1 e II, alínea “d” da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$1.036,27**, previstas nos incisos XIX e XIII-A, alínea “h” do mesmo artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR