

A. I. Nº - 206969.0010/09-3
AUTUADO - COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 10.06.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0150-04/11

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Ilícitos não impugnados. Mantidas as infrações. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. À época dos fatos que ensejaram o lançamento não existia previsão legal para aplicação de multa relativa ao ilícito em exame. Infração declarada nula, de ofício. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) LANÇAMENTOS NOS LIVROS EM VALORES SUPERIORES AOS DESTACADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. b) AQUISIÇÕES COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. A autoria e a materialidade das ocorrências restam demonstradas no levantamento, nas cópias dos documentos fiscais, assim como na indicação de onde foram escriturados os créditos indevidos. Infrações caracterizadas. c) CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. Cópia do documento juntado ao processo demonstra que o foi emitida nota fiscal utilizando formulário e autorização de impressão e formulário de outro estabelecimento o que configura inidoneidade do documento fiscal. Também não foi comprovado que o valor do imposto destacado no documento fiscal relativo a operação de venda tenha sido escriturado e recolhido aos cofres públicos do Estado e conseqüentemente indevida a utilização do crédito fiscal. Infração subsistente. d) IMPOSTO LANÇADO A MAIS A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. A autuante elaborou demonstrativo relativo à antecipação parcial, com todas as informações necessárias para a apuração do crédito indevido, como data, período de referência, acréscimos etc. As quantias encontradas em cada intervalo de apuração foram levadas para o levantamento da conta corrente do ICMS, onde os valores foram excluídos ou incluídos, a depender da situação. Infração caracterizada. 5. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O art. 39, VIII, RICMS/97 determina a responsabilidade solidária do adquirente em relação às

operações de compra de mercadorias originárias de pessoas físicas ou jurídicas não obrigadas à emissão de documento fiscal. Infração caracterizada. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. OMISSÃO DE REGISTROS. MULTA. A redação anterior dada ao dispositivo do art. 42, XIII-A, “i” da Lei 7.014/96 trazia a previsão da multa de R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega nos prazos previstos na legislação ou pela entrega em padrão diferente do previsto ou em condições que impossibilitem a sua leitura, de arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entradas e de saídas e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ocorridas em cada período. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de decadência. Indeferido o pleito de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime. Vencido o voto do relator quanto à infração 03.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/12/2009 para exigir ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$ 20.139,59, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo aduzidas.

Infração 01 – Utilização indevida de crédito, em valores superiores aos destacados em documentos fiscais (janeiro e abril de 2004). Valor lançado de R\$ 255,32 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Utilização indevida de crédito, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária (maio e setembro de 2004 e janeiro de 2005). Valor lançado de R\$ 663,72 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Utilização indevida de crédito, referente a documento fiscal falso ou inidôneo. Está consignado que o contribuinte utilizou seu formulário 012.277 (AIDF 9901004262004) para emissão da nota fiscal 052.346, que documenta suposta venda, com CFOP 5102, de Supermercado Breno Ltda., inscrição estadual número 50.361.023, com utilização do crédito fiscal destacado, relativo a novembro de 2004, sem pagamento do imposto. Valor lançado de R\$ 1.999,87 e multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – Utilização a maior de crédito, referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação ou do exterior. Consta que, antes de ter efetuado o recolhimento, o autuado lançou crédito indevido de ICMS por antecipação parcial, utilizando o período de referência e não o de pagamento para a correspondente quantia creditada. Assim, foi elaborado o levantamento dos pagamentos do imposto e refeita a conta corrente, de acordo com o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (março de 2004). Valor lançado de R\$ 6.515,63 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, ocorridas no dia 29 de fevereiro de 2004, através de equipamento emissor de cupons fiscais (ECF). Valor lançado de R\$ 2.435,30 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 – Falta de recolhimento do tributo referente às aquisições de mercadorias de produtores rurais ou extratores não inscritos no Cadastro Estadual, na qualidade de responsável solidário (janeiro a novembro de 2004). Valor lançado de R\$ 5.228,77 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 – Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e / ou do exterior, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97 (abril a setembro de 2004). Valor lançado de R\$ 560,13 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 – Multa sobre o imposto por antecipação parcial não recolhido, concernente às aquisições interestaduais de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal (junho, julho e setembro de 2004). Penalidade por descumprimento de obrigação acessória de 60%, no valor de R\$ 1.100,85, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 09 – Falta de entrega de arquivo magnético nos prazos previstos na legislação. Consta que o sujeito passivo entregou de forma incorreta os arquivos em meio magnético, referentes ao exercício de 2004, contendo apenas parte dos dados totalizados por documentos, quando deveria informar todos os itens de mercadorias (registros 54, 60R, 75), por ser o contribuinte usuário de ECF e por emitir documentos fiscais por meio eletrônico (art. 708-A, §§ 4º e 6º do RICMS/97), impedindo desse modo a realização de diversos roteiros de auditoria. Multa de R\$ 1.380,00, prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 294 a 297, o Senhor Antônio Carlos Alves Aragão colaciona pedido de nulidade, em virtude de ter tomado conhecimento da autuação por informações de pessoa de seu conhecimento, residente na Avenida Soares Lopes, 560, apartamento 702, Ilhéus, Bahia, e do fato de não ser sócio da pessoa jurídica autuada desde 15 de janeiro de 2001 (fls. 313/314).

Sustenta a decadência do direito do fisco de lançar o tributo, com fundamento no art. 173 do CTN.

Na informação fiscal, de fls. 317 a 319, a autuante salienta que foi efetuada fiscalização referente ao ano de 2004, em atendimento à solicitação de baixa de inscrição estadual, através do processo SIPRO 283015/2008-1.

Em seguida, pondera que quando da finalização dos trabalhos, um funcionário do grupo empresarial, de prenome Kleber, recebeu a documentação devolvida, mas não possuía poderes para tomar ciência do Auto de Infração. Por isso, a INFAZ (Inspetoria) enviou por AR (aviso de recebimento via Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) uma via do Auto de Infração e cópias de todos os demonstrativos para o senhor Marcelo Bonfim, mesmo indivíduo que representou o contribuinte no curso da ação fiscal, entregando documento, prestando esclarecimentos etc. Posteriormente, a mesma correspondência foi remetida para a sócia de nome Mariene Moreira Dias e para o sócio Antonio Carlos Alves Aragão, no seu endereço residencial constante do Cadastro da SEFAZ (Secretaria da Fazenda), que não foi modificado, apesar da saída desta pessoa do quadro societário, do que não cabe cogitar nulidade.

Apesar disso entende que, “*para maior segurança jurídica*”, os outros sócios também devem ser intimados.

Não concorda com a alegação de decadência e mantém a autuação integralmente.

Novamente intimado (fl. 322), o sujeito passivo apresenta impugnação às fls. 327 a 337, datada de 05 de abril de 2010 (fl. 326), através de advogados regularmente constituídos (fl. 338), mas não assinada.

Preliminarmente, com fundamento no art. 150, § 4º, CTN e em doutrina, alega a decadência do direito do fisco de lançar o tributo exigido (com exceção da ocorrência de 31/12/2004 da infração 02 e da multa da infração 09 [que não é tributo]).

Com fundamento no princípio da verdade material e transcrevendo doutrina, referindo-se em especial às duas primeiras infrações, assevera que o fato, para ser imponível, deve se encaixar como uma luva na hipótese de incidência, quando se diz que ocorreu o fenômeno da subsunção.

Entende que há um formalismo a ser observado, para garantir o seu direito à ampla defesa, cabendo à autoridade fiscal verificar os fatos e constatar as suas características, e não

simplesmente consignar infrações improcedentes, o que se verifica através de uma simples análise nos documentos fiscais.

Na infração 03, por exemplo, a autuante não comprovou a inidoneidade do documento, do que decorre erro evidente.

Quanto à infração 04, argumenta que a data de pagamento não traz qualquer prejuízo ao Estado, de vez que o crédito foi lançado uma única vez, de forma que sua utilização se deu da maneira correta. Errou a autuante, porque também não transportou os créditos para os meses de pagamento, causando-lhe prejuízo.

A infração 06 é nula, porquanto não se fez acompanhar de demonstrativo correspondente.

Pede a improcedência da infração 09, já que apenas em meados de 2007 o seu programa foi adequado para a transmissão dos registros solicitados. O contribuinte que utiliza sistema eletrônico de processamento de dados somente para escrituração de livro fiscal é dispensado do envio dos registros 54 e 60R, de acordo com o art. 686, § 4º, RICMS/BA (transcrito à fl. 333) e Pareceres de fls. 333/334.

Em seguida, afirma que as penalidades são exorbitantes, contrariam o princípio da vedação do confisco e que irá à falência caso sejam mantidas. Protesta pela produção de provas através de todos os meios admitidos, inclusive diligência, requer o acolhimento da preliminar e a improcedência das infrações imputadas.

Na informação fiscal, de fls. 342 a 353, a autuante ratifica as informações já expendidas, relativas ao trâmite do processo.

Não concorda com a preliminar de decadência e aduz que as argumentações da impugnação – relacionadas ao princípio da verdade material – são insubsistentes. Nas suas palavras, “*parece aqui que o senhor advogado quer contestar as infrações 01 e 02*”, correspondentes ao uso de crédito indevido, corretamente enquadradas, com levantamento à fl. 09 e cópias dos documentos fiscais as fls. 10 a 18.

A nota fiscal inidônea da infração 03 – objeto de descrição no corpo da peça inicial – encontra-se também contemplada na planilha de fl. 09 (relativa às duas primeiras infrações), como último item deste levantamento.

“O documento fiscal, ou nota fiscal, é o registro de uma operação comercial. No caso descrito na infração 03, o contribuinte autuado utilizou um documento seu – formulário para emissão de nota fiscal número 012277 – autorizado pela SEFAZ conforme AIDF 99010042462004, para documentar uma suposta operação comercial, pois documentaria uma operação de venda de outro contribuinte. Esse outro contribuinte (IE 50.361.023) teria efetuado uma venda para o autuado (IE 56.025.516) emitindo nota fiscal de venda número 052346 utilizando o formulário do destinatário das mercadorias”.

Segundo a auditora fiscal, de acordo com a documentação apresentada, a operação é fictícia, uma vez que foi objeto de lançamento a crédito na escrita do estabelecimento autuado, muito embora nenhum imposto tenha sido pago.

No seu entendimento, com relação à infração 04, o defendente comete equívoco ao afirmar que o lançamento do crédito no mês de referência – e não no de pagamento – não causa prejuízo ao Erário, e que a autuante não teria transportado o crédito para o mês de pagamento, maculando os seus direitos.

Pondera que elaborou demonstrativo dos valores recolhidos referentes à antecipação parcial, com informações sobre datas de pagamento, períodos de referência, códigos de receita, valores do imposto e dos acréscimos, crédito utilizado e crédito indevido nos interstícios temporais respectivos (fl. 24). Essas quantias encontradas em cada período de apuração foram levadas para o levantamento da conta corrente do ICMS, onde os valores foram excluídos ou incluídos, a depender da situação (2º parágrafo, fl. 348, demonstrativo às fls. 21 a 23, conforme documentos de arrecadação estadual de fls. 158/159).

Prossegue alegando que são improcedentes as alegações defensivas relativas à infração 06, porque o demonstrativo foi juntado às fls. 57/58, e as cópias das notas fiscais às fls. 59 a 97.

Quanto à infração 09, na sua concepção o impugnante estava obrigado a entregar os arquivos magnéticos com todas as informações, em razão de que aplicou a “*multa fixa prevista para a falta de apresentação / entrega dos arquivos sem intimação da fiscalização, na forma regulamentar*”.

Considera que houve reconhecimento das infrações 05, 07 e 08, uma vez que nada foi dito sobre as mesmas na impugnação.

Salienta que junto com a defesa apenas foram apresentados instrumento de procuração e cópia da carteira da OAB de um dos advogados.

Discorre sobre a questão do confisco e o pedido de diligência, consignando entendimento contrário ao da sociedade empresária, e mantém a autuação.

Na manifestação de fls. 358/359, que se fez acompanhar de cópia da carteira da Ordem dos Advogados do Brasil do advogado signatário (fl. 360), de “*PROCURAÇÃO PARA O FORO EM GERAL*” (fl. 363) e de procuração pública (fl. 361), a empresa sublinha que só tomou conhecimento do lançamento de ofício muitos dias após a expiração do prazo decadencial e que a autuante não enfrentou o aspecto jurídico atinente ao mesmo.

Portanto, conforme assevera, o argumento da autoridade fiscal é frágil e não resiste ao “*debate enfrentado na defesa, merecendo acolhida a pretensão de ser declarada a decadência dos créditos tributários constantes do Auto de Infração, à exceção de parte da infração 02 – ocorrência de 31/12/2004 e a multa da infração 09, com a respectiva extinção do crédito tributário*”.

Em relação ao mérito das infrações impugnadas, cujo julgamento pela improcedência requer, afirma que ficam todos rechaçados, nos moldes já expostos na impugnação.

Ciente da manifestação, a autuante reitera os termos da informação fiscal de fls. 342 a 353 (fl. 364).

No verso da fl. 364, em 25 de fevereiro de 2011, este relator exarou despacho, objetivando que o profissional responsável pela peça de defesa a assinasse.

A Secretaria do CONSEF acostou, às fls. 365 a 378, a peça defensiva devidamente assinada.

VOTO

À época dos fatos que ensejaram a infração 08 (multa sobre o imposto por antecipação parcial não recolhido, concernente às aquisições interestaduais de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal; abril a setembro de 2004) não existia a penalidade específica para o ilícito em exame.

A redação do art. 42. II, “d” da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 7.981, de 12 de dezembro de 2001, cuja vigência se deu entre 13 de dezembro de 2001 e 27 de novembro de 2007, estabelecia a multa de 60% para os casos de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação (substituição) tributária. Somente em novembro de 2007, com o advento da Lei nº 10.847, a antecipação parcial foi incluída no texto do inciso.

Por isso, com fundamento no art. 18, III do RPAF/99, declaro nula, de ofício, a infração 08.

No que se refere às demais acusações, não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico. O demonstrativo da infração 06 foi juntado às fls. 57/58 e as cópias das notas fiscais às fls. 59 a 97.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo

administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na defesa e na manifestação sobre a informação fiscal. O contribuinte foi devidamente intimado de todos os incidentes processuais e foram-lhe concedidos todos os prazos legais para que apresentasse as suas argumentações.

O suposto e alegado caráter confiscatório, portanto inconstitucional, das multas cominadas, uma vez que previstas nos dispositivos da Lei nº 7.014/96 citados no Relatório supra, não pode ser apreciado por este Conselho de Fazenda, de acordo com o art. 167, I, RPAF/99.

Desse modo, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, referente às infrações 01 a 07 e 09.

Quanto ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA, apesar do entendimento que já se pode reputar reiterado do STJ, até posicionamento em contrário da Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

Apesar do fato de parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer interstícios temporais menores do que o do art. 150, § 4º do CTN, cumpre ressaltar que esse mesmo artigo confere à Lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu § 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/BA.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Rejeitada, por conseguinte, a preliminar de decadência.

Indefiro o pleito de diligência, visto que os autos encontram-se satisfatoriamente instruídos e não existem lacunas, contradições ou obscuridades que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico.

As infrações 05 e 07 não foram contempladas na defesa. Dessa forma, com fundamento no art. 140, RPAF/99, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações 05 e 07 mantidas.

No mérito, com relação às duas primeiras infrações, o impugnante pautou-se no princípio da verdade material e no necessário formalismo de um procedimento de acusação, para expor a sua concepção de que as mesmas não procedem e cercearam o seu direito de defesa.

A última afirmação, conforme já decidido preliminarmente, não encontra amparo nos fatos.

A autoria e a materialidade das ocorrências restam demonstradas no levantamento de fl. 09, nas cópias dos documentos fiscais de fls. 10 a 18, assim como na indicação de onde foram escriturados os créditos indevidos (coluna "REM/FLS.", fl. 09), do que reputo caracterizadas as infrações 01 e 02.

De acordo com o que informou a autoridade fiscal, a nota tida como inidônea, da infração 03, de número 52.346 (fl. 19), foi objeto de descrição pormenorizada no corpo da peça inicial e encontra-se contemplada na planilha de fl. 09 (relativa às duas primeiras infrações), como último item deste levantamento.

Consoante se observa na cópia de fl. 19, com o mencionado documento (nota fiscal fatura), pertencente ao próprio estabelecimento autuado, seria possível registrar operações de entradas ou de saídas. Ocorre que a nota fiscal deu suporte à aquisição de diversas mercadorias do SUPERMERCADO BRENO LTDA., localizado no Município de Ilhéus-BA, sob a alíquota de 17%,

com lançamento na escrita (fl. 20), mas foi equivocadamente assinalada a opção saída. Um simples erro tipográfico, destituído de repercussão tributária.

Para que fosse acatada a alegação da auditora fiscal, de que a comercialização é fictícia, seria necessário que a autoridade trouxesse aos autos os livros do remetente, de forma a se comprovar que o mesmo não vendeu para o estabelecimento fiscalizado.

A situação não se encaixa em nenhuma das hipóteses previstas no art. 209, RICMS/BA, e por isso conclui pela improcedência da infração.

Infração 03 descaracterizada.

A quarta acusação é de utilização a maior de crédito, referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação ou do exterior. Segundo a autuante, antes de ter efetuado o recolhimento, o sujeito passivo lançou a seu favor ICMS por antecipação parcial, usando o período de referência e não o de pagamento para a correspondente quantia creditada. Assim, foi elaborado o levantamento dos pagamentos do imposto e refeita a conta corrente.

Data vênua, são inverídicas as alegações defensivas de que os pagamentos extemporâneos não trazem prejuízo ao Estado e de que a auditora não transportou o crédito para os períodos respectivos.

Corretamente, a autuante elaborou à fl. 24 um demonstrativo relativo à antecipação parcial, com todas as informações necessárias para a apuração do crédito indevido, como data, período de referência, acréscimos etc. As quantias encontradas em cada intervalo de apuração foram levadas para o levantamento da conta corrente do ICMS, onde os valores foram excluídos ou incluídos, a depender da situação. Por exemplo, nos meses de agosto e novembro de 2004 foram utilizados créditos menores do que os devidos, enquanto nos demais meses o uso foi maior. Assim, foi encontrado o total lançado, cujo período de referência é março de 2004.

Infração 04 caracterizada.

A sexta infração relaciona-se à falta de recolhimento do tributo decorrente das aquisições de mercadorias de produtores rurais ou extratores não inscritos no Cadastro Estadual, na qualidade de responsável solidário (janeiro a novembro de 2004).

Conforme já exposto, o demonstrativo foi juntado às fls. 57/58, e as cópias das notas fiscais às fls. 59 a 97.

O art. 39, VIII, RICMS/97 determina a responsabilidade solidária do adquirente em relação às operações de compra de mercadorias originárias de pessoas físicas ou jurídicas não obrigadas à emissão de documento fiscal.

Caracterizada a infração 06.

Com relação à infração 09, a autuante consignou que o sujeito passivo entregou de forma incorreta os arquivos em meio magnético, referentes ao exercício de 2004, contendo apenas parte dos dados totalizados por documentos, quando deveria informar todos os itens de mercadorias (registros 54, 60R, 75), por ser usuário de ECF e por emitir documentos fiscais por meio eletrônico (art. 708-A, §§ 4º e 6º do RICMS/97), impedindo desse modo a realização de diversos roteiros de auditoria.

Afirmou o contribuinte que a exigência não procede, porque aquele que utiliza sistema eletrônico de processamento de dados somente para escrituração de livro fiscal é dispensado do envio dos registros 54 e 60R, de acordo com o art. 686, § 4º, RICMS/BA (transcrito à fl. 333) e Pareceres de fls. 333/334, o que não foi refutado pela autuante na informação fiscal.

Todavia, às fls. 149 a 157 foram juntadas provas de que o impugnante fez uso de sistema eletrônico de processamento de dados não apenas para escrituração de livros, mas também para emitir documentos fiscais, o que afasta a eficácia, no presente caso, do art. 686, § 4º, RICMS/BA.

A redação anterior dada ao dispositivo do art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96, fornecida pela Lei nº 9.159, de 09 de julho de 2004, publicada no Diário Oficial do Estado de 10 e 11 de julho de 2004, com efeitos entre 10 de julho de 2004 e 10 de fevereiro de 2005, trazia a previsão da multa de R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega nos prazos previstos na legislação ou pela entrega em padrão diferente do previsto ou em condições que impossibilitem a sua leitura, de arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entradas e de saídas e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ocorridas em cada período.

Infração 09 caracterizada.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 17.038,87.

VOTO VENCEDOR (QUANTO A INFRAÇÃO 3)

Apesar dos bons fundamentos formulados pelo nobre Relator, discordo do seu posicionamento em relação à infração 3.

A infração acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo. Consta na descrição dos fatos que foi utilizado o “formulário nº 12277 (AIDF 9901004262004) para emissão da nota fiscal 52.346 para documentar suposta operação de venda (CFOP 5102) de Supermercado Breno Ltda, IE 50.361.023, com utilização do crédito do ICMS destacado na nota fiscal em Nov/2004, sem pagamento desse ICMS”.

Na defesa apresentada o autuado alegou que:

No que se refere à infração 3, decorre de erro evidente do autuante já que o documento fiscal utilizado pela autuada é idôneo, já que não há qualquer indicação de falsidade ou inidoneidade. Observa-se que a autuante não demonstrou e provou que o documento não é inidôneo, o que fere o princípio da verdade material, razão porque é improcedente a infração 3.

A cópia do mencionado documento [NF 52.346] à fl. 19 apresenta as seguintes características:

1. Formulário impresso em gráfica com indicação do nome fantasia do estabelecimento autuado COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA, consignando sua autorização de impressão (AIDF) e nº do formulário 12277;
2. Impressão superposta do emitente (impressora de computador) com nome fantasia de SUPERMERCADO BRENO LTDA- Avenida Petrobrás – Centro – Ilheus/BA, IE 50.361.023, CNPJ 02.744.619/0002-17, tendo como destinatário o autuado;
3. Indica natureza da operação VENDA MERCADORIAS – CFOP 5.102, consignando quantidades significativas de mercadorias diversas (5.200 un de esponjas Bombril; 3.640 un de detergente Limpol; 4.590 un de desinfetantes Pinho Bril e Kalipto), totalizando R\$11.763,97 e ICMS destacado de R\$1.999,87;
4. Foi escriturado como crédito fiscal o valor do imposto destacado no livro Registro de entrada no mês de novembro/04, cuja cópia foi juntado à fl. 20.

Pelo acima descrito há dois aspectos a serem observados na apreciação da infração: o primeiro quanto aos aspectos formais do documento e o segundo em relação à legitimidade da utilização do crédito fiscal da operação.

No tocante aos aspectos formais do documento em questão, constato que foi utilizado o formulário com autorização de impressão de documento fiscal (AIDF) do estabelecimento autuado para emitir nota fiscal por outro estabelecimento legalmente inscrito (Supermercado Breno – IE 50.361.023). Tal procedimento é inconcebível, pois infringe toda a normatização quanto à autorização para impressão de documentos fiscais e controle de emissão e escrituração por parte do Fisco, conforme previsto no Regulamento do ICMS. Sob este aspecto, o art. 97, VII do RICMS/BA veda a utilização do crédito fiscal em consonância com o art. 209 do mesmo diploma legal, o qual elenca diversas situações de inidoneidade, entre elas a do inciso III que estabelece “não guardar os requisitos ou exigências regulamentares” e no parágrafo único cuja

irregularidade for de tal ordem que o torne imprestável para os fins a que se destine. Logo, como acima apreciado o remetente não poderia emitir documento fiscal utilizando formulário de impressão de outro estabelecimento e dessa forma é inidôneo o documento fiscal.

Quanto ao segundo aspecto, deve ser analisado se efetivamente ocorreu uma operação de venda cujo crédito fiscal foi escriturado. Sob este aspecto, o próprio dispositivo indicado no enquadramento da infração (art. 97, VII do RICMS/BA) ressalva que "... admitindo-se o crédito depois de sanada a irregularidade, ou se, não obstante o vício do documento, houver comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado".

O documento indica uma operação de "venda mercadoria – CFOP 5.102" do Supermercado Breno para o estabelecimento autuado. Na defesa o autuado argumentou apenas que o documento era idôneo, o que não é como acima apreciado, mas não esclareceu de que operação se tratava. Na hipótese de se tratar de uma nota fiscal de entrada e não de saída como indicada no documento (devolução de venda) deveria reportar-se a nota fiscal anterior de saída, mas a própria indicação do CFOP 5.102 indica o contrário, ou seja, que se trata de venda e não de devolução.

Caso se trata de uma operação de venda do Supermercado Breno para o estabelecimento autuado, sendo o mesmo inscrito no cadastro de contribuinte, ele deveria ter emitido o documento fiscal, destacado o imposto, escriturado o débito e efetivado o seu pagamento, o qual constituiria crédito fiscal do estabelecimento destinatário.

Tendo o próprio comprador (Comercial de Estivas Matos Ltda) emitido a nota fiscal, o Estado da Bahia suportou um crédito fiscal que foi escriturado no seu próprio estabelecimento, sem que tenha sido trazida ao processo a comprovação de que houve pagamento do imposto da operação, nem durante a fiscalização, nem no momento da apresentação da defesa. Logo, há repercussão tributária, a menos que o autuado fizesse prova de que houve recolhimento do imposto destacado no documento fiscal, fato que não ocorreu. Sabe-se que pelo princípio da não cumulatividade do ICMS, o crédito fiscal de direito para ser utilizado em operação posterior corresponde ao imposto que foi pago na operação antecedente, fato que na situação presente não foi comprovado. Portanto, concluo que além de inidôneo o documento fiscal sob os aspectos formais, não foi comprovado de que o imposto destacado foi escriturado e recolhido, sendo indevida a sua utilização.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da infração 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206969.0010/09-3**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 17.658,74**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 13.223,57, de 70% sobre R\$ 2.435,30 e de 100% sobre R\$ 1.999,87, previstas no art. 42, II, "f" e "d" e VII, "a", III e IV, "j" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 1.380,00**, prevista no art. 42, XIII-A, "i" da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR QUANTO À INFRAÇÃO 03

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR/VOTO VENCIDO QUANTO À INFRAÇÃO 03

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR