

A. I. Nº - 284119.0006/11-0
AUTUADO - SELEÇÃO DE MARCAS COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - JURACI LEITE NEVES JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET 10.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0020-05/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. a) CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DO CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Razões de defesa insuficientes para elidir a penalidade. Rejeitado o pedido de redução ou cancelamento da multa. Infração comprovada; **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS, SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO, NÃO REGISTRADAS NA ESCRITA FISCAL. MULTA. A suposta contabilização das notas fiscais não elide a exigência da penalidade por falta de registro na escrita fiscal. Exigência comprovada; **c)** FALTA DE APRESENTAÇÃO, QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Exigência reconhecida. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a)** MERCADORIA PARA O ATIVO PERMANENTE; **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO; **c)** EM DUPLICIDADE. Itens reconhecidos e parcelados pelo autuado. **3. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. a)** DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS NA DMA. Exigência reconhecida; **b)** FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO MAGNÉTICO, NO PRAZO PREVISTO. Exigência comprovada. **4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Razões de defesa não elidem a exigência fiscal. Infração comprovada. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/09/2011, exige o crédito tributário no valor de R\$ 493.371,96, em decorrência da constatação de dez irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 1 – Multa no valor de R\$ 87.561,97, correspondente a 2% do valor da operação, por ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, inerente aos exercícios de 2006 a 2009;

INFRAÇÃO 2 – Multa no valor de R\$ 50.028,90, correspondente a 10% do valor das mercadorias, sujeitas à tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2006 e 2007;

INFRAÇÃO 3 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 455,00, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de agosto/06;

INFRAÇÃO 4 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de R\$ 1.589,02, valor superior ao destacado nos documentos fiscais, referentes aos meses de novembro/06 e junho/08;

INFRAÇÃO 5 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 53.094,92, referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, nos meses de dezembro/07; fevereiro, agosto, setembro, novembro e dezembro/08, e junho/09;

INFRAÇÃO 6 – Multa no valor de R\$ 140,00, por ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) no mês de janeiro/07;

INFRAÇÃO 7 – Multa no valor de R\$ 140,00, por ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) no mês de outubro/06;

INFRAÇÃO 8 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 298.522,15, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos exercícios de 2006 a 2009;

INFRAÇÃO 9 – Multa no valor de R\$ 460,00, por ter deixado de apresentar livros fiscais, quando regularmente intimado;

INFRAÇÃO 10 – Multa no valor de R\$ 1.380,00, pela falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED).

O autuado, em sua impugnação, às fls. 464 a 472 dos autos, através de seu procurador legalmente constituído, inicialmente reconhece a procedência parcial da infração 8, na quantia de R\$ 252.799,06, e a procedência total das infrações: 3, 4, 5, 6, 7 e 9, no total de R\$ 308.678,00, do que requer parcelamento dos valores reconhecidos com redução da multa nos termos do art. 45 da Lei nº 7.014/96. Em seguida, aduz não serem totalmente verossímeis os fatos elencados pelo autuante, especialmente os fatos impugnados a seguir:

Com relação à infração 1, diz que não se configura, pois, o autuado trabalha com produtos sujeitos a garantias com entrega por conta da mesma e para dar trânsito as mercadorias emitiu nota fiscal em virtude da garantia, portanto, o imposto foi pago na exata medida em que exige a lei, o que põe termo a discussão. Entende que, no máximo, teria o autuado cometido um equívoco de boa fé, e, que não implicou em falta de pagamento do ICMS. Assim, requer o cancelamento com base no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Inerente à infração 2, diz que não se configura, pois as notas fiscais objeto desta Infração, embora não lançadas na escrita fiscal, foram todas lançadas na escrita contábil, o que põe termos a discussão.

No tocante à infração 8, aduz que não se configura totalmente considerando que no ano base de 2007 houve incidência de ICMS normal em quantia superior a R\$ 45.723,09 devendo, portanto, aplicar o disposto no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

Com referência à infração 10, diz que não se configura considerando que a penalidade aplicada na infração 9, absorve a infração 10 face ao reconhecimento.

Salienta que, se o relator entender necessário, poderá determinar a conversão deste processo em diligência na forma dos artigos 137, I, “a” e “b” e 148, II, do RPAF/BA, a fim de que se confirme o que aqui está dito e comprovado com os relatórios elaborados pelo autuado, os quais não deixam dúvida quanto à improcedência das parcelas impugnadas.

Por fim, diante do exposto e das provas acostadas ao processo, requer o deferimento de todos os meios de provas permitidas em Direito, protesta pela sustentação oral para que, enfim, seja o presente Auto de Infração julgado Procedente em Parte, ou seja, apenas quanto às parcelas reconhecidas nas quantias de **R\$ 308.678,00**.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 483 a 488, sustenta que:

Em relação à infração 1, o autuado, na condição de usuário de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) está autorizado a emitir nota fiscal modelo 1 apenas nas três situações elencadas nos incisos I e II, e no § 2º do art. 238 do RICMS/BA. Portanto, a legislação não impede a emissão de notas fiscais, série D-1, devendo o contribuinte, para tal procedimento, observar as regras

estabelecidas, e no caso em exame, não foi comprovado o motivo que levou o autuado a emitir outro documento fiscal, e o defendente reconhece o cometimento da irregularidade apontada na autuação fiscal.

Enaltece que o contribuinte não apresentou em sua peça defensiva qualquer documento comprobatório de que, no período autuado, estava impossibilitado de emitir cupons fiscais consoante determina a legislação tributária, relatando apenas que: *“trabalha com produtos sujeitos a garantias com entrega por conta da mesma e para dar trânsito as mercadorias emitiu nota fiscal em virtude de garantia”*. Assim, conclui que o contribuinte, por deliberação própria, promoveu a emissão de notas fiscais série D-1 em lugar a emissão de cupom fiscal o qual estava obrigado.

Quanto ao pedido formulado pelo autuado para ser exonerado da multa exigida, entende que não se aplica ao caso em exame, por não ficar comprovado diante da defesa apresentada que a infração apurada não implicou falta de recolhimento do imposto, conforme previsto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

No tocante à infração 2, diz que os argumentos apresentados pelo contribuinte são insuficientes para afastar a imputação lhe atribuída, visto que a multa imposta decorre de falta de registro de entradas de mercadorias nos livros fiscais, consoante determina o inciso IX do art. 42 da Lei 7.014. Assim, deve-se concluir que o fato do contribuinte ter ou não escriturado as notas fiscais nos livros contábeis, em nada altera a infração. Diz, ainda, que o contribuinte não traz aos autos elemento probante da comprovação que tais notas fiscais foram escrituradas na contabilidade.

Inerente à infração 8, diz que a defesa apresenta argumentos genéricos, apenas ressaltando que a infração *“não se configura totalmente considerando que no ano base de 2007 houve incidência de ICMS normal em quantia superior a R\$ 45.723,09”* e conclui pedindo a aplicação do disposto no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96. Ressalta que, consoante demonstrativo de débito do Auto de Infração, a multa foi aplicada utilizando-se percentual de 60%. Assim, concluiu que o argumento utilizado pelo contribuinte não deve ser atendido fundado na evidente falta de lógica jurídica do pedido.

Por fim, quanto à infração 10, diz que no inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 ressalta a excepcionalidade aos arquivos previstos no inciso XIII-A. Assim, a infração 10 (falta de apresentação de Registo de Inventário) não exclui a infração decorrente de falta de apresentação de arquivos magnéticos (SINTEGRA). Assim, entende que tal argumento não deve prosperar.

Diante do exposto, opina que o CONSEF julgue o presente Auto de Infração em PROCEDENTE.

Às fls. 491 a 494 dos autos, constam valores parcelados e recolhidos pelo autuado, conforme extrato do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária).

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir imposto decorrente de dez infrações imputadas ao sujeito passivo, sendo reconhecidas integralmente as exigências 3, 4, 5, 6, 7, e 9, e parcialmente, no valor de R\$ 252.799,06, a infração 8, cujo montante de R\$ 308.678,00 foi objeto de parcelamento, consoante extrato às fls. 491 a 494 dos autos. Em consequência, impugnou as infrações 1, 2, 8 (em parte) e 10 do lançamento de ofício, as quais se restringem a análise da lide.

Inicialmente, nos termos previstos no art. 147, incisos I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido para realização de diligência, pois considero suficientes para a formação da convicção deste colegiado os elementos contidos nos autos, como também por inexistirem os alegados *“relatórios elaborados pelo autuado, os quais não deixam dúvida quanto à improcedência das parcelas impugnadas”*.

No mérito, quanto à primeira infração, a qual exige a multa no total de R\$ 87.561,97, correspondente a 2% do valor da operação, por ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, conforme previsto

no art. 238 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, e demonstrado às fls. 42 a 65 dos autos, o defendente não logra êxito em elidir a imposição da penalidade, ao argumentar que “...a *Infração impugnada é decorrente da opção de emissão de nota fiscal por se tratar de operações em garantia e em outras situações para dar trânsito as mercadorias...*”, pois, consoante o citado dispositivo legal, o contribuinte obrigado a emitir o cupom fiscal nas operações destinadas a não contribuinte do ICMS só poderá emitir a nota fiscal de venda a consumidor, modelo 2, quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), em decorrência de sinistro ou razões técnicas, ou quando houver solicitação do adquirente dos bens, hipótese em que a 1ª via do cupom fiscal emitido deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF, fatos estes não demonstrados e nem sequer citados pelo defendente.

Portanto, restou comprovada a deliberação do contribuinte em promover a emissão de notas fiscais “D-1” em substituição a emissão de cupom fiscal a que estava obrigado, se sujeitando a penalidade específica ao descumprimento da obrigação tributária acessória, ora sob análise, razão do não acolhimento do pedido de cancelamento ou redução da multa, conforme previsto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, por não ficar comprovado que tal atitude não implicou na falta de recolhimento do imposto, haja vista a necessidade do cumprimento desta obrigação acessória para o devido acompanhamento e controle fiscal por parte da Secretaria da Fazenda, quando da auditoria fiscal realizada. Exigência subsistente.

Inerente à segunda infração, a qual exige a multa de R\$ 50.028,90, correspondente a 10% do valor das mercadorias, sujeitas à tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, alega o defendente em seu favor que tais notas fiscais, objeto desta Infração, embora não lançadas na escrita fiscal, foram todas lançadas na escrita contábil. Contudo, tal alegação é incapaz de elidir a acusação fiscal, cuja penalidade, prevista no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, reporta-se ao documento fiscal não registrado na escrita fiscal. O fato de o contribuinte supostamente ter escriturado o documento fiscal na escrita contábil, conforme alega o autuado, apenas elidiria a exigência de imposto, por presunção legal, previsto no art. 4º, § 4º, da citada Lei nº 7.014/96, o que não se coaduna com a infração, sob análise. Exigência subsistente.

Em relação à parte da oitava infração, a qual exige o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 298.522,15, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, o defendente entende que não se configura totalmente considerando que no ano base de 2007 houve incidência de ICMS normal em quantia superior a R\$ 45.723,09, devendo, portanto, aplicar o disposto no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Suponho que o contribuinte se refere ao previsto no art. 42, § 1º, da Lei nº 7.014/96, o qual estabelece que “*No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II*”.

Contudo, há de se esclarecer que a exigência da antecipação parcial do ICMS, com vigência a partir de 1º/03/2004, foi estabelecida por meio da Lei nº. 8.967/03, a qual acrescentou o art. 12-A na Lei nº. 7.014/96. Tal dispositivo legal em nenhum momento fixou a penalidade prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº. 7.014/96. Esta interpretação decorre do aplicador da lei e não do legislador.

A aplicação da multa é de competência do órgão julgador, sendo apenas, nos termos previsto no art. 142 do CTN, proposta no Auto de Infração pelo autuante, através de percentual e enquadramento da multa aplicada. No caso concreto, por não haver previsão de multa específica para a falta de antecipação parcial, no período anterior a novembro de 2007, como no caso concreto, deve-se aplicar a multa de 60%, capitulada na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, prevista para todo e qualquer caso em que se configure infração diversa das

expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42, que importe descumprimento de obrigação tributária principal, caso não haja dolo.

O fato de, posteriormente, a legislação baiana expressamente ter incluído tal infração (falta de recolhimento do ICMS devido em razão da antecipação parcial) no rol das infrações elencadas na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme alteração dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, (efeitos a partir de 28/11/07), em nada altera a aplicação da alínea “f” do dispositivo legal para os fatos anteriores, pois a adequação normativa em nada altera o percentual da multa antes aplicada, inexistindo qualquer benefício ou prejuízo ao contribuinte.

Assim, diante de tais considerações, a alegação do apelante de que “*no ano base de 2007 houve incidência de ICMS normal em quantia superior a R\$ 45.723,09, devendo, portanto, aplicar o disposto no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96*”, só poderia ser apreciada quanto ao mês de dezembro/07, haja vista a vigência da alteração da Lei, e mesmo assim caso ficasse comprovado o recolhimento do imposto na operação de saída posterior daquelas mercadorias, o que não ocorreu. Exigência subsistente.

Por fim, quanto à décima infração, a qual exige a multa de R\$ 1.380,00 pela falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, é descabida a alegação do autuado de que é absorvida pela penalidade aplicada na infração 9, face ao seu reconhecimento. Trata-se de descumprimento de obrigações tributárias acessórias diversas, em momentos díspares, visto que a nona infração decorre da não apresentação pelo autuado dos livros e documentos fiscais, apesar de devidamente intimado, quando da ação fiscal. Já a penalidade exigida na décima infração é em razão da falta de entrega de arquivo magnético, no prazo previsto na legislação. Exigência subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo homologar-se os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **284119.0006/11-0**, lavrado contra **SELEÇÃO DE MARCAS COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$353.661,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “d”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias, no total de **R\$139.710,87**, previstas no art. 42, incisos IX, XIII-A, alíneas “h” e “j”, XVIII, “c” e XX, da citada lei, com os acréscimos moratórios, conforme previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de janeiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR