

A. I. Nº - 279696.0001/11-5
AUTUADO - COMERCIAL DE MÓVEIS RIO UNA LTDA.
AUTUANTE - ANGERSON MENEZES FREIRE
ORIGEM - INFAC VALENÇA
INTERNET - 03. 05. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0083-01/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Diligência refez o levantamento fiscal o que resultou em redução do débito. Infrações parcialmente elididas. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Mantida a exigência inicial. 2. 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)** NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor comercial da mercadoria. O sujeito passivo comprova o registro regular de parcela das notas fiscais exigidas no demonstrativo fiscal. Infração parcialmente elidida. Rejeitadas nulidade de cerceamento do direito de defesa e ofensa ao princípio da verdade material. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 31/03/11 e exige ICMS no valor de R\$ 139.003,75, tendo em vista a apuração das infrações abaixo anunciadas:

01. Falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Exercícios 2007 e 2009. Valor R\$ 110.102,99 acrescido da multa de 70%.
02. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entrada como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de

operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Exercício 2008. Valor R\$ 8.316,94 acrescido da multa de 70%.

03. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele documento decorrente do uso de Equipamento de Controle Fiscal nas situações em que estava obrigado. Consta ainda que foram excluídos os períodos em que o ECF não funcionou por problemas técnicos. Períodos janeiro/agosto, outubro/dezembro 2007; janeiro/abril, junho/dezembro 2008; janeiro, março/julho, outubro/dezembro 2009. Multa no valor de R\$ 18.510,76.

04. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal – Multa de 10%, no valor total de R\$ 2.073,06.

O autuado apresenta defesa, às fls. 442 a 452 (vol. II), argumenta que o Fisco não atentou para o depósito fechado da empresa, situado à rua projetada, 06 – bairro Parque Tropical, com inscrição Estadual nº 64.580.019, onde se guarda a maioria das mercadorias; quando essa mercadoria chega da fábrica faz-se uma nota de remessa encaminhando-a para o depósito fechado, quando necessária fazia-se o retorno para a loja.

Argui que as notas de remessas foram consideradas como entrada na própria loja, ocorrendo a omissão de saída e com alteração nas vendas, no estoque na loja, no balanço físico dos produtos em 31/12/2007 e com reflexo nos balanços futuros.

Diz que estranhava a auditoria fiscal relacionar mais de 300 itens e classificar os produtos não pela semelhança ou igualdade, mas pelas cores. Queixa-se que a auditoria foi cansativa, excessiva, que trabalhou até altas horas da madrugada para atender a fiscalização e mostraria por amostragem alguns erros cometidos pelo autuante. Transcreve os itens que entendeu equivocado na Auditoria de estoques e anexa os documentos correspondentes. No exercício 2009, argumenta que a situação se repete e a fiscalização considerou as remessas de mercadorias para o depósito como se fossem para a loja, o que teria gerado a omissão de saídas.

Na infração 02, diz que não comprou nem vendeu mercadorias sem a emissão da nota fiscal, conforme demonstrativos de fls. 100/104.

Na infração 03, contesta a aplicação da multa, somente porque usou nota fiscal série D-1, argüindo que os talões são legais, idôneos, autorizados e, na maioria dos casos, foram usados para suprir deficiência, falta de energia, defeito em equipamento fiscal, etc. Ressalta que tais vendas foram devidamente registradas no livro de Registro de Saídas, o que comprova pagamento do imposto.

Com referência à infração 04, informa que a nota fiscal nº 071594 foi registrada em 01/09/2008 (DOC. 105); a nota fiscal nº 4503 registrada em 02/05/2009 (DOC 106); a nota fiscal nº 465932 registrada em 13/04/2009 (DOC 107); a nota fiscal nº 207159, registrada em 01/06/2009, conforme xerox autenticada do livro de Registro de Entrada (DOC. 108).

Afirma que a nota fiscal nº 043743, valor de R\$ 977,29, não é venda, mas uma troca de mercadorias, que nem recebeu; com relação às notas fiscais nº 013270, 154203 e 101162, diz que cobrou informações dos fornecedores, uma vez que não recebeu as mercadorias correspondentes nem pagou nada por elas (DOC 109/120). Pede a improcedência do auto de infração.

O autuante, na sua informação fiscal (fls. 565 a 573), diz com relação à infração 01 que o levantamento quantitativo foi feito através do programa SAFA com a utilização dos arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio contribuinte. Explica que ao concluir a fiscalização, entregou uma cópia ao autuado, antes da lavratura do correspondente auto de infração.

No que se refere à listagem de mercadorias apresentada pelo autuado, diz que acatou os casos efetivamente comprovados, independentemente dos erros nos arquivos; faz novo demonstrativo fiscal, às fls. 574/580 (Vol. II).

Aduz que o item 08 da lista não foi revisado porque incorreria um desfavor ao contribuinte; o item 09 não tem consistência, pois a nota fiscal 2233 (fls. 581/582) não contém a mercadoria com o código 822, como é a alegação da defesa, mas a mercadoria 513 com descrição semelhante e indica a saída de 06 (seis) unidades. Reproduz a mesma listagem elaborada pelo autuado com a indicação dos respectivos códigos. Para o exercício 2009, argumenta que o autuado não anexou nenhum documento, conforme alega, e mantém a exigência. Completa que o autuado não apresenta as provas que alega, na infração 02.

Aduz que mantém a infração 03, nos períodos em que não houve intervenção nos ECF (fl. 17), nem impossibilidade de emissão do ECF (fls. 11/16).

Na infração 04, diz que acata as alegações do autuado sobre as notas fiscais 71594, 4503, 465932 e 207159 porque estão efetivamente registradas. Mantém a exigência para as demais notas fiscais e apresenta novos demonstrativos de débito.

O autuado volta a manifestar-se, fls. 591/599, argüindo que o Fisco não considerou sua alegação de remessa para depósito, que sua reclamação anterior foi feita por amostragem e que possui mais de 2000 notas fiscais que devem ser revistas pelo CONSEF. Apresenta novos itens que não foram computados no demonstrativo fiscal e insiste numa revisão por membro da ASTEC. Repete as alegações sobre a infração 03 e aguarda pronunciamento dos seus fornecedores, na infração 04.

Com relação às infrações 1 e 2 diz que o autuante não reconheceu o equívoco da desconsideração das remessas para o depósito fechado ou seus retornos. Anexa outras 833 cópias de notas fiscais junto à presente defesa, por amostragem; Pede revisão do CONSEF, em função do tempo escasso de 10 dias para verificação da quantidade superior a 2.000 notas. Lista os equívocos nos estoques e os respectivos documentos, acostados aos autos.

Diz que em 2009, o levantamento é também confuso, em consequências das alterações em 2007 e 2008. Anexa documentos referente 2008 (834 à 872) e 2009 (873 à 931), aduzindo que não houve nenhuma omissão de saídas. Pede revisão pela ASTEC.

Na infração 03, diz que a maioria das vendas foi feita através de cartões, está contabilizada no livro de saída e os impostos pagos. Na infração 04, diz que das notas fiscais relacionadas 4 delas já foram devidamente comprovadas e as outras 4 aguarda o pronunciamento dos fornecedores. Cópias das correspondências estão acostadas aos autos.

Na nova manifestação, fls. 1651/1665 (Vol. VI), argui o autuado que mesmo com as alterações promovidas, fls. 574/580, vários itens não foram considerados; junta diversos documentos como prova de suas alegações (fls. 1666/2754). Argui que diversos documentos imprescindíveis não lhe foram entregues, inviabilizando o pleno exercício de defesa.

Em face aos óbices apresentados, o PAF é convertido em diligência, fl. 2764/2765 (vol. X), para a revisão do lançamento inicial, verificar as remessas e retornos para depósito fechado (fls. 1666/2754); fazer entrega das cópias das notas fiscais capturadas do CFAMT, na infração 04, com a exclusão do levantamento de parcela da exigência que não esteja devidamente comprovada com o correspondente documento fiscal.

O diligenciador descreve as ocorrências para a execução dos trabalhos, fls. 2875/2883 (Vol. XIV). Anexou aos autos cópias do livro de Inventário dos exercícios 2008 e 2009, fls. 2722. Lavrou Termo de Apreensão dos livros de Registro de Inventário 2008 e 2009; notas fiscais de entradas (saídas do depósito), fls. 2840. Diz que após a revisão fiscal, entregou ao contribuinte cópias das notas fiscais capturadas do CFAMT, dos documentos apreendidos, retendo os respectivos termos de apreensão. Explicou que os livros têm sinais de re-encadernação e adulteração dos conteúdos; utilização irregular da mesma autorização para impressão de documentos fiscais (18060171612008), adulteração

das notas fiscais, fl. 2841. Lista as modificações ou adulterações nos documentos fiscais, Diz que após as conclusões da diligência, o contribuinte não apresentou contra alegações.

Na infração 01, diz que acatou as alegações defensivas para omissões de saídas, no exercício de 2007, cujo valor inicial de R\$ 50.858,37 passou para R\$ 39.479,75 e, no final, foi desconsiderado. Prevalecendo, contudo, a omissão de entrada, no mesmo exercício de 2007, no valor de R\$ 21.939,45, fls. 2.961/2.968 (Vol. XIV). Na mesma infração 01, no exercício de 2009, permanece a omissão de saída, no valor revisado de R\$ 54.687,32 (fls. 3.466/3.478).

Na infração 02, exercício 2008, diz que mantém o levantamento fiscal revisado, considerando o livro de Inventário originalmente apresentado e que resulta omissão de entrada no valor de R\$ 11.018,21, fls. 3.273/3.277.

Com relação à infração 03, a multa é mantida. Assevera que não houve intervenção no ECF, nem houve impossibilidade de emissão dos mesmos, no período da autuação, conforme declarações do próprio contribuinte, fls. 11/17.

Relativamente à infração 04, explica que acatara anteriormente as notas fiscais 71.594, 4.503, 465.932, 207.159 porque foram lançadas no livro Registro de Entrada; diz que entregou cópias das demais notas fiscais, conforme recibo de fls. 2893/94 e mantida a multa de R\$ 978,04.

Apresenta quadro resumo dos débitos fiscais, após a revisão da diligência, totalizando o valor de R\$ 107.133,78, conforme demonstrativos de fl. 2881 (Vol. X). Apresenta parecer final, ressaltando que se adotadas as quantidades do Registro de Inventário irregularmente modificadas, o débito fiscal importaria R\$ 57.722,49 (fl. 2883). Os demonstrativos das infrações estão acostados aos autos, fls. 2.961/4.195.

Intimado para conhecer do resultado da diligência fiscal, fl. 4196 (Vol. XVII), o autuado faz pronunciamento através de seu advogado, com Procuração (fl. 4204), alegando que o auto de infração foi elaborado com base em Inventários inconsistentes. Diz que tomado conhecimento, apresentou os Inventários com suas correções.

Lembra que o próprio fiscal reconheceu que não houve omissão de saída relativa ao exercício 2007, no que tange ao exercício 2009, o Fisco manteve a autuação pela suposta omissão de saída maior que a omissão das entradas. Descreve o posicionamento fiscal com relação a cada infração.

No mérito, diz que não pode prosperar a omissão de saída, em 2009, pois o autuante considerou que as remessas de mercadorias para o depósito fechado tivessem sido feitas para a loja, o que configuraria omissão de saída. Alega que as inconsistências constantes do primeiro inventário analisado pelo autuante colaboraram para o equívoco dessa infração.

Argui que o autuado visando demonstrar a verdade material procedeu às devidas correções nos Inventários relativos aos exercícios 2008 e 2009, que foram recusados para efeito da revisão da penalidade aplicada. Insiste que a atitude fiscal revela-se de grande contradição, pois não reconheceu as alterações nas quantidades das mercadorias, o que afronta o princípio da verdade material. Cita decisões, nesse sentido.

Argumenta que na infração 02, a omissão decorre, em grande parte, do reflexo das inconsistências nos Inventários que o fiscal autuante insiste em utilizar, mesmo reconhecendo que com as correções procedidas nos novos Inventários de 2008 e 2009, o auto de infração sofreria significativa redução. Diz que houve cerceamento de defesa, visto que não foram examinados os documentos apresentados (inventários corrigidos).

Conclui que o autuado não se esquivará do pagamento das parcelas à observância do devido processo legal e verdade material. Aduz que o auto de infração deve ser procedente em parte.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração das exigências descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação a seguir. Alega o sujeito passivo cerceamento de defesa e afronta ao princípio da verdade material, visto que não foram examinados os documentos, os livros de Inventários corrigidos, a despeito do reconhecimento da maior correção desses registros. Pede diligência por membro da ASTEC a fim de verificar as remessas e retornos de mercadorias para seu Depósito Fechado, cuja movimentação não foi considerada pelo Fisco.

Verifico que o Auto de Infração foi lavrado com observação dos requisitos legais, permitindo pelo lançamento de ofício, o nascimento da obrigação tributária e a impugnação do lançamento por parte do autuado, que interveio nos autos, em diversas oportunidades, inclusive, durante e depois da diligência fiscal solicitada para dirimir as dúvidas existentes nos autos, inclusive as remessas e retornos para depósito do contribuinte, o que será apreciado no mérito. Justamente na observação de tais providências, inerentes ao devido processo legal, não vislumbro cerceamento de defesa ou afronta à verdade material, concretizados na diligência minuciosa e detalhada, no contraditório amplo oferecido ao sujeito passivo.

As infrações 01 e 02 exigem a falta de recolhimento de ICMS, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, tanto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, nos exercícios 2007/2009, como também a falta de recolhimento do ICMS exigida pela apuração da diferença maior da omissão de entradas, na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de 2008.

Na defesa apresentada e em diversos momentos processuais, o sujeito passivo argüiu que o Fisco não atentou para as remessas e retornos de mercadorias do deposito fechado, o que determinou alteração nas vendas, nos estoques da loja e balanço físico dos produtos; na Auditoria de Estoque estranhou a fiscalização relacionar mais de 300 itens e classificá-los em função das cores. Juntou documentos, apontou inconsistências nos levantamentos de estoques procedidos pela fiscalização; razões acatadas em parte pelo autuante e motivo de novas argüições defensivas.

O processo foi convertido em diligência com o refazimento das omissões nos estoques, sendo apurado e analisado cada aspecto da Auditoria, de forma minuciosa, pontuando as inconsistências observadas pela Fiscalização ou pelo autuado. No final, o relatório fiscal apontou que a omissão de saída, na infração 01 (exercício 2007), cujo valor inicial de R\$ 50.858,37 passou para R\$ 15.747,06, fls. 2969/2976, prevalecendo, contudo, a omissão de entrada, no mesmo exercício, no valor de R\$ 21.939,45, fls. 2.961/2.968, (Vol. XIV).

Isto porque, a Portaria 445/98, dispondo sobre os procedimentos a serem adotados na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, em seu art. 13. II. Alínea “e” orienta que, apesar de ter havido omissão de saídas, mas tendo em vista ser o valor da omissão de entradas superior ao das saídas, considerando que a exigência do tributo é feita pelo valor de maior expressão monetária e, neste caso, em função do valor da presunção de receitas relativas a operações não contabilizadas, tendo como base de cálculo o valor da omissão de entradas, a verificação da omissão de saídas deve ser também consignada, expressamente, tanto no Auto de Infração como no Termo de Encerramento de Fiscalização, fazendo-se juntada dos papéis de trabalho a ela correspondentes, demonstrando as quantidades, os preços e a apuração do valor da omissão de saídas, para que sirvam como elementos de prova.

Na mesma infração 01 (exercício 2009), permanece a omissão de saída, que gerou ICMS a recolher no valor de R\$ 54.687,32, fls. 3.466/3.478, (Vol. XVI), apurado após a revisão fiscal, considerando que o valor inicial importava R\$ 59.244,62 (fls. 307/309).

Na infração 02 (exercício 2008), revisado o levantamento fiscal e, considerando os quantitativos do livro de Inventário originalmente apresentado, resulta omissão de entrada e ICMS de R\$ 11.018,21, fls. 3.273/3.277. Verifico, no entanto, que o valor exigido, inicialmente, no Auto de Infração, importou R\$ 8.316,94, fls. 190/194, valor que deve ser mantido, tendo em vista aplicação da regra constante no art. 145, CTN que consagra a inalterabilidade do lançamento tributário, regularmente notificado ao sujeito passivo, exceto nas hipóteses arroladas no mesmo dispositivo legal, incisos II e III, além do art. 149, CTN.

Observo que foram corretamente considerados os ajustes nos estoques de cada produto presente no levantamento fiscal, com base nos documentos de prova, livros e notas fiscais apresentadas pelo contribuinte autuado; o preço médio na omissão de saída ou de entradas, em se tratando de diferença apurada pelo fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque, para efeitos de definição do valor unitário da mercadoria, é o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte, no último mês de comercialização da mercadoria ou das compras, no caso da omissão de entradas, conforme dispõe o inciso II, art. 60, RICMS/BA.

O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. Deve ser precedido de criterioso rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento

Com relação ao aproveitamento das quantidades das mercadorias constantes nos livros de Inventários, apresentado originalmente e aquele apresentado, em momento posterior, agiu com absoluta correção o Auditor Fiscal, uma vez que a quantificação das mercadorias deve ser precedida de criterioso rigor, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item do levantamento fiscal.

Em especial, com relação aos livros de Inventários, o preposto do Fisco circunstanciou as modificações e alterações irregulares procedidas pelo autuado, na sua Informação Fiscal, fls. 2875/2883 (vol. XIV) de tal ordem que ocasionou a apreensão dos livros refeitos, fls. 2840/2841 (vol. XIV), além de notas fiscais emitidas também escrituradas de forma irregular, conforme o Parecer do Auditor Fiscal, responsável pela diligência.

Sabe-se que a escrituração do livro Registro de Inventário (Convênio SINIEF, de 15.12.70) deve ser feita mediante a observação de regras gerais e especiais, destinando-se a arrolar, pelos seus valores e com especificações que permitam sua perfeita identificação, as mercadorias, as matérias-primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem, os produtos manufaturados e os produtos em fabricação existentes no estabelecimento na data do balanço. O livro de Inventário deve ser escriturado com exatidão e clareza e não pode ter emendas, borrões, rasuras, bem como páginas, linhas ou espaços em branco.

No curso da diligência, o Auditor Fiscal intimou o autuado da constatação dos livros com sinais de re-encadernação, alteração irregular dos conteúdos (registros), utilização irregular da mesma autorização para impressão de documentos fiscais (18060171612008), além de notas fiscais, também em situação irregular, fl. 2841. O contribuinte não apresentou contra alegações.

Diante da observação de registros irregulares nos livros Registro de Inventário, deveria o autuado apresentar documentos fiscais e provas que sustentassem as modificações intentadas, comprovando que não se tratavam de falsos ajustes, objetivando acomodar as diferenças encontradas nos levantamentos de estoques. O contribuinte não laborou nesse sentido, argüindo tão somente que

procedeu às devidas correções nos Inventários relativos aos exercícios 2008/09, que implicariam significativa redução nos valores exigidos, recusadas pela fiscalização.

Nessa quadra, elaborados os demonstrativos pela fiscalização que deram origem as exigências, todos acostados aos autos, junto à farta instrução probatória para cada omissão de estoque levantada, com a discriminação de cada espécie de mercadoria, objeto da auditoria de estoques, que demandaram 17 volumes em peças processuais, sendo as infrações apuradas com base nos documentos fiscais requisitados pela fiscalização, devidamente escriturados e informados pelo próprio autuado, caberia ao impugnante juntar à defesa, os seus demonstrativos e provas capazes de elidir a acusação (art. 123 do RPAF/BA). Reitero que competiria ao autuado provar que a escrituração dos livros de Registro de Inventário, modificados e apresentados à fiscalização, posteriormente, estava correta, negando, comprovadamente, os erros e alterações irregulares apontados pelo Fisco, o que não ocorreu.

Pelo exposto, acato os demonstrativos de débitos juntados aos autos pelo Auditor Fiscal e considero procedente em parte a infração 01, nos valores de R\$ 21.939,45, no exercício de 2007 e R\$ 54.687,32, no exercício de 2009, perfazendo o ICMS não recolhido, no total de R\$ 76.626,77. A infração 02 resta caracterizada, no valor inicial de R\$ 8.316,94.

A infração 03 acusa o autuado de descumprimento de obrigação instrumental pela emissão de documento fiscal diverso em lugar daquele documento decorrente do uso de Equipamento de Controle Fiscal, nas situações em que estava obrigado, nos períodos janeiro/agosto, outubro/dezembro 2007; janeiro/abril, junho/dezembro 2008; além de janeiro, março/julho, outubro/dezembro 2009. Multa no valor total de R\$ 18.510,76.

Na impugnação, o sujeito passivo aduz que somente porque emitiu a nota fiscal de série D-1, não lhe poderia ser aplicada a multa, uma vez que seus talões são legais, idôneos, autorizados, corretos e usados, na maioria dos casos, para suprir deficiência do próprio equipamento fiscal. Diz que as vendas ao consumidor estão registradas no livro de Registro de Saídas e o imposto regularmente pago. O Auditor Fiscal mantém a multa, asseverando que não houve intervenção no ECF ou impossibilidade da sua emissão, no período da autuação, conforme declarações do próprio contribuinte, fls. 11/17.

O artigo 238 em seu § 2º estabelece que 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, observada a natureza da operação ou prestação. Nesta situação, o contribuinte obrigado a escriturar livros fiscais deveria registrar, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências – RUDFTO, o motivo e data de ocorrência da impossibilidade de emissão do documento fiscal via ECF.

Cabível lembrar que não houve, no caso concreto, como argüiu o autuado, qualquer omissão de saídas, do contrário, não se estaria a exigir obrigação instrumental de fazer, com a imposição da multa, mas a obrigação principal de pagar o imposto devido.

A imposição da penalidade por descumprimento da obrigação acessória, na emissão de notas fiscais nas vendas de mercadorias a não contribuintes do ICMS, estando o contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal, conforme a orientação contida no art. 824-B, RICMS/BA, submete o autuado à multa de 2% do valor da operação, de acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, Lei 7.014/96 (redação dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/2007, publicada no Diário Oficial do Estado de 28/11/2007, com efeitos a partir dessa data).

Observo que antes, entre 01/01/2003 e 27/11/2007, período que compreende uma parte da autuação, de acordo com a Lei nº 8.542/2002, a alínea “h” estabelecia multa de 5% (cinco por cento) do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal (ECF), que emitisse outro

documento em lugar daquele decorrente da utilização dessa máquina, nas situações em que estivesse obrigado.

Na realidade, o Auditor Fiscal, acertadamente, fez retroagir a norma da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, com multa de 2%, mais benéfica ao sujeito passivo, em relação a fatos ocorridos na vigência da Lei 8.542/2002, que previa 5%, mais gravosa, em obediência ao estabelecido no art. 106, II, “c”, CTN, no período de janeiro a outubro de 2007.

Ante o exposto, reputo caracterizada a penalidade de 2% do valor da operação, de acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” e subsistente a multa no percentual constante na inicial dos autos, no valor de R\$ 18.510,76.

Na infração 04, o autuado é apenado com multa de 10% do valor comercial das mercadorias que deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no valor de R\$ 2.073,06.

O autuado prova o registro das notas fiscais (nº 071594, nº 4503, nº 465932 e nº 207159), conforme livro de Registro de Entrada (DOC. 108). Diz que a nota fiscal nº 043743 (R\$ 977,29) se trata de uma troca de mercadorias; com relação às notas fiscais nº 013270, 154203 e 101162, argui que cobrou confirmação aos fornecedores, afirmindo que não recebeu as correspondentes mercadorias, nem pagou qualquer coisa por elas (DOC 109/120). O Auditor Fiscal acatou as notas fiscais efetivamente escrituradas no livro Registro de Entrada, mas mantém a multa de R\$ 978,04, conforme consta do demonstrativo de fl. 2.880.

Cabe registrar que o autuante incorreu em equívoco ao totalizar o valor da infração 04, após revisão, fls. 2.880, no montante de R\$978,04, haja vista que o valor correto é R\$987,04.

A exigência da multa por descumprimento de obrigação acessória, na infração 04, resta caracterizada em parte, no valor de R\$987,04.

Diante do exposto o presente Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE com multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$19.497,80 e ICMS no valor de R\$ 84.943,71.

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 279696.0001/11-5, lavrado contra **COMERCIAL DE MÓVEIS RIO UNA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$84.943,71**, acrescido da multa 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento da obrigação acessória, no valor total de **R\$19.497,80**, previstas nos incisos XIII-A, alínea ‘h’ e IX, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, conforme disciplina da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR