

**A. I. Nº** - 298950.0003/12-2  
**AUTUADO** - DISMAPIS DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS DE PISCINAS LTDA  
**AUTUANTES** - DENNIS ALVIM ALVES SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - INTERNET

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACORDÃO JJF Nº 0291-04/13**

**EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, 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 da substituição tributária. Exigência fiscal insubsistente com relação à infração 01. Contudo, subsiste a infração 08, pois se trata de cobrança relativa às notas fiscais capturadas pelo CFAMT, Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito, e que não foram registradas no competente livro fiscal. Adequada, de ofício, a alteração da multa de 50% para 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração comprovada. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIOR. O valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta corrente fiscal, cabe a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto – Outros créditos” do Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento; constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher. Infração comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO b) RECOLHIMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração procedente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DO CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.**

Infração procedente, haja vista que não foram cumpridas as normas que regem a matéria. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/09/2012 exige ICMS e multas por descumprimentos de obrigações acessórias no valor de R\$105.421,21, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$3.961,23 e multa de 50%.
- 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. ICMS no valor de R\$ 6.621,28 e multa de 60%.
- 3 – Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior. ICMS no valor de R\$6.626,33 e multa de 60%.
- 4 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no Anexo 88 do RICMS. ICMS no valor de R\$6.281,64 e multa de 60%.
- 5 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no Anexo 88 do RICMS. ICMS no valor de R\$.387,12 e multa de 60%.
- 6 – Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Multa no valor de R\$7.355,18.
- 7 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$6.087,68.
- 8 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$7.100,75 e multa de 50%.

O autuado ingressa com defesa, fls.415/423 e inicialmente informa que o presente Auto de Infração foi resultado da diligência requerida pela PGE/PROFIS, no âmbito de Auto de Infração anteriormente lavrado, tendo em vista que o contribuinte informou dados incorretos nas DMAs, e pediu a devida revisão para que fossem processados os valores corretos e retificados.

No mérito, contesta três das oito infrações, quais sejam as de nº 01, 06 e 08. Na primeira infração afirma que não efetuou o recolhimento a menor, pois recolhe o imposto pelo regime normal de apuração, e para provar colaciona as cópias das notas fiscais destacadas nos demonstrativos, e dos livros fiscais, indicando que o ICMS devido foi recolhido.

Na infração 06, afirma que orientou-se pelo art. 238, II do RICMS/Ba, onde a nota fiscal modelo 2, Venda a Consumidor, está prevista na legislação estadual, em Convênio SINIEF, e pode ser utilizada simultaneamente, conforme os arts. 192 e 202 § 1º do RICMS/97, cujos documentos analisados não foram considerados inidôneos. Assim, a multa aplicada não deve prevalecer.

Na infração 08, a defendente utiliza-se do mesmo raciocínio aplicada na infração 01.

Posteriormente, invocando o princípio da verdade material, apresenta as cópias dos Livros Registro de Apuração ICMS e das reduções Z referentes aos exercícios de 2008 e 2009, necessárias para a instrução do PAF. (fls 862 a 1084).

O autuante na informação fiscal de fls.1087 a 1089, e acata a defesa relacionada à infração 01, posto que, de fato, o recolhimento do ICMS é feito pelo regime normal.

Com relação à infração 06, não acata o solicitado pelo defendente, tendo como base o que preceitua o art. 283, § 1º, vez que, apesar da previsão de emissão da Nota Fiscal Modelo 02, o art. 238, do RICMS, obriga que seja emitido o documento fiscal pelo ECF, simultaneamente.

Na infração 08 aduz que não pode prosperar as mesmas razões de defesa atribuídas na infração 01. A falta de recolhimento do ICMS nesta infração está relacionada às notas fiscais do CFAMT – Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito, não escrituradas nos livros fiscais próprios da empresa, logo fazem parte da apuração do ICMS normal. Ademais, a multa pelo não registro das mesmas foi cobrada na infração 07 e reconhecida pela defendente.

Pede a procedência parcial do Auto de Infração, no valor de R\$81.459,98.

A empresa autuada foi cientificada da informação fiscal e não a contestou,

Posteriormente, foi juntado ao PAF o CD-R da defesa, em texto editável Word, conforme documento de fl. 1.105.

## VOTO

De início constato que o Auto de Infração encontra-se perfeito e apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, mormente quando o autuante para efetuar o presente lançamento obedeceu aos ditames do art. 39 do RPAF/99.

No mérito, o sujeito passivo contesta as infrações 01, 06 e 08, sendo que as demais por não serem alvo de controvérsia ficam mantidas.

Com relação à infração 01, a exigência fiscal reporta-se Ao recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, não optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, cujos demonstrativos estão anexos nas fls. 10 a 28 do PAF, referentes aos exercícios de 2008 e de 2009.

O defendente afirma que não houve recolhimentos a menor no tocante ao cálculo do ICMS antecipação parcial nas aquisições de mercadorias de outras unidades da federação, pois o contribuinte impugnante recolheu o imposto pelo regime normal, até porque a antecipação parcial estabelecida pelo artigo 352-A do Decreto 6.284/97, não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias acobertadas pela isenção e não-incidência.

Para provar, colaciona as cópias das notas fiscais destacadas pelo nobre Auditor Fiscal e dos livros fiscais, de que o ICMS devido foi recolhido pelo regime normal.

O autuante ao analisar as razões de defesa, concorda com as mesmas e pede a improcedência da infração. Diante do acatamento pelo autuante e das provas produzidas pela defendente, concordo com a improcedência da infração, vez que as mercadorias foram tributadas nas saídas pelo regime normal de apuração do imposto. Infração elidida.

Na infração 06, relativa à multa de 2% prevista no art.42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, o contribuinte emitiu documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

A sociedade empresária, por meio de sua defesa tenta justificar o não uso do ECF – alegando que teria emitido nota fiscal de venda a consumidor, modelo 2, e recolhido o ICMS correspondente.

Contudo, verifico que a sociedade empresária não observou o disposto no §§ 1º e 2 do Art. 238 do RICMS/BA, que transcrevo:

***Art. 238.** O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:*

***I -** a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;*

***II -** a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente*

*dos bens.*

***§ 1º** Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.*

***§ 2º** Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o*

*Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação.*

Assim, face à não observância do dispositivo regulamentar, mantenho a multa aplicada. Procedente a infração.

Quanto à infração 08, esta decorreu de notas fiscais constante no CFAMT – Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito, conforme demonstrativo de fls. 51 a 53.

A tese defensiva nega o cometimento da infração, sob o pressuposto de que teria recolhido o ICMS antecipação parcial quando das saídas das mercadorias, sob o regime normal de apuração do imposto. Contudo, as notas fiscais, objeto desta infração são as mesmas da infração 07, que inclusive fora reconhecida, com base na falta de registro no competente livro fiscal.

Ademais, o sujeito passivo não trouxe a comprovação de que houve o pagamento do ICMS exigido nesta infração. Desse modo, aplico o art. 143 do RPAF/99: “ A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.” e o art. 141 do mesmo diploma legal: “Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos deverá provar a alegação.”

Saliento que em consonância com o entendimento já consagrado em decisões reiteradas deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos de CJF nºs 0157-12/11 e 0203-12/11, de que, a fatos geradores atinentes a Antecipação Parcial, ocorridos a partir de 28/11/2007, deve ser aplicada a multa de 60%, expressamente estatuída pelo art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96

Portanto, de ofício, adequo a multa atinente à falta de recolhimento da antecipação parcial, para o percentual de 60%, com a aplicação do art. 42, inc. II, alínea “d”, relativamente aos fatos geradores posteriores à edição da Lei nº 10.847/07.

Ressalto que, não obstante o agravamento da multa ora proposto, o artigo 159 do RPAF/99, faculta ao sujeito passivo a interposição de Recurso à Câmara Superior deste Conselho de Fazenda,

visando a dispensa ou redução da multa aplicada, ao apelo da equidade.

Fica mantida a infração.

Voto pela PROCEDENCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298950.0003/12-2**, lavrado contra **DISMAPIS DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS DE PISCINAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$38.017,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a”, II, “d” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, e dos acréscimos legais, além e da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$43.442,86**, prevista no inciso , XIII- A, “h”, IX, do mesmo artigo e Lei citados, com os acréscimo moratórios previsto pela Lei nº9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2013

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO -RELATORA

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR