

**A. I. Nº** - 146468.0126/13-6  
**AUTUADO** - JOSÉ ANTONIO DOS SANTOS LEANDRO  
**AUTUANTE** - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 22/05/2014

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0103-03/14

**EMENTA:** ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias. **b)** EMISSÃO DE DOCUMENTO DIVERSO DO EXIGIDO NA LEGISLAÇÃO. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa de 2% sobre o valor da operação. **c)** EXTRAVIO DE NOTAS FISCAIS. MULTA. Infrações não elididas. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. Deixou de fornecer arquivos mediante intimação. A entrega de arquivo magnético fora das especificações e requisitos previstos no convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade. Infração caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo, entre as unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/01/2014, exige crédito tributário no valor de R\$84.683,56, em razão das seguintes irregularidades:

1. emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, sendo aplicada a multa fixa de 2% sobre o valor de cada documento emitido indevidamente, nos meses de março de 2011 a dezembro de 2012, totalizando R\$31.608,76.
2. falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da

Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, no período de março de 2011 a dezembro de 2012, no valor de R\$25.820,88 acrescido da multa de 60%;

3. deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo aplicada multa fixa de 1% sobre as divergências apuradas, em 16.01.2014, data final para retificação dos arquivos, totalizando R\$21.458,87;

4. declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentados através de DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, nos meses de outubro a dezembro de 2011, janeiro, abril a junho e novembro de 2012, sendo aplicada multa fixa de R\$140,00 em cada mês em que se apurou a irregularidade totalizando R\$1.120,00;

5. falta de apresentação das notas fiscais de venda a consumidor, modelo 2, de nº 9.001 a 12.750, notas fiscais fatura nº 001 a 300, e nota fiscal EPP nº 0101 ao 0200, sob a alegação de extravio, sendo aplicada a multa fixa de R\$4.600,00;

6. deu entrada no estabelecimento em mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto e dezembro de 2012, sendo aplicado multa de 1% sobre o valor das notas fiscais não registradas, totalizando R\$75,05.

O autuado impugna o lançamento fls.299/310, através de advogado, procuração fl. 319. Resume as infrações que lhe foram imputadas. Requer ação anulatória do débito.

Cita os arts. 824-A e 824-B, dizendo que os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes deste imposto deverá utilizar equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), no entanto, todas as suas compras foram feitas para contribuintes e escriturada em nota modelo 1 ou único, portanto, não se há de falar em multa por emitir notas fiscais serie única, porque o cupom fiscal é classificado como venda ao consumidor, e na verdade as vendas eram realizadas em quantidade e por isso eram emitidas notas fiscais série única.

Diz que o art. 371, RICMS/BA, dispõe que todas as compras realizadas em outra unidade da Federação enquadradas na substituição tributária, terá que existir Convênio ou Protocolo e em todas as suas compras realizadas nestas circunstâncias, existiam os Protocolos e Convênios com outros estados, sendo enquadrada no regime de substituição tributária por se tratar de bebidas, no momento da compra destacada na nota e, por conseguinte pagos juntamente com as mercadorias.

Menciona que nos termos dos arts. 259 e 261 do RICMS/Ba, na falta da apresentação de documentos fiscais geraria multa, mas no caso em tela, foram apresentados todos no prazo estabelecidos pela legislação tributária estadual e entregues ao auditor para análise, que ainda assim, solicitou que se fizesse algumas retificações, portanto não há que se falar em multa por obrigação acessória enviadas no prazo.

Cita o art. 255 do RICMS/Ba, afirmando que as informações constantes na DMA tem que estar em conformidade com os livros fiscais, como registros de saída e entrada, no tocante ao ICMS, assim, não há que se falar em analogias com o Sintegra. Também não se há de suscitar aplicação de multas, por não ter agido com dolo.

Traz à baila os arts. 232 e 234, para afirmar que havendo sinistro deverá ser comunicado a Secretaria da Fazenda no prazo de 08 dias a partir da ocorrência e antes desse prazo, deverá ser publicado nos jornais de grande circulação. Diz que quando ia informar a Secretaria da Fazenda, sobre tal ocorrência, começou a auditoria.

Salienta que ao informar o ocorrido ao auditor o mesmo relatou que não tinha problema, porque já havia publicado, e ele iria comunicar ao órgão competente dentro da auditoria fiscal. Diz que apesar de os documentos terem se extraviado, estão todos escriturados e a escrituração

apresentada à auditoria, não havendo que se falar em multa, conforme cópias anexas dos referidos livros.

Assevera que todas as notas fiscais de compras da empresa foram escrituradas e não tinha motivos para deixar de escriturar duas notas fiscais, por conseguinte, não existe a possibilidade de cogitação das referidas multas.

Refere-se ao art. 156, para dizer que se encontra extinto o crédito tributário exigido neste auto de infração nos termos dos incisos IV e IX, do texto Constitucional. Transcreve os arts. 144 e 149 do CTN. Reproduz doutrina e jurisprudência. Diz que as multas impostas pelo art. 42, inciso XIII-A, alínea de A a Z, são julgadas inconstitucionais. Diz que com o advento da Lei Complementar 87/96 é que tal legislação tornou-se legal.

Afirma que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, ao emitir o presente lançamento tributário, não atendeu ao disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional, já que não foi analisado os fatos geradores, ocorrência do fato imponible. Neste sentido transcreve doutrina de Geraldo Ataliba.

Requer a improcedência do referido Auto de infração, a citação da Ré nos termos do artigo 12 do CPC para querendo apresentar contestação, a condenação da Ré nas custas processuais e nos honorários advocatícios na base 20% sobre o valor da condenação ou conforme for fixado.

O autuante prestou informação fiscal fls.401/403. Repete as irregularidades cometidas pelo autuado e constatadas em ação fiscal. Sintetiza as razões da defesa.

Afirma que analisando de forma mais detida o processo de defesa apresentado pela autuada, depara-se com uma situação no mínimo inusitada, visto que no aludido processo, a empresa apresenta uma ação anulatória de débito fiscal, que é um instrumento jurídico aplicável a processos que se encontram fora do âmbito administrativo e via de regra, em execução fiscal. Transcreve doutrina sobre esta matéria. Diz que de resto, a impugnante limita-se a negar a prática de todas as infrações, arguindo que as praticou de “boa fé”, e ainda não apresenta nenhum documento que possa se contrapor as exigências ali contidas. Reproduz a conclusão e pedidos feitos pela defesa.

Registra ainda o fato, de que na sua petição, a impugnante anexou apenas copia reprográfica dos Livros de Registro de Saídas 2011 e 2012, cópia do demonstrativos dos arquivos magnéticos SINTEGRA e copia do boletim de ocorrência dando conta do extravio de diversos livros e documentos fiscais.

Registra que deve se atentar também para o fato de que o presente processo de Fiscalização se deveu a solicitação da GAESF/MINISTÉRIO PÚBLICO, conforme consta das folhas 278 à 280 do presente PAF. Requer a procedência total da presente exigência fiscal.

## **VOTO**

No presente lançamento está sendo exigido ICMS em decorrência de 06 (seis) infrações à legislação tributária: 1. emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado; 2. falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA; 3. deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo aplicada multa fixa de 1% sobre as divergências apuradas; 4. declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentados através de DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS; 5. falta de apresentação das notas fiscais de venda a consumidor, notas fiscais fatura e nota fiscal EPP, sob a alegação de

extravio; 6. deu entrada no estabelecimento em mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal.

Na assentada de julgamento, o patrono da autuada alegou que não teve vistas ao documento da GAESF/MINISTÉRIO PÚBLICO apontado pelo autuante na informação fiscal, o que em seu entendimento teria cerceado seu direito de defesa.

Da análise do citado documento, constato que o mesmo não traz qualquer repercussão neste lançamento tributário, visto que todos os roteiros de fiscalização realizados foram decorrentes de ordem de serviço comum as ações fiscais desenvolvidas pela SEFAZ, não se verificando impedimento ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelo autuado. Não acolho, portanto, a preliminar de nulidade arguida pelo defendente.

Verifico que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Nas razões defensivas a impugnante contestou as infrações com os seguintes argumentos:

(i) sobre a infração 01, disse que todas as suas compras foram feitas para contribuintes e escrituradas em nota modelo 1, portanto quando das vendas também emitiu notas fiscais do mesmo modelo;

(ii) a respeito da infração 02, disse que todas as compras realizadas em outras unidades da Federação enquadradas na substituição tributária, estavam amparadas por Protocolos e Convênios com outros Estados, como no caso das bebidas, que no momento da compra o imposto se encontrava destacado na nota fiscal e, por conseguinte pagos juntamente com as mercadorias;

(iii) no que tange à infração 03, alegou que o fiscal teria lhe afirmado que na falta da apresentação de documentos fiscais geraria multa, mas no caso em tela, foram apresentados todos no prazo estabelecidos pela legislação tributária estadual e entregues ao auditor para análise, que ainda assim, solicitou que se fizessem algumas retificações, portanto não há que se falar em multa por obrigação acessória enviadas no prazo;

(iv) relativamente à infração 04, aduziu que as informações constantes na DMA tem que estar em conformidade com os livros fiscais, como registros de saídas e entradas, não podendo se traçar analogias com o Sintegra e não sendo possível suscitar aplicação de multas, por não ter agido com dolo;

(v) sobre a infração 05, extravio de notas fiscais disse que quando ia informar a Secretaria da Fazenda sobre tal ocorrência, começou a auditoria fiscal;

(vi) sobre a infração 06, asseverou que todas as notas fiscais de compras da empresa foram escrituradas e não tinha motivos para deixar de escriturar duas notas fiscais apontadas neste PAF.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que o autuado não contestou objetivamente qualquer das infrações limitando-se a negar o cometimento das mesmas, sem carrear aos autos as provas com as quais pretendia elidir as acusações fiscais.

No mérito, na infração 01, foi aplicada multa pela emissão de notas fiscais em substituição à emissão de cupom fiscal, em decorrência do uso de equipamento de controle fiscal. Saliento que a obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal encontra-se prevista no art. 113 do RICMS/2012, que determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. Consta às fls. 28/155 o demonstrativo das notas fiscais emitidas série D1, em substituição aos cupons fiscais que deveriam ser emitidos.

Pela análise desse dispositivo regulamentar, constato que o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, motivos que o impeçam de emitir o cupom fiscal.

O defendente alegou que teria emitido nota fiscal ao invés dos cupons fiscais, na infração em análise, por ter realizado vendas em grandes quantidades, embora não tenha trazido aos autos qualquer prova ou sequer indício deste fato.

Observo que, quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte usuário de ECF pode emitir nota fiscal, porém, neste caso, deve ser emitido, concomitantemente, o cupom fiscal e anexado à via fixa da nota fiscal emitida, na qual deve ser consignado o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do cupom fiscal emitido no ECF.

Observo, entretanto, que não foi esse o motivo que levou o contribuinte a emitir notas fiscais em substituição aos cupons, tendo em vista que não há prova nos autos nesse sentido.

Verifico que o próprio autuado reconheceu a irregularidade, isto é, concordou que emitiu notas fiscais quando deveria ter-se utilizado do equipamento ECF, tendo pleiteado o cancelamento da multa aplicada, sob a justificativa de que teria pago o ICMS incidente sobre tais operações.

Observo que a irregularidade imputada ao contribuinte nesta infração, não resultou em exigência de imposto, mas sim na aplicação de multa pelo descumprimento de uma obrigação acessória, legalmente prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” da lei nº. 7.014/96. Infração mantida.

A infração 02 refere-se a aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária sem a comprovação do recolhimento do imposto.

Da análise dos demonstrativos que dão amparo a esta infração, vejo que foram relacionadas aquisições, tanto internas quanto interestaduais, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (bebidas alcoólicas).

O autuado disse que todas as compras realizadas em outras unidades da Federação enquadradas na substituição tributária, estavam amparadas por Protocolos e Convênios com outros Estados, como no caso das bebidas, que no momento da compra o imposto se encontrava destacado na nota fiscal e, por conseguinte foram pagos juntamente com as mercadorias.

Vejo que o entendimento do autuado encontra-se equivocado, visto que, no caso em comento, o mesmo é responsável solidário quanto ao recolhimento do ICMS/ST. Com relação ao instituto da solidariedade, assim reza o art. 124 do CTN:

*Art. 124. São solidariamente obrigadas:*

*I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;*

*II - as pessoas expressamente designadas por lei.*

*Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.*

De igual forma, dispõe o inciso XV do art. 6º da Lei 7.014/96 sobre a matéria:

*Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:*

*XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.*

Da análise dos dispositivos acima transcritos verifica-se que o autuante agiu em consonância com a legislação vigente na apuração do imposto exigido neste lançamento fiscal, visto que em

nenhum momento, o defendente trouxe aos autos os aludidos recolhimentos do ICMS/ST. Infração subsistente.

As infrações 03 e 04 referem-se à falta de fornecimento de arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo aplicada multa fixa de 1% sobre as divergências apuradas, e declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, respectivamente.

Compulsando os autos, constato que o impugnante não contesta os cálculos realizados pelo auditor fiscal, e inclusive reconhece ter encaminhado os arquivos do Sintegra com irregularidades e que dados da DMA foram transmitidos com divergências.

A respeito da infração 03, deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, constato que o autuado foi intimado para regularizar inconsistências em seus arquivos magnéticos conforme intimação apensada fl. 206 e não atendeu à fiscalização.

Observe que o envio de arquivos magnéticos sem os dados exigidos ou enviados fora das especificações equivale a falta de envio, nos termos do § 6º do art.708-B do RICMS/BA., que transcrevo:

*Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.*

*§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 915 deste Regulamento.*

Não acolho o pedido para redução ou cancelamento da multa aplicada sob a alegação de que a infração foi cometida sem a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, visto que o autuado não logrou comprovar esta justificativa nos autos, e nem mesmo até a presente data tomou a iniciativa de regularizar as divergências apontadas em seus arquivos magnéticos. As informações econômico-fiscais dos contribuintes representam dados de vital importância para o planejamento financeiro e fiscal da Fazenda estadual.

Ademais, não se pode olvidar que a inobservância dessas importantes obrigações acessórias acarreta prejuízos operacionais ao fisco, pois a indisponibilidade das informações contidas nos arquivos magnéticos dificulta e, em alguns casos, impede a aferição da regularidade fiscal do estabelecimento fiscalizado. Infrações 03 e 04 mantidas.

As infrações 05 e 06 referem-se a multa por descumprimento de obrigação acessória, pelo extravio de documentos fiscais e por ter dado entrada em mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, respectivamente.

Mais uma vez, o autuado limita-se a negar o cometimento das infrações sem comprovar objetivamente suas alegações.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Assim, como até este momento, o autuado não se desincumbiu de trazer aos autos as provas que diz existir em seu poder, entendo que a infrações restaram devidamente caracterizadas.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 146468.0126/13-6**, lavrado contra **JOSÉ ANTONIO DOS SANTOS LEANDRO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.820,88**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II alínea “d” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$58.862,68** previstas nos incisos XIII-A, alínea “h” e “j”, XVIII, alínea “c”, XIX e XI da Lei 7014/96 e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR