

A. I. N° - 233080.0903/14-7  
AUTUADO - JÚNIOR E OLIVEIRA LTDA. - ME  
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS  
ORIGEM - INFAC JACOBINA  
INTERNET - 13.05.2015

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0072-04/15**

**EMENTA:** ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. PRESUNÇÃO LEGAL DE SAÍDAS ANTERIORES NÃO REGISTRADAS **a)** OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. **a.1)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. **a.2)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ADQUIRENTE. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infrações 1, 2 e 3 subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Fato demonstrado e comprovado nos autos. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS. Acusações comprovadas. Itens subsistentes. 4. ARQUIVO ELETRÔNICO DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. FALTA DE ENTREGA E/OU ENTREGA SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS PELA LEGISLAÇÃO. À época dos fatos que originaram as infrações 7 e 8 o contribuinte se encontrava obrigado à apresentar os arquivos eletrônicos da EFD, porém as ocorrências abrangeram os períodos de fevereiro a outubro/2013, infração 7, e novembro/2013 para a infração 8. Em vista disto, tem-se que a Lei nº 12.917/13, ainda não vigorava, não podendo ser ela aplicada a fatos pretéritos relacionados à infração 7, inclusive em atenção ao comando do Art. 106, do CTN. Diante disto, a penalidade aplicada possui embasamento legal apenas para o fato gerador pertinentes à infração 8, a qual fica mantida. Afastadas

as multas aplicadas na infração 7, a qual é insubstancial. Não acolhida a arguição de nulidade. Multa por descumprimento de obrigação principal com previsão legal na legislação tributária estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 29/09/2014 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$22.118,75 em decorrência da apuração dos seguintes fatos:

1 - Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Imposto lançado no valor de R\$322,93 referente aos exercícios de 2012 e 2013, [omissão de mercadorias tributáveis] com multa de 100% tipificada no Art. 42, inciso III da Lei 7.014/96.

2 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Imposto lançado no valor de R\$5.681,64 referente aos exercícios de 2012 e 2013, [omissão de mercadorias incluídas na substituição tributária] com multa de 100% tipificada no Art. 42, inciso III da Lei 7.014/96.

3 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Imposto lançado no valor de R\$2.337,21 referente aos exercícios de 2012 e 2013, com multa de 60% tipificada no Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei 7.014/96.

4 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$37,62, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, com multa de 60% tipificada no Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei 7.014/96.

5 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$2.613,68, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, com multa de 60% tipificada no Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei 7.014/96.

6 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$85,67, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, com multa de 60% tipificada no Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei 7.014/96.

7 - Deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD nos prazos previstos na legislação tributária, referente ao período de fevereiro/2013 a outubro/2013, com penalidade no total de R\$9.660,00, prevista no Art. 42, inciso XIII-A, alínea "L" da Lei nº 7.014/96.

8 - Deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária.

referente ao mês de novembro/2013, com penalidade no valor de R\$1.380,00, prevista no Art. 42, inciso XIII-A, alínea "L" da Lei nº 7.014/96.

A partir das fls. 6 até a fl. 245 estão juntadas planilhas, demonstrativos e cópias de documentos fiscais trazidos pelo autuante para respaldar os lançamentos enquanto que às fls. 247 e 248 constam Recibos de Arquivos Eletrônicos que foram entregues ao autuado pelo autuante, após a conclusão dos trabalhos de fiscalização.

O Autuado ingressou com Defesa Administrativa, fls. 257 a 274, onde, inicialmente se reporta conjuntamente às infrações 01 e 02, passando a discorrer a respeito de "Subsidiariedade da Responsabilidade Tributária" observando que o Auto de Infração em lide diz respeito a suposto não recolhimento de ICMS na condição de responsável tributário por tributo devido pelo substituto tributário, acrescentando, em seguida que *"somente nos casos de inadimplemento do tributo pelo contribuinte direto é que o fisco pode direcionar a cobrança ao tomador do serviço, face a subsidiariedade da responsabilidade tributária, matéria pacífica nos superiores tribunais"*.

Adentra em considerações a respeito da responsabilidade solidária, onde cita o Art. 146 da Constituição Federal, destacando que somente por Lei Complementar se pode imputar obrigação tributária a novo contribuinte; transcreve decisões de Tribunais Superiores acerca da tese que defende, menciona entendimento da lavra de renomado jurista, concluindo, em relação a este tópico, pela *"impossibilidade de a exação do presente auto de infração ser exigida do substituto tributário antes de esgotar as possibilidades do contribuinte direto, ou seja, do substituído tributário, vez tratar-se de responsabilidade subsidiária"*.

No tópica seguinte da defesa, diz que o autuante não efetuou análise em seu livro Registro de Inventário para aferir o montante existente em seu estoque à época dos fatos constantes do Auto de Infração.

Diante dos argumentos supra, sustenta o manifesto descabimento da apuração do estoque sem a necessária análise do livro Registro de Inventário, razão pela qual pugna pela improcedência da infração 01.

Contesta a multa aplicada de 100% do valor principal, visto que à luz do art. 915 do RICMS a multa aplicada para imposto incidente sobre operações sujeitas ao regime de substituição tributária é de 60%, razão pela qual requer a redução da penalidade aplicada, caso seja mantida a infração.

No que se refere a infração 03 volta a arguir que o autuante não procedeu a análise em seu livro Registro de Inventário, o que, ao seu entender, enseja a improcedência desta infração.

Adentra às infrações 04, 05 e 06, alegando a não incidência do ICMS em razão das mercadorias terem sido adquiridas para consumo e/ou integração em seu Ativo Imobilizado.

Cita a LC 87/96, art. 13, que define a base de cálculo do imposto, para arguir manifesta ilegalidade cometida pelo autuante que constituiu o crédito tributário com a alíquota interna de 17% para exigência de tributo a título de diferença de alíquota interna e interestadual, fato este que, ao seu argumento, macula o lançamento de nulidade insanável.

Menciona e transcreve jurisprudência do STJ para afirmar que as mercadorias destinadas ao Ativo Fixo ou ao consumo pelo estabelecimento estão excluídas da hipótese de incidência do ICMS, para concluir pugnando pela improcedência das infrações 04, 05 e 06.

Adentra, por fim, às infrações 07 e 08, asseverando que em razão de sua atividade, não possui obrigação legal de escrituração digital, e, como tal, encontra-se dispensado de utilização de Emissor de Cupom Fiscal (ECF) conforme norma estabelecida pelo Art. 824-B, § 3º do RICMS/BA.

Com isso, defende que não havendo obrigação legal de utilização de ECF, não pode ser autuado pela não apresentação de documento fiscal a que não é obrigado a possuir, em atenção ao princípio da legalidade estampado pelo Art. 5º da CF, aduzindo, ainda, que não há instrumento

legal que lhe determine a utilização do ECF vez que o RICMS/BA dispensa expressamente o contribuinte da obrigação legal de utilizá-lo.

Adiante diz que passou a utilizar ECF em caráter experimental associado a emissão de nota fiscal física em todas as operações que realizou, sendo que, no entanto, o equipamento apresentou defeito e tal fato foi comunicado à SEFAZ e a máquina foi enviada à assistência técnica autorizada pelo Fisco a fim de consertá-lo. Ressalta que ainda que fosse obrigado a apresentar os arquivos magnéticos constantes do ECF, a avaria apontada no equipamento impossibilitou a apresentação dos mesmos à fiscalização.

Diz que a não apresentação dos arquivos magnéticos em nada prejudicou os trabalhos da fiscalização vez que em todas as operações que realizou emitiu notas fiscais.

Adentra em considerações acerca do princípio da verdade material, cita entendimento da lavra de eminentes juristas para concluir "*pela inexistência de obrigação legal do contribuinte possuir Emissor de Cupom Fiscal, vez o art. 824-B do RICMS/BA dispensá-lo de tal obrigação*". Pugna pela improcedência das infrações em comento.

Por fim requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal, fls. 283 a 285, onde após apresentar uma síntese dos argumentos de defesa, adentra à sua contestação.

Inicialmente destaca que a lavratura do auto de infração encontra-se dentro das formalidades exigidas pelo Capítulo IV do RPAF/99, Decreto 7.629/99, e os enquadramentos tributários lastreados a Lei 7014/96, no RICMS/2012 e na Portaria SEFAZ nº 445 de 10/08/1998.

Referindo-se às infrações 01, 02 e 03, observa que, em contrário à alegação do autuado, o levantamento quantitativo dos estoques foi elaborado em perfeita consonância com o disposto na Portaria SEFAZ nº 445 de 10/08/1998, e os demonstrativos anexados a esse processo, demonstram claramente que o contribuinte infringiu os artigos 4º, § 4º, inciso IV; artigo 6º, inciso IV, artigo 23, incisos I e II, artigo 23-A, inciso II da Lei 7014/96, artigo 217 do RICMS/2012 e os artigos 6º, 7º, 8º e 10º da Portaria 445/98.

Diz que descabe a alegação de que não solicitou e não teve acesso aos livros Registro de Inventário, citando, a título de comprovação intimação anexa a folha 246 desse processo e das cópias do termo de abertura e das páginas escrituradas do livro Registro de Inventário que ora anexou aos autos, fls. 286 a 328.

Acrescenta que apesar do contribuinte ter entregue o livro Registro de Inventário escriturado com os estoques existentes no estabelecimento em 31 de dezembro de 2011, 31 de dezembro de 2012 e 31 de dezembro de 2013, só foram por ele utilizadas as informações até 31 de dezembro de 2012, pois, para levantamento quantitativo dos estoques de 2013, foram utilizadas as informações do estoque final de mercadorias existentes no estabelecimento do autuado constantes no arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, entregue pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda, e que substitui o livro Registro de Inventário em outros formatos, que não o digital, conforme previsto nos artigos 247 e 248 do RICMS/2012.

Em relação as infrações 04, 05 e 06, diz que, diferentemente do citado pelo autuado, não tratam de "*incidência do ICMS em razão das mercadorias serem adquiridas para consumo e ativo fixo imobilizado*".

Acrescenta que uma leitura na descrição das mesmas, bem como se forem analisados os demonstrativos anexos às folhas 169 a 175 e 222 a 233, além das cópias das notas fiscais constantes nas folhas 234 a 245, se verifica de que se trata de descumprimento ao que determina os Artigos 8º, 12-A, 23 inciso II e §3º da Lei 7014/96 e artigo 289 do RICMS/2012.

Por fim, em relação às infrações 07 e 08, diz que essas infrações não se referem a "*obrigação legal de utilização de cupom fiscal*" como está descrita na peça impugnatória, e sim, a entrega do

arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, sem as informações exigidas na forma prevista pela legislação tributária, conforme artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS/2012.

## VOTO

Inicialmente, encontro a preliminar de nulidade das infrações 4, 5 e 6 suscitadas pela autuada ao argumento de que "*fora constituído crédito tributário de ICMS com alíquota interna de 17% para o caso de não identificação de pagamento do tributo referente ao diferencial de alíquota*".

Em verdade não foi isso que ocorreu. Devo esclarecer, de imediato, que neste auto de infração não há qualquer lançamento onde se exige imposto a título de falta de pagamento de diferença de alíquota. Senão vejamos: a infração 4 trata de falta de pagamento de imposto a título de antecipação parcial, enquanto que as infrações 5 e 6 se relacionam a falta de pagamento e pagamento a menos do imposto por antecipação tributária total. Portanto, o argumento do autuado não se sustenta.

Se examinarmos a exigência relativa a quarta infração, que se relaciona a falta de pagamento do imposto por antecipação parcial, fl. 170, vê-se que o autuado apurou que deveria ter sido recolhido no mês de março de 2013 o valor de R\$983,00 decorrente de cinco notas fiscais oriundas das regiões sudeste e sul, e comparou este valor com o que foi efetivamente recolhido pela autuada na quantia de R\$945,38, encontrando destarte a diferença de R\$37,62 recolhida a menos, valor este que foi lançado na infração 4. Como visto, não foi aplicada a alíquota interna de 17% para se exigir "diferença de alíquota" conforme sugerido pelo autuado. O que efetivamente ocorreu foi que, apenas para compatibilizar uma exigência do sistema para fim de indicação da base de cálculo da exigência, dividiu-se o valor da diferença encontrada, pelo percentual de 17%, percentual este indicado na infração que, efetivamente, não significa que a exigência do imposto tenha sido calculada com a alíquota de 17%.

Este mesmo raciocínio vale para às infrações 5 e 6, razão pela qual afasto a nulidade suscitada pelo autuado.

Adentrando ao mérito da autuação, vejo que a infração 1 trata de exigência de imposto decorrente de levantamento quantitativo de estoque onde se apurou omissão de entradas de mercadorias tributáveis, cujo imposto foi exigido com base em presunção legal de que o pagamento dessas entradas omitidas ocorreu com recursos provenientes de operações de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, também não contabilizadas ou registradas.

Para a segunda infração, a exigência do imposto se deu por solidariedade em razão da constatação de omissão de registro de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, isto é, ficou comprovado que o autuado adquiriu mercadorias de terceiros, enquadrada nesse regime, desacompanhadas de documento fiscal.

Já para a terceira infração, a exigência recaiu sobre o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, calculado com base nas omissões detectadas no item anterior.

Da análise das peças processuais se depreende que as infrações 1, 2 e 3 se relacionam a levantamento quantitativo nos estoques do autuado, onde foi apurado, omissão de entradas de mercadorias recebidas de terceiro, desacompanhada de documento fiscal, sendo que a primeira infração se refere a mercadorias tributáveis e as restantes, 2 e 3, se relacionam a mercadorias inseridas no regime de substituição tributária.

Nesta condição, há previsão legal para exigência do imposto por presunção de omissões anteriores de saídas de mercadorias tributáveis, conforme se verifica no Art. 4º da Lei nº 7.014/96:

*Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

(...)

*§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:*

(...)

*IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;*

*V - pagamentos não registrados;*

Por outro lado, tem-se que o levantamento quantitativo de estoque levado a efeito pelo autuante obedeceu os roteiros apropriados à tal tarefa, tendo sido efetuado o levantamento das entradas e das saídas, por produto, o cálculo do preço unitário médio, a determinação da base de cálculo e a correta indicação do valor devido, tudo, obedecendo as orientações contidas na Portaria nº 445/98.

Quanto a insurgência do contribuinte referente a impossibilidade de a exação do presente auto de infração ser exigida do substituto tributário antes de esgotar as possibilidades de cobrança do contribuinte direto, isto é, do substituído tributário "*por se tratar de responsabilidade subsidiária*" trata-se de um argumento que não se aplica ao presente caso, visto que as omissões de entradas apuradas são identificadas por tipo de mercadoria e não por fornecedor, portanto não há como se alcançar o substituído tributário. Além disso, são situações que ocorreram no decorrer do exercício cuja data do fato gerador se considera, legalmente, como sendo a do último dia do exercício.

E, nesta situação, a exigência fiscal possui lastro na Lei estadual nº 7.014/96, que em seu Art. 6º, inciso IV atribui a solidariedade pelo pagamento do imposto, na forma a seguir:

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

(...)

*IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;*

Apesar de louvar a doutrina trazida pelo autuado, bem como a citação de julgados da lavra de Tribunais Superiores, não vejo como afastar a exigência fiscal em relação a estas operações com base nos argumentos trazidos pela defesa, até porque, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário não vinculam os órgãos administrativos em suas decisões, assim como a autoridade fiscal tem atividade vinculada, devendo cumprir o quanto esta previsto pela legislação tributária estadual em vigor.

Isto posto, ressalto que a diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas, sendo que não restou comprovado pelo contribuinte a origem dos recursos.

Por igual, a diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Situações estas que se aplicam as infrações 1, 2 e 3.

Vale destacar ainda que, na forma do Art. 167 do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia - RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores apreciação de questões de ordem constitucional.

No que tange a alegada falta de análise no livro Registro de Inventário pelo autuante, vejo que as quantidades dos estoques inicial e final do exercício de 2012 e inicial de 2013, indicadas nos

demonstrativos de cálculo das omissões elaborados pelo autuante, estão em consonância com as quantidades escrituradas no livro R.I. fls. 311 a 327, a exemplo dos produtos 102871 - Detergente em pó Bem-ti-vi e 102887 - Detergente em pó Bem-ti-vi Lavanda, portanto devem permanecer as quantidades indicadas pelo autuante, mesmo porque, a autuada não indicou qualquer divergência porventura ocorrida.

No que se relaciona ao estoque final do exercício de 2013, a autuante esclarece que utilizou as informações do estoque final constantes no arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD entregue pelo contribuinte à SEFAZ, que substitui o livro Registro de Inventário em outros formatos, citando a previsão dos arts. 247 e 248 do RICMS-BA/2012.

De fato, assiste razão ao autuante, consoante se depreende da leitura dos referidos dispositivos regulamentares acima mencionados:

*Art. 247 - A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).*

*§ 1º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:*

*I - Registro de Entradas;*

*II - Registro de Saídas;*

*III - Registro de Inventário;*

*(...)*

*§ 2º Consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.*

Por último, em relação ao questionamento feito pelo autuado de que a multa aplicada de 100% para às infrações 1 e 2 não é a prevista pelo art. 915, II, "e" do RICMS que estabelece o percentual de 60%, não se sustenta este argumento.

Em primeiro porque os fatos apurados tiveram como data de ocorrência períodos em que o RICMS/97, citado pelo autuado não mais vigia. Aliás, essa multa se referia a situações em que o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente pelo sujeito passivo por substituição, diferentemente na situação sob análise, que trata de levantamento quantitativo de estoque.

Em segundo, a autuação considerou corretamente a penalidade prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96 prevê expressamente, para os casos sob análise, o percentual de 100%, *verbis*:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*(...)*

*III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:*

*a) saldo credor de caixa;*

*b) suprimento a caixa de origem não comprovada;*

*c) manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;*

*d) entradas de mercadorias ou bens não registrados;*

*e) pagamentos não registrados;*

*(...)*

Finalmente e considerando que o autuado não aponta qualquer equívoco cometido pelo autuante em relação ao levantamento do estoque, tanto em quantidade quanto em valor, mantenho

integralmente as infrações 1, 2 e 3, visto que, em relação a esta última os argumentos defensivos foram analisados conjuntamente com as infrações 1 e 2.

Quanto às infrações 4, 5 e 6, a autuada as defende em bloco, arguindo que não há incidência do ICMS por se tratar de mercadorias adquiridas para uso e consumo pelo estabelecimento e para integração ao seu Ativo Imobilizado. Nessa linha, desenvolve seus argumentos no sentido de que a exação se refere a exigência de imposto a título de diferença de alíquota.

Não é o que se verifica nos presentes autos. A infração 4 refere-se a recolhimento a menos do imposto a título de antecipação parcial, cujo argumento de nulidade suscitado pelo autuado já foi enfrentado e afastado em exame da preliminar.

Já em relação às infrações 5 e 6 estas tratam de falta de recolhimento ou recolhimento a menos do imposto a título de antecipação tributária, portanto não se referem as questões arguídas pela defesa. As exigências se encontram embasadas pelos demonstrativos de fls. 222 a 224, os quais indicam as notas fiscais que deram causa a autuação. Por sua vez o autuado não aponta uma nota fiscal sequer que se refira a aquisições para uso/consumo ou imobilizado. Mantida as infrações 4, 5 e 6.

Naquilo que pertine às infrações 7 e 8, que tratam de penalidades pela falta de entrega do arquivo eletrônico da EFD ou os entregou sem as informações exigidas na forma e prazos previstos na legislação tributária, o autuado inicialmente confirma que não efetuou tais entregas ante a inexistência de obrigação legal de utilização de emissor cupom fiscal, citando o art. 824-B do RICMS/BA para respaldar seu argumento, citando ainda que mesmo que fosse obrigado à apresentar tais arquivos magnéticos a avaria apresentada no ECF que passou a utilizar em caráter experimental impossibilitou a apresentação dos mesmos.

O autuado volta a se socorrer de dispositivo regulamentar não mais vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, ao citar o art. 824-B do RICMS/97, isto porque a autuação se relaciona a períodos compreendidos entre fevereiro a novembro/2013, portanto, já sob a égide do RICMS/BA que passou a vigorar após a edição do Decreto nº 13.780/2012.

A redação atual do Art. 248 do RICMS/BA, dispõe:

*Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional, que ficarão obrigados ao uso da EFD a partir de 01/01/2016.*

Já a redação anterior, vigente até 25/09/14, dispunha o que segue:

*Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos a seguir, de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior:*

*I - a partir de 01/01/2011, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), observado o disposto no § 3º do art. 250;*

*II - a partir de 01/01/2012, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais) até o limite de R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), observado o disposto no § 4º do art. 250;*

*III - a partir de 01/01/2013, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido igual ou superior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) até o limite de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais); (grifo não original)*

*IV - a partir de 01/01/2014, os não optantes do Simples Nacional, cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais);*

V - a partir de 01/01/2016, os contribuintes optantes pelo Simples Nacional, exceto o Microempreendedor Individual - MEI.

Portanto, conforme se observa na norma regulamentar acima transcrita, o autuado se encontrava obrigado à apresentar os arquivos da Escrituração Fiscal Digital desde 01/01/2013, visto que, o seu faturamento no ano imediatamente anterior (2012) de acordo com os dados constantes da DMA entregue pelo mesmo à SEFAZ, indicam que seu faturamento em 2012 foi no montante de R\$9.742.715,76.

Note-se que o autuado tinha total conhecimento quanto a obrigatoriedade da apresentação desses arquivos, tanto que em 10/09/2014 ingressou através do Processo nº 170402/2014-2 com pedido de retificação da EFD referente ao exercício de 2013, meses de fevereiro a novembro, exceto abril e maio, (Art. 251 do RICMS/2012) o qual foi indeferido pelo fato do mesmo se encontrar com procedimento fiscal em curso, impossibilitando a execução de medida saneadora.

De maneira que o fato acima, por se só, já é o suficiente para comprovar que houve a entrega do arquivo eletrônico da EFD sem as informações exigidas pela legislação pertinente, caracterizando às infrações. Portanto, a questão que envolve as infrações 7 e 8 não dizem respeito a falta de entrega dos arquivos da EFD do contribuinte nos prazos regulamentares, e, sim, a entrega com omissão de dados.

Por outro lado e diante da colocação acima, vejo que a Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores, estabelecia em seu art. 42, inciso XIII-A, alínea "l", até 31/10/2013:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:*

*l) R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) **pela falta de entrega**, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD. (grifo nosso).*

Porém, com o advento da Lei nº 12.917, de 31/10/13, DOE de 01/11/13, efeitos a partir de 01/11/13, o inciso XIII-A, "l" passou a ter a seguinte redação:

*l) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) **pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação**, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.(grifo nosso).*

Os fatos geradores autuados foram de fevereiro a outubro/2013, infração 7, e novembro/2013 para a infração 8, portanto a Lei nº 12.917/13, acima mencionada, ainda não vigorava, não podendo ser ela aplicada a fatos pretéritos relacionados à infração 7, inclusive em atenção ao comando do Art. 106, do CTN. Diante disto, as penalidades aplicadas possuem embasamento legal apenas para os fatos geradores pertinentes à infração 8, a qual fica mantida no valor de R\$1.380,00 e afastada a aplicada na infração 7 no valor de R\$9.660,00 a qual resta insubstancial por falta de previsão legal.

Ante a todo o exposto voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor total de R\$12.458,75, sendo R\$11.078,75 de ICMS referente às infrações 1 a 6 e R\$1.380,00 referente a penalidade por descumprimento de obrigação acessória relativa à infração 8.

## 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 **233080.0903/14-7** lavrado contra **JÚNIOR E OLIVEIRA LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$11.078,75** acrescido das multas de 100% sobre R\$6.004,57 e de 60% sobre R\$5.074,18 previstas no Art. 42, incisos III e II alínea "d" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor **R\$1.380,00** prevista nos incisos XIII-A, alínea "L" do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, em 05 de maio de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR