

PROCESSO - A. I. Nº 232368.0005/14-4
RECORRENTE - HERMÓGENES COMPUTADORES E INFORMÁTICA LTDA. (HERMÓGENES INFORMÁTICA) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0118-02/15
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/04/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0030-11/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **b.1)** FALTA DE PAGAMENTO **b.2)** RECOLHIMENTO A MENOS. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a.1)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO; **a.2)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** FALTA DA ENTREGA. EXTRAVIO. **c)** EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Defesa não apresentou elemento capaz de elidir às infrações. Afastada preliminar de nulidade. Negado o pedido de diligência. Infrações mantidas. Mantida a Decisão recorrida. Decretada, de ofício, a redução da multa de 10% para 1%. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/08/2014 para exigir ICMS no valor de R\$130.419,88, acrescido das multas, em decorrência do cometimento de sete infrações, a seguir descritas, *in verbis*:

INFRAÇÃO 01 – 07.21.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor histórico R\$10,94.

INFRAÇÃO 02 – 07.21.03 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor histórico R\$21.062,21.

INFRAÇÃO 03 – 07.21.04 - Recolhimento a menor do ICMS – antecipação parcial na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor histórico R\$661,43.

INFRAÇÃO 04 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Valor histórico R\$82.744,47.

INFRAÇÃO 05 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido

registro na escrita fiscal. Valor histórico R\$232,47.

INFRAÇÃO 06 – 16.03.02 – Extraviou documentos fiscais. Valor histórico R\$460,00.

INFRAÇÃO 07 – 16.12.16 – O contribuinte emitiu documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF – nas situações em que, legalmente, está obrigado. Valor histórico R\$25.248,36.

Após a apresentação da defesa (fls. 1.156 e 1.166) e da correspondente informação fiscal (fls. 1.169 a 1.174), a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 2ª JJF que dirimiu a lide nos seguintes termos:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multas por descumprimento de obrigações acessórias decorrente de 07 infrações.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas. Foi dado conhecimento ao contribuinte de todas as etapas do procedimento de fiscalização, desde a sua instauração, com a intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais, como da ciência da lavratura do auto de infração com o fornecimento de cópias de todos os anexos e demonstrativos.

De igual modo, não procede a alegação quanto às descrições das infrações por serem padronizadas e de uso geral, bem como encontram-se acompanhadas da indicação do correspondente demonstrativo onde as apurou e não foi citado nenhum termo confuso ou impreciso.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhida a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquiere de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor histórico R\$10,94.

Em sua defesa o autuado ressalta que até pela irrelevância dos valores reclamados, se vê que é totalmente descabido e que o autuante não pode incluir, a seu bel-prazer, mercadorias na Substituição Tributária sem indicar de forma precisa a norma que supostamente prevê a Tributação.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que à infração foi apurada conforme Demonstrativo 01, fl. 23, onde se faz referência ao produto “lousa” que figura entre os produtos de papelaria, cuja previsão de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária está no item 38, do inciso II, do artigo 353, do RICMS/97, e margem de valor adicionado prevista no Protocolo 109/09 e 28/10, item 40, do Anexo 88, do mesmo regulamento, com vigência à época do fato gerador.

Logo, a infração 01 é procedente.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor histórico R\$21.062,21. Enquanto que, na infração 03 é imputado o recolhimento a menor do ICMS – antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor histórico R\$661,43.

Em sua defesa o autuado frisa que apesar do zelo na elaboração do “Demonstrativo 2” e do “Demonstrativo 3”, o levantamento fiscal se baseia em documentos fiscais que em sua maioria não foram

adquiridos pela autuada, não possuindo no presente Auto de Infração a indicação de onde foram retiradas as informações.

Igualmente, entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir às infrações 02 e 03. Como bem destacou o autuante os documentos que dão suporte aos demonstrativos são Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e, constantes das Relações de Notas dos anos de 2010 e 2011, relatórios às folhas 13 a 22, cujas cópias foram entregues ao contribuinte.

Devo ressaltar que a Nota Fiscal Eletrônica é um documento de existência apenas digital, tendo sua validade jurídica garantida pela assinatura digital do remetente e a Autorização de uso é fornecida pela Fisco, antes da ocorrência do fato gerador. Tais documentos são de conhecimento dos destinatários das mercadorias, já que estes podem acessá-los, mediante uso de senha. Em eventual ocorrência de faturamento indevido, o contribuinte lesado tem a obrigação de comunicar à Inspeção Fazendária de sua jurisdição para adoção de providências ou ainda, apresentar queixa em uma delegacia especializada a fim de que seja investigada a prática, pois corresponderia a um crime, procedimento este que não se verificou no caso concreto.

Observo, ainda, a total sintonia entre as mercadorias descritas nos documentos fiscais arrolados nos demonstrativos que embasam as infrações, com aqueles comercializados pelo contribuinte e os remetentes das mesmas fazem parte do rol de fornecedores da defendente.

Especificamente, em relação à infração 03, se refere aos documentos fiscais apresentados pelo próprio contribuinte e que constam do Documento de Arrecadação Estadual – DAE, fls. 96 a 99, que demonstram o efetivo recolhimento a menor.

Assim, ficam mantidas as infrações 02 e 03.

Na infração 04 é imputado ao sujeito passivo ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Enquanto que, na infração 05 é imputado a entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

A defesa alega que a constatação da existência de notas fiscais, oriundas de retenção em Postos Fiscais ou em outros bancos de dados, indica, apenas, a possibilidade de existência de ilícito tributário. Porém, tal indício (a falta de registro), por si só, não poderá constituir-se em ilícito tributário, citando doutrina sobre o tema. Aduz ser dever do Estado comprovar o efetivo ingresso das mercadorias na empresa, sendo, este, um dever incontornável.

Assim como nas infrações anteriores, o argumento defensivo não pode ser acolhido. A nota fiscal coletada no sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT) é prova suficiente da operação nela consignada e, portanto, não há a necessidade da investigação sobre a entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário ou da comprovação do pagamento correspondente. O entendimento reiterado do CONSEF, materializado em diversos julgados, apenas a título de exemplo CJF 0015-12/10, 0370-12/09, 0056-11/09, 0109-12/09, 0078-12/09, 0006-11/09, 0235-12/09, 0037-12/11, 0077-11/11, 0228-12/11, 0248-12/11, 0249-12/11, 0250-12/11, 0282-12/12 e 0245-12/11, todos das Câmaras de Julgamento Fiscal, tem sido no sentido de que a cópia de nota fiscal é elemento essencial de prova da circulação da mercadoria no território baiano, em se tratando do CFAMT.

Quanto às Notas Fiscais Eletrônicas, conforme já examinado acima, tais documentos têm validade jurídica assegurada pela assinatura digital do emitente e devidamente autorizados pelas Administrações Tributárias das Unidades da Federação de origem e antes da ocorrência do fato gerador, todas sem registro na escrita fiscal do autuado, conforme confronto com o livro Registro de Estradas de Mercadorias, cópias folhas 1.100 a 1.153 dos autos.

Logo, às infrações 04 e 05 ficam mantidas.

Na infração 06 é imputado ao sujeito passivo ter extraviado documentos fiscais.

Em sua defesa o autuado nega o cometimento da infração, entretanto não apresenta nenhum documento para comprovar a existência dos documentos fiscais objeto da imputação. Cabe registrar que o art. 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, à infração 06 fica mantida.

Na infração 07 é imputado ao sujeito passivo ter emitido documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de Equipamento de Controle Fiscal – ECF – nas situações em que, legalmente, está obrigado.

A defesa confirma que emitiu as notas fiscais série D-1 para acobertar as suas operações de vendas a consumidor final diante de impossibilidades técnicas de utilização de seu ECF.

Por sua vez, o autuante destaca que deliberadamente o contribuinte optou em não fazer uso do equipamento de controle determinado pela legislação e efetivamente emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do ECF, não tendo apresentado nenhum atestado de intervenção técnica no equipamento para justificar sua alegação.

Mais uma vez, a defesa não apresenta nenhum documento para comprovar sua alegação. A nota fiscal somente pode ser emitida quanto houver impossibilidade, comprovada, de utilização do ECF. Portanto, a simples negativa da autuação não é capaz de elidir a imputação, razão pela qual, mais uma vez ressalto que o art. 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.

Logo, a infração 07 fica mantida na autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

Inconformado com o Julgamento proferido pela Primeira Instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando alguns dos argumentos apresentados na sua Defesa, anteriormente apresentada, e refazendo os pedidos já postulados.

Após reproduzir as infrações e demonstrar a tempestividade do recurso passa a discorrer sobre as nulidades e razões de mérito.

Preliminarmente, alega que há insegurança na descrição das infrações alegando que os autuantes lavraram o presente Auto de Infração sem descrever corretamente o fato considerado como infração e detalhando cada suposto ilícito tributário, restando demonstrada a inexistência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, contrariando o disposto no artigo 18, IV, "a" do RPAF-BA, que transcreve.

Em socorro a sua tese, colaciona ementa do Acórdão CJF Nº 0686-11/03.

Em seguida, suscita a ocorrência do cerceamento do direito de defesa alegando que “*não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do suposto imposto devido*”, o que levaria a nulidade do Auto de Infração, consoante o art. 18, II do RPAF e a jurisprudência deste CONSEF, consubstanciada nos Acórdãos CJF Nº 0033-12/05 e CJF Nº 0041-12/05.

Em outros tópicos, passa a discorrer sobre questões de mérito.

Quanto às infrações 2 e 3, assevera que a fiscalização cometeu um grave equívoco quando equivocadamente não considerou as reduções previstas nos artigos 273, 274 e 275 do RICMS. Neste sentido, sintetiza suas teses da seguinte forma:

“Com efeito, o artigo 273 determina que no caso de antecipação parcial decorrente de aquisições oriundas de estabelecimentos industriais, de produtos por eles fabricados, realizadas por contribuinte inscrito na condição de microempresa, será concedida uma redução de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, determinação legal não observada pelo autuante.

Já o artigo 274, preleciona que independente da natureza do remetente a redução será de 20% (vinte por cento), do valor do imposto.

De outra quadra, o artigo 275, que teve vigência até 31/12/2014, limitava o recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial no percentual de 4% (quatro por cento), das receitas mais as transferências ou 4% (quatro por cento) do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que valor maior.”

Já no que concerne a infração 4, diz que houve diversos equívocos por parte da autuação, calculando a multa sobre valores superiores às notas fiscais indicadas nos demonstrativos.

No mesmo sentido, afiança que diversas notas fiscais não foram juntadas pelo Autuante, fragilizando a acusação fiscal. A título de amostragem, aponta as seguintes notas fiscais:

Nota fiscal 497571, valor correto: R\$ 1.185,90

Nota fiscal 76905, valor correto: R\$ 13.913,04

Nota fiscal 200, valor correto: R\$ 0,00

Nota fiscal 778658, valor correto: R\$ 7081,69
Nota fiscal 778659, valor correto: R\$ 212,75
Nota fiscal 780810, valor correto: R\$ 2.829,11
Nota fiscal 2.157,12, valor correto: R\$ 888,30
Nota fiscal 789054, valor correto: R\$ 2.754,72
Nota fiscal 9213, valor correto: R\$ 0,00
Nota fiscal 12.641, valor correto: R\$ 0,00
Nota fiscal 772.327, valor correto: R\$ 888,30

Diz que além dessas notas fiscais também apresentam divergências os seguintes Documentos Fiscais n^{os}: 447455, 77669, 223311, 38598, 496009, 506288, 532590, 41049, 41504, 547670, 547671, 547672, 554124, 257138, 13502, 597816, 44859, 608829, 614770, 625953, 625954, 625955, 633482, 633483, 644610, 663944, 48112, 679934, 679935, 679936, 257138.

Ainda fala que o Autuante não juntou ao presente processo para que fosse realizada a conferência da autuação, as seguintes Notas Fiscais n^{os}: 11050 (fl. 32), 15602 (43), 2742 (46), 10628 (47), 13043 (51), 9194 (52), 13918(), 260474.

Por fim, propala que, com relação às Notas Fiscais n^{os}: 42751, 89061, 249577, 22085, 91483, 153387, 15683, 15261, 778658, elas são *“relacionadas pelo Autuante no demonstrativo como sujeitas à multa de 10% como também sem incidências de multas, restando comprovada a inconsistência desta infração”*.

Em seguida, passa a defender a inconstitucionalidade da antecipação parcial e cobrança de diferença de alíquotas das empresas do simples nacional e da confiscatoriedade da multa da infração 4.

Ao final de seu arrazoado, requer: **A)** em sede de preliminar de nulidade: **I)** que seja reconhecida a falta de segurança para se determinar as infrações 2 e 3 nos termos do artigo 18 do RPAF/BA; **II)** que seja reconhecida a falta de entrega dos demonstrativos relativos a todas as infrações pela fiscalização, caracterizando cerceamento do direito de defesa; e **B)** no mérito: **III)** a revisão por fiscal estranho ao feito para proceder a realização de diligência para retificar os valores lançados no demonstrativo do autuante relativo à infração 04; **IV)** o reconhecimento de que a recorrente por se tratar de empresa do Simples Nacional não está obrigada a recolher ICMS por antecipação parcial; e, **V)** a redução ou cancelamento da multa confiscatória, da infração 04;

Em termos, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 1236 a 1239, o preclaro Procurador José Augusto Martins Júnior, seguidamente a um breve histórico dos fatos, assegura que não há qualquer lastro fático ou jurídico para o acolhimento das preliminares, eis que, o Recorrente não trouxe qualquer elemento que denotasse insegurança na descrição das infrações e cerceamento do direito de defesa, tendo o processo seguido o seu rito absolutamente normal.

Quanto ao mérito das infrações 2 e 3, após transcrever os artigos 273 a 274 alega que *“uma análise das notas fundadoras das duas infrações, poderiam nos levar à conclusão do desacerto do lançamento, me vista de não ter sido levado a efeito no cálculo das condutas infracionais, as reduções acima descritas, dê que a grande maioria das operações se deu sob o CFOP 6101, não fosse o elemento prefacial na fruição da benesse; qual seja, o recolhimento do imposto no prazo regulamentar, o que não se operou in casu”*.

Com esse norte, lembra que a autuação é justamente por não ter sido recolhida a antecipação parcial, motivo pelo qual, não se pode dar guarida a tese recursal.

Quanto à infração 4, diz que não merece melhor sorte o apelo, pois apenas numa pequena amostragem das notas tidas como valores errados no levantamento, (Notas Fiscais n^{os} 497.571 e 200), não verificou qualquer dissonância com os valores listados no demonstrativo de fl. 100, inexistindo qualquer incorreção, consoante propalado.

Por fim, quanto à alegação de inconstitucionalidade, aponta que o CONSEF não pode tecer qualquer consideração por faltar competência ao colegiado.

Assim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, para manter inalterada a decisão de piso.

VOTO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário contra decisão da 2ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pelo suposto cometimento de sete infrações, das quais são objeto de irrisignação as exações 2, 3 e 4.

Preliminarmente, o sujeito passivo alega insegurança na descrição das infrações, assegurando que os autuantes lavraram o presente Auto de Infração sem descrever corretamente o fato considerado como infração, bem como a falta de detalhamento de cada suposto ilícito tributário. Dessa forma, o Recorrente aponta estar demonstrada a inexistência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e, conseqüentemente, violação ao artigo 18 do RPAF/BA.

Compulsando os autos, entendo que não merece guarida as suplicas recursais de nulidade, conforme bem anotado pela PGE/PROFIS. Vejo que as infrações e as descrições são precisas, os demonstrativos de débito foram entregues ao Contribuinte e a metodologia de apuração dos débitos lançados esta erigida de forma clara. Ademais, não há qualquer mácula ao devido processo legal e o contraditório neste PAF.

Portanto, não vislumbro qualquer ofensa aos artigos 18 ou 39 do RPAF que configure nulidade do Auto de Infração ou deste procedimento administrativo.

Nulidades afastadas.

Passo ao exame do mérito.

O Recorrente se insurge contra as infrações 2 e 3 alegando que não foram observados o quanto disposto nos artigos 273 a 275 do RICMS/BA-2012, a seguir transcritos, *in verbis*:

Art. 273. No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições oriundas de estabelecimentos industriais, de produtos por eles fabricados, realizadas por contribuinte inscrito na condição de microempresa, fica concedida uma redução de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, na hipótese de o contribuinte efetuar o recolhimento no prazo regulamentar.

Art. 274. No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar, não cumulativa com a redução prevista no art. 273.

Art. 275. Ao final de cada período de apuração, o valor total do imposto a recolher nos termos dos arts. 273 e 274, em relação a cada estabelecimento de contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no § 2º do art. 332, fica limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior.

(Nota: O art. 275 foi revogado pela Alteração nº 28, Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/01/15.)

Primeiramente, deve-se apontar que os fatos geradores lançados neste Auto de Infração são de 2011, ou seja, antes da vigência do novo Regulamento de ICMS do Estado da Bahia de 2012. Na época dos fatos geradores, as normas que regulamentavam da mesma forma o quanto acima citado eram os parágrafos 4º, 5º e 6º do artigo 352-A do RICMS/BA-97, cujo teor é idêntico.

Entretanto, alinho-me ao quanto ressaltado pelo n. Procurador da PGE de que tais normas só são válidas se fosse realizado o pagamento da antecipação parcial no prazo regulamentar, o que não é o caso dos autos.

Assim, as normas não podem ser aplicadas como pretende o Recorrente.

Infrações 2 e 3 procedentes.

No que concerne à infração 04, por falta de registro de mercadorias sujeitas à tributação, em síntese, o Contribuinte alega que:

- a) Estão incorretos os valores das Notas Fiscais n^{os} 497571, 76905, 200, 778658, 778659, 780810, 2.157,12, 789054, 9213, 12.641 e 772.327;
- b) Divergências nas Notas Fiscais n^{os} 447455, 77669, 223311, 38598, 496009, 506288, 532590, 41049, 41504, 547670, 547671, 547672, 554124, 257138, 13502, 597816, 44859, 608829, 614770, 625953, 625954, 625955, 633482, 633483, 644610, 663944, 48112, 679934, 679935, 679936, 257138.
- c) Não foram juntadas as Notas Fiscais n^{os} 11050, 15602, 2742, 10628, 13043, 9194, 13918 e 260474;
- d) As Notas Fiscais n^{os} 42751, 89061, 249577, 22085, 91483, 153387, 15683, 15261, 778658, são relacionadas com multa de 10%, como também sem incidência de multa, o que denota à inconsistência da infração.

Pois bem.

Em relação ao primeiro argumento, quanto à incorreção dos valores das notas fiscais, após exame dos autos, vejo que não há razão o Sujeito Passivo, pois os valores estão lançados no demonstrativo fiscal e correspondem aos valores constantes na nota fiscal, indicado pelo próprio Contribuinte, conforme a tabela abaixo:

Nº da Nota	Valores Contestados	Fls	Valores Levantamento
497.571	1.185,90	109	R\$ 2.879,80
76.905	13.913,04	111	R\$ 16.000,00
200	-	114	R\$ 1.620,00
772.327	888,30	193	R\$ 2.157,12
778.658	7.081,69	196	R\$ 17.196,99
778.659	212,75	197	R\$ 516,65
780.810	2.829,11	198	R\$ 5.829,07
789.054	2.754,72	200	R\$ 5.519,44

Assim, afasto essa argumentação de erros nos valores lançados.

Quanto ao segundo argumento, relativo a divergências apontadas nas notas fiscais mencionadas no item b acima, da mesma forma, após cotejo dos documentos jungidos aos fólios processuais, entendo que não há qualquer divergência, seja de valores, seja de datas ou mesmo de numeração, conforme tabela abaixo:

Nº da Nota	Valores do Levantamento	Fls	Valores da Nota	Nº da Nota	Valores do Levantamento	Fls	Valores da Nota
77.669	3.700,00	116	3.700,00	608.829	6.004,05	147	6.004,05
223.311	2.695,86	124	2.695,86	614.770	2.999,90	148	2.999,90
496.009	9.030,74	126	9.030,74	625.953	201,40	150	201,40
506.288	3.549,80	129	3.549,80	625.954	13,10	151	13,10
532.590	32.449,81	132	32.449,81	625.955	12.039,30	152	12.039,30
41.049	4.398,00	134	4.398,00	633.482	17.382,46	155	17.382,46
41.504	3.758,40	135	3.758,40	633.483	2,02	156	2,02
547.670	13.190,47	136	13.190,47	644.610	1.062,18	160	1.062,18
547.671	3,91	137	3,91	663.944	4.614,22	161	4.614,22
547.672	87,12	138	87,12	48.112	8.040,00	163	8.040,00
554.124	21.829,51	139	21.829,51	679.934	10.694,06	165	10.694,06
257.138	12.030,00	140	12.030,00	679.935	93,83	166	93,83
13.502	2.466,75	142	2.466,75	679.936	569,40	167	569,40
597.816	865,00	143	865,00	38.598	13.950,00	125	13.950,00
44.859	3.738,30	146	3.738,30	447.455	22.285,76	115	22.285,76

Quanto ao terceiro argumento, de que não foram juntadas as notas fiscais, depreendo que as Notas Fiscais n^{os} 11050, 15602, 2742, 10628, 13043, 9194, 13918 e 260474 estão jungidas ao processo às páginas 32, 43, 46, 47, 51, 52, 59 e 141, respectivamente, conforme tabela abaixo:

Nº da Nota	Fls
11050	32
15602	43
2742	46
10628	47
13043	51
9194	52
13918	59
260474	141

Por fim, quanto às notas fiscais que foram relacionadas com incidência da multa de 10% e, concomitantemente, foram relacionadas como não havendo tributação, explico que tal fato se deve, pois existem, dentro da mesma nota, mercadorias que não são tributadas, isentas ou com fase de tributação já encerrada, motivo pelo qual, não se enquadram só na tipificação da infração 4.

Portanto, não há que se falar em inconsistência da infração, mas sim, num excelente trabalho fiscal em apurar a realidade dos fatos separando, nota a nota, as mercadorias conforme a fase de tributação pertinente.

Assim a infração 4 é procedente.

Por fim, há de se tratar de uma questão de ordem pública no que tange a infração 4, lançada pela suposta entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação, mas sem o devido registro na escrita fiscal, impondo multa de 10% sobre o valor das mercadorias, conforme o então vigente artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Entretanto, a Lei nº 13.461, de 10/12/15, publicada no DOE em 11/12/15, e com efeitos a partir de 11/12/15, alterou a redação do mencionado inciso IX, impondo agora multa de 1% para essa tipificação, consoante abaixo de vê, *in litteris*.

Art. 42 da Lei 7.014/96

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Nota: A redação atual do inciso IX do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15.

Diante desses fatos, torna-se cogente a aplicação da lei nova que comina penalidade menos severa, mesmo aos fatos pretéritos, segundo determina a regra insculpida no artigo 106, II, 'c' do CTN, que segue abaixo transcrito:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Nessa toada, de ofício, modifico a multa sugerida para a infração 4, para aplicar o percentual de 1% previsto na nova redação do inciso IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96, conforme a Lei nº 13.461, de 10/12/15.

Pelo tudo quanto acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a decisão de piso que julgou procedente o Auto de Infração e, de ofício, faço a redução da multa do percentual de 10% para 1%, conforme alteração legislativa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232368.0005/14-4**, lavrado contra **HERMÓGENES COMPUTADORES E INFORMÁTICA LTDA. (HERMÓGENES INFORMÁTICA) - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.734,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$34.215,28**, previstas nos incisos IX, XI, XIII-A, "h" e XIX, do mesmo diploma legal citado, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS