

A. I. Nº - 232109.0009/14-5
AUTUADO - DECIVALDO CORDEIRO CAIRES - ME
AUTUANTE - MAURO SÉRGIO COQUEIRO GAMA
ORIGEM - INFRAZ BRUMADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15.07.2016

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0095-01/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. NÃO INCLUÍDAS NO REGIME ST. Nas aquisições de mercadorias para fins de comercialização, oriundas de outros Estados da Federação, incide o ICMS antecipação parcial, independente do regime de apuração adotado pelo estabelecimento (art. 12-A, Lei 7.014/96 e art. 352-A, RICMS-97/BA). Infração não contestada. 2. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. Não houve prova de pagamento das operações listadas no demonstrativo fiscal. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. a) CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DO CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Os elementos constantes dos autos, comprovam a aplicação da penalidade. Infração caracterizada. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. b1) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. O autuado prova o registro regular de parte das notas fiscais. Caracterizado o descumprimento da obrigação acessória em parte, salientando-se que a alteração promovida pela Lei nº 13.461/15 reduziu o percentual da penalidade prevista para a falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, de 10% para 1%. b2) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. O autuado prova registro regular de parte das notas fiscais. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 18/09/14 para constituir crédito tributário, em face das irregularidades a seguir descritas:

1 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado". Períodos fevereiro/abril, junho, agosto/outubro e dezembro de 2012; fevereiro, abril, junho, agosto/outubro e dezembro de 2013. Valor R\$1.118,86 e multa de 60%.

2 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL

referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado". Períodos fevereiro/ abril, março, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2012; fevereiro/abril; agosto, outubro e dezembro de 2013. Valor R\$1.138,20 e multa de 60%.

3 - O contribuinte emitiu documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal - ECF, nas situações em que está legalmente obrigado. Períodos janeiro, maio, setembro/dezembro de 2012; janeiro, fevereiro, abril, julho, setembro/novembro de 2013. Multa no valor total de R\$6.245,98.

4 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Diz ainda que a empresa realizou compras internas de mercadorias tributadas e não escriturou no Livro Registro de Entradas as notas fiscais eletrônicas que acobertaram tais compras. Períodos Janeiro/outubro e dezembro de 2012; janeiro/junho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2013. Multa no valor de R\$4.986,49 (10%).

5 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Diz ainda que a empresa realizou compras internas de mercadorias tributadas e não escriturou no Livro Registro de Entradas as notas fiscais eletrônicas que acobertaram tais compras. A empresa também comprou em operação interestadual um veículo automotor e não escriturou o livro Registro de Entrada. Períodos Janeiro/dezembro de 2012 e janeiro/dezembro de 2013. Multa no valor de R\$1.641,54 (1%).

O autuado apresenta impugnação (fls. 81/82), aduzindo que toda a emissão de NFVC foi lançada nos livros de saídas, dada a baixa nos estoques e com o pagamento dos impostos devidos. Argumenta que não houve prejuízo ao Fisco, na infração 03.

Com relação à infração 04 discorda da afirmação fiscal de que realizou compras internas de mercadorias e não as escriturou, Descreve as notas fiscais e datas dos respectivos lançamentos.

Solicita a improcedência do Auto de Infração.

A Informação Fiscal é prestada (fls. 117/119). Explica o preposto do Fisco que a empresa é optante pelo Simples Nacional e efetuou aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à antecipação parcial ou sujeitas à antecipação tributária do ICMS, adquiriu bens e mercadorias em operações internas e realizou vendas de mercadorias sem emissão de obrigatórios cupons fiscais.

Diz que parte das aquisições interestaduais não teve o correto recolhimento do ICMS ou registro nos livros fiscais correspondentes.

Sintetiza as razões do autuado, chamando-a de "pretensa defesa", aduzindo que à mesma foram anexadas cópias de páginas de um suposto livro de entradas de mercadorias, cópias das Declarações de Informações Socioeconômicas e Fiscais (DEFIS) referentes à empresa de DECIVALDO CORDEIRO CAIRES - EPP.

Alega que a defesa apresentada estava na situação de revel a 21 dias, data em que o processo nº 267329/2014-8 foi protocolizado e apensado como defesa no referido Auto de Infração.

Aduz que a Lei nº 13.199 publicada em 29 e 30 de Novembro de 2014 no DOE/Bahia altera o art. 132 da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e estabeleceu novos prazos de defesa. Diz que quando foi apensada a peça defensiva já estava revel. O que se pretendeu foi a reversão de uma revelia, já caracterizada.

Informa, ainda que a suposta defesa seja aceita, conforme art. 10, parágrafo 1º, incisos I e IV do RPAF/BA e seja considerada tempestiva, pede que se atente para o conteúdo das fls. 83/106 do PAF.

Diz que foram apresentadas cópias de Livro Registro de Entradas com o intuito de provar que a autuação errou em apontar a ausência de escrituração das notas discriminadas na planilha. Tais cópias não apresentam autenticação, termos de abertura, encerramento ou identificação dos postulante (art. 3º, parágrafo único do RPAF/BA). Diz também que não incluiu a petição em arquivo magnético, conforme manda o art. 8º, parágrafo 3º, inc. V do RPAF/BA.

Concluiu que a peça de defesa é intempestiva e ineficaz. Reafirma a integridade dos fatos geradores e dos cálculos tributários do presente Auto de Infração.

Verifico a existência de óbices para a análise dos fatos em questão, observando-se alguma confusão no que se refere ao prazo e a consequente validade da impugnação apresentada pelo contribuinte autuado, que carecem de esclarecimentos, por conta da alteração prevista na Lei nº 13.199/14, efeitos a partir de 29/11/14, que alterou o prazo para impugnar de 30 para 60 dias.

Em pauta suplementar de 22 de dezembro de 2015, o órgão de julgamento resolveu baixar os autos em diligência, dirigida à Inspetoria de origem a fim de que a autoridade fiscal possa emitir Parecer acerca da efetiva situação da presente autuação, na data da apresentação da impugnação (fls. 125/126). Confirmada a sua tempestividade, equilibrada a lide, deverá o diligente instruir parecer acerca dos seguintes quesitos:

- a) Nas infrações 04 e 05, alega o autuado que escriturou em sua escrita fiscal diversos notas fiscais, que discrimina. Pede-se que o preposto fiscal examine, investigue, esclareça, se tais documentos foram efetivamente registrados, não sendo suficientes para solução da lide apenas a "*sua impressão*" acerca da autenticidade dos livros fiscais ou inépcia da peça apresentada pelo autuado.
- b) analisar o Parecer sobre a validade ou não da impugnação apresentada, as razões da defesa, elaborando novos demonstrativos para cada infração, sendo o caso.

O preposto Fiscal encarregado da diligência, emitiu Parecer (fls. 133/134) explicando que o presente PAF, lavrado em 18.09.2014, registrado no sistema da SEFAZ em 25.09.2014, com ciência do autuado (Via Postal), em 10.10.2014. Diz que a defesa apresentada em 02.02.14 foi admitida regularmente pelo SIGAT, após adequação pontual e através de decisão conjunta DITRI/DARC, estabelecendo que no sistema de crédito, o prazo só seria considerado de forma automática para a "ciência" do lançamento, a partir da vigência da Lei, para evitar o surgimento de saldos positivos nos respectivos Autos de Infração.

Acrescenta ainda, no aludido Parecer, que a admissibilidade das defesas ingressadas, após a vigência da Lei nº 13.199/14, foi analisada e estabelecida pelo órgão competente - A Diretoria de Tributação - DITRI, com respaldo no disposto no art. 106. II. "c" do CTN - Código Tributário Nacional - Lei nº 5.172/66. O entendimento acerca da admissibilidade do novo prazo de defesa restou consolidado com fundamento no art. 1.211 do CPC.

A Auditora Fiscal, responsável pelo Parecer, concluiu pela correção no procedimento de registro da peça de defesa. Enfatiza que a despeito das considerações do agente fiscal autuante, não reconhecendo a peça defensiva, em face do erro na numeração do PAF, deve ser observada a fidedignidade dos elementos constantes nos autos e dos demonstrativos das infrações produzidas pelo próprio fiscal autuante.

Prima pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e pela prevalência da verdade material. Conclui que a defesa é tempestiva, seu encaminhamento e apreciação devem ser levados a efeitos.

O próprio autuante completa sua Informação Fiscal. Sobre a validade da defesa apresentada, diz que seguirá o Parecer de fls. 133/134; sugere, apenas, que se observe o Acórdão CJF Nº 0352-12/15, que aborda matéria análoga.

Sobre a defesa apresentada pelo autuado, assinala que as infrações 1, 2 e 3 não foram impugnadas. Com relação às infrações 4 e 5 admite que cometeu 2 erros: a) quando afirmou que não estavam escrituradas várias notas fiscais apontadas pela defesa. Explica que intimou o estabelecimento a apresentar livros fiscais, cujas cópias, anexadas aos autos (fls. 83/106), atestam a escrituração de notas fiscais. Os novos demonstrativos estão nas fls. 164/168 e 169 e 170 do PAF. b) diz que cometeu outro erro quanto à penalidade pela não escrituração da NFE nº 153.291 emitida em 29/05/2013 (fl. 76). A ausência de tal escrituração não foi contestada pela defesa, admitida tacitamente, mas, em

nova análise, fica confirmada a falta da escrituração. Cópia das páginas do LRE do período estão acostadas, às fls. 137/163 do PAF.

Explica que Inicialmente tal NF-E não foi incluída nas planilhas (fls. 69/75), mas lançada diretamente no demonstrativo de débito da infração nº 5, na data de ocorrência de 29/05/2013 (ver fl. nº 4 do PAF).

Diz que tal nota deveria compor a infração nº 4 (não escrituração de mercadorias tributadas), com base no NCM descritos na NFE de aquisição e nos itens 22 e 23 do Anexo 1 da Lei 7.014/1996 e item 17 do Anexo 1 do RICMS/BA 2012.

É o relatório.

VOTO

O lançamento de ofício contempla as infrações descritas e relatadas na inicial dos autos.

Após, enfim, superadas as dificuldades processuais para a admissibilidade da peça impugnativa, em respeito à legislação do imposto, aos direitos do contribuinte e ao devido processo legal, o preposto do Fisco presta Informação Fiscal, nos termos do art. 127, RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Constatou que o contribuinte autuado encontra-se inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia na condição de Empresa de Pequeno Porte e optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, nos termos da Lei Complementar nº 123/06.

Com relação ao primeiro item, a acusação é que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo SIMPLES NACIONAL referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos períodos indicados, em valor que totaliza R\$1.118,86.

Com relação ao segundo item, a acusação é da falta de recolhimento do ICMS, nas operações sujeitas à substituição tributária, na condição de empresa optante pelo SIMPLES NACIONAL referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos períodos indicados, em valor que totaliza R\$1.138,20.

Na qualidade de optante por pagamento dos impostos pelo regime simplificado do Simples Nacional, o contribuinte é obrigado a efetuar o cálculo da antecipação parcial incidente nas aquisições de mercadorias adquiridas para comercialização, nos termos dos artigos 12-A e 16 da Lei nº 7.014/96 e de acordo com as regras estabelecidas nos artigos 386, VII, "b" do Decreto nº 6.284/97 (RICMS BA-97) e 321, VII, "b" do Decreto nº 13.780/12 (RICMS BA-12). Assim, também, o autuado é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição tributária, nos termos do art. 8º da Lei nº 7.014/96.

Nesse sentido, verifico a elaboração de demonstrativo fiscal (fls. 23/29) discriminando as operações sob as quais incidiram a exigência, em relação à infração 01 (fls. 23/29) e em relação à infração 02 (fls. 30/31). O autuado optou por não fazer quaisquer considerações e as infrações restam devidamente caracterizadas, respectivamente, nos valores de R\$1.118,86 e R\$1.138,20.

Na infração 03, a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória tem origem na emissão de documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal - ECF, nas situações em que está legalmente obrigado, totalizando R\$6.245,98.

O preposto fiscal elaborou demonstrativo (fls. 33/38), discriminando as operações sob as quais incidiu a penalidade descrita pela fiscalização.

A penalidade em tela tem fulcro no art. 42, inciso XIII-A, alínea "h", a seguir transscrito:

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:

(...)

h) 2% (dois por cento) do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento;

O autuado, nas razões afirma que as notas fiscais de venda ao consumidor - NFVC foi lançada nos livros de saídas, deu baixa nos seus estoques e efetuou pagamento dos impostos devidos, sem qualquer prejuízo ao Fisco.

A penalidade encontra-se caracterizada, uma vez que sua aplicação decorre da utilização de NFVC, documentação fiscal diversa do Cupom Fiscal, emitido por contribuinte obrigado ao uso do ECF - equipamento emissor de cupom fiscal.

Assim, diante de tais considerações, resta caracterizada a infração por descumprimento da obrigação acessória prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "h", da Lei 7.014/96, perfazendo o montante de R\$6.245,98, de forma a cumprir o efeito educativo da penalidade.

As infrações 04 e 05 tratam da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória pela falta de registro na escrita fiscal de notas fiscais das operações de entrada de mercadorias sujeitas à tributação (10% do valor comercial) e operações de entrada de mercadorias não sujeitas à tributação (1% do valor comercial)

O autuado argumenta que escriturou as notas fiscais relativamente às compras que realizou. Anexa aos autos cópias dos livros Registro de Entrada a fim de provar tais registros.

No momento da sua Informação, o preposto fiscal admite que cometeu erros quanto a escrituração de várias notas fiscais apontadas pela defesa e quanto à penalidade pela falta da escrituração da NFE nº 153.291, emitida em 29/05/2013 (fl. 76). A ausência de tal escrituração não foi contestada pela defesa, admitida tacitamente, mas, em nova análise, fica confirmada a falta da escrituração.

Constatou que as cópias do livro Registro de Entrada - LRE foram acostadas aos autos (fls. 137/163) e contemplam a escrituração regular das notas fiscais argüidas pelo contribuinte autuado. Os novos demonstrativos alteram os valores exigidos inicialmente, passando a infração 04 (multa de 10%) de R\$4.986,49 para R\$12.831,23 (fl. 169) e a infração 05 (multa de 1%) de R\$1.641,54 para R\$282,12 (fl.170).

O aumento na infração 04 não é admissível. O Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66, no que concerne especificamente ao princípio da imodificabilidade do lançamento, o artigo 146, assim preceitua:

"Art. 146 - A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução".

Isto ocorreu porque a NFE nº 153.291, emitida em 29/05/2013 (fl. 76), não sendo, de fato, registrada na escrita fiscal do contribuinte autuado, foi de ofício lançada pelo agente fiscal na infração 05 (base de cálculo R\$110.800,00 - multa de 1%, R\$1.108,00), na data de ocorrência 29.05.2013.

Entendendo em seguida que a mencionada nota fiscal deveria ser exigida como "*mercadorias sujeita a tributação*" e passível da multa de 10%, o fiscal deslocou o valor correspondente da NFE nº 153.291 para a infração 04, implicando R\$11.080,00.

Considerando os ajustes feitos pela fiscalização e tomando-se por base os novos demonstrativos acostados aos autos, fls. 169, para a infração 04, excluo o valor correspondente da NFE nº 153.291, R\$11.080,00, e o valor remanescente importa R\$1.751,23.

Ainda assim, apesar da incidência da multa, entendo que deva ser aplicada a recente alteração à Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15, que reduziu o percentual da penalidade prevista para a falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, de 10% para 1%. Veja-se a nova redação do inciso IX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96:

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

(...)

IX - 01% (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;"

A alteração promovida pela Lei nº 13.461/15 alcança os fatos ocorridos anteriormente por força de disposição do art. 106, do CTN. Sabe-se que a lei vige durante um espaço de tempo e os fatos ocorridos, nesse período, subordinam-se à sua eficácia e às normas por ela estabelecidas. Esta é a regra geral. No direito tributário, exceções a essa regra estão arroladas no art. 106 do Código Tributário Nacional - CTN.

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

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação da penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

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 do tributo;

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

Dessa forma, na infração 04, a penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória prevista no art. 42, IX (mercadorias sujeitas à tributação) resta subsistente em parte, no valor de R\$175,12.

A infração 05, por sua vez, *falta de escrituração de mercadoria não tributável*, considerando os ajustes feitos pela fiscalização e tomando-se por base os novos demonstrativos acostados aos autos, fls. 170, volto a incluir o valor correspondente da NFE nº 153.291, R\$1.108,00 (já lançado no demonstrativo inicial) e o valor da exigência fica reduzido de R\$1.641,54 para R\$1.390,20

Ante o exposto o presente Auto de Infração resta subsistente em parte com créditos tributários, no total de R\$ 10.068,36, nos termos e valores a seguir descrito:

Infração 01 - Exigência procedente - R\$1.118,86

Infração 02 - Exigência procedente - R\$1.138,20

Infração 03 - Multa por descumprimento de obrigação acessória - Procedente - R\$6.245,98

Infração 04 - Multa por descumprimento de obrigação acessória - Procedente em parte com redução (Lei nº 13.461/15) - R\$175,12

Infração 05 - Multa por descumprimento obrigação acessória - Procedente em parte - R\$1.390,20

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232109.0009/14-5**, lavrado contra **DECIVALDO CORDEITO CAIRES - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.257,06**, 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 obrigação

acessória, no valor total de **R\$7.811,30**, previstas no art. 42, IX, XI e XIII-A, alínea "h" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, de acordo norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR