

A. I. N º - 191828.0002/05-5
AUTUADO - PADARIA E MERCEARIA SÃO JOSÉ LTDA.
AUTUANTE - HERMENEGILDO MAGALHÃES FRAGA
ORIGEM - INFAC V. CONQUISTA
INTERNET - 18. 10. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0370-04/05

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM IMPOSTO PAGO PELO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Fase de tributação encerrada. É vedado a utilização à titulo de crédito fiscal decorrente de aquisições de mercadorias com fase de tributação encerrada pelo regime de substituição tributária. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) BRINDES. FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração parcialmente comprovada. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO. Infração parcialmente comprovada. 6. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração reconhecida. Rejeitadas as arguições de nulidade e o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2005, em decorrência das seguintes irregularidades:

1 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, com imposto devido no valor R\$14.077,52. A empresa deixou de registrar em suas escritas fiscal e contábil as notas fiscais de compras de mercadorias relacionadas no Demonstrativo do Cálculo da Diferença de ICMS, entregue a um dos seus sócios, acompanhado de cópias de todas as notas fiscais nele discriminadas (fls. 12 a 146), as quais foram obtidas do controle fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT). Na forma regulamentar, a falta de

contabilização de entradas de mercadorias, bem como de pagamentos de duplicatas efetuadas indica que o sujeito passivo efetuou tais desembolsos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizados. Consta ainda da acusação, que o contribuinte é reincidente na prática da infração em tela, tendo sido autuado anteriormente mediante a lavratura dos Autos de Infração de nºs 298947.0005/02-5, de 28/06/2002 e 293872.0028/04-9 de 15/03/2004, estando o primeiro inscrito em Dívida Ativa e, o segundo, julgado procedente em 2ª Instância pela 2ª Câmara do Conselho de Fazenda Estadual- Resolução nº 0212-12/04, em fase de inscrição na Dívida Ativa, na data da lavratura no presente Auto de Infração.

2 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$1.250,19, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra Unidade da Federação e relacionadas no anexo 88.

3 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 679,72, referente a mercadorias adquiridas com pagamento por substituição tributária. Planilha de Cálculo do Estorno de Crédito efetuado e cópias das notas fiscais e folhas do livro Registro de Entradas, anexas às fls. 174 a 190. Registra-se que no período objeto do presente lançamento fiscal o contribuinte apresentou saldo devedor de ICMS na conta corrente fiscal.

4 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$1.754,82, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. O contribuinte adquiriu BRINDES em outras Unidades da Federação para distribuição a clientes diversos, tendo se eximido de emitir as notas fiscais de saídas correspondentes – com destaque do ICMS à alíquota de 17% e a consequente escrituração no livro Registro de saídas, em desacordo com o previsto nos incisos II e III do artigo 565, do RICMS/97. Do cálculo do ICMS apurado, nenhum crédito foi concedido porque o contribuinte já os utilizou na escrita fiscal (livro Registro de Entradas), conforme determina o inciso I, do referido artigo 565. Apenso, às fls. 191 a 248, planilha de cálculo do ICMS a recolher e cópias das notas fiscais de entradas que acobertam os BRINDES.

5 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$182,65, decorrente da diferença entre a alíquota interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

6 – Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$234,24, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. No livro Registro de Apuração do ICMS, mês de maio/2001, o contribuinte apurou saldo devedor no valor de R\$7.193,00 e recolheu R\$6.958,76, sendo R\$5.692,15 em 11/06/2001 – código de receita 0759, e R\$1.266,61 por meio de parcelamento – Denúncia Espontânea (DE) nº 128443-7 de 02/10/2001, remanescentes uma diferença de ICMS a recolher no valor de R\$234,24. Anexo, além do Demonstrativo de Cálculo da diferença apurada, cópia da referida D.E. e do extrato de pagamento emitidos pela SEFAZ (fls. 260 a 265).

7 – Multa no valor de R\$633,74, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Falta de lançamento de diversas notas fiscais de compras na escrita fiscal (livro Registro de Entradas de Mercadorias – REM), constantes do relatório CFAMT. O demonstrativo de Cálculo da multa aplicada e as referidas notas fiscais encontram-se apensos às fls. 266 a 271 deste Auto de Infração.

À folha 272, o autuante acostou ao PAF recibo discriminando que o autuado recebeu cópias das notas fiscais e dos demonstrativos que embasaram a autuação.

O autuado apresentou defesa, às folhas 277/285, inicialmente, informando que já parcelou os débitos dos Autos de Infrações anteriores. Em seguida, requer a nulidade da autuação, por entender que o autuante deveria ter citado quais os artigos de lei infringidos, pois somente foram mencionados os dispositivos regulamentares.

No mérito, em relação a infração 01, diz que o autuante cometeu 03 (três) equívocos: 1º - não considerou o desconto destacado em cada nota fiscal; 2º- não excluiu as mercadorias tributadas por antecipação e 3º - não concedeu os créditos destacados nas notas fiscais, as quais relacionou às folhas 278/281, tendo chegado o valor de R\$5.968,05, que entende que deveria ser abatido do débito apurado, além dos valores referentes as notas fiscais que foram escrituradas, no total de R\$366,34.

Assim, a infração 01 seria reduzida para R\$6.334,39, valor que reconhece como devido, bem como os valores totais das infrações 02 e 06, e parciais das infrações 01, 03, 04, 05 e 07, no total de R\$7.743,13, o qual informa que foi objeto de parcelamento.

Prosseguindo, ainda em relação a infração 01, passou a indicar as notas fiscais que foram registradas no livro de entradas ou que foram emitidas para outras empresas ou as mercadorias foram devolvidas, no montante de R\$366,34 de ICMS:

1 -NF Nº 150825 – registrada no REM 116, folha 122, ICMS R\$97,25;

2 - NF Nº 44609 – registrada no REM 14, folha 82, ICMS R\$71,76;

3 - NF Nº 167535 – emitida para outra empresa, J.C. da Silva Filho de Laje, com ICMS no valor de R\$21,97;

4 - NF Nº37438 - emitida para outra empresa, JR Aliança Ltda., com ICMS no valor de R\$129,22;

5 - NF Nº 122762 – emitida por SANTHER – Fábrica de Papel Santa Therezinha S/A –mercadoria devolvida na própria Nota Fiscal, devido a falta de produto, fl. 293.

No que tange a infração 03, reconheceu parcialmente, no valor de R\$541,56, já incluído no parcelamento acima mencionado, tendo impugnado o montante de R\$138,16, pois teria direito ao crédito de 12%, exceto em relação a ocorrência de 31.05.2002, na qual teria direito somente a 7%.

Quanto a infração 04, aduz que o autuação considerou todas as mercadorias como sendo brindes, o que não reflete a realidade. Argumenta que: “A Autuada pode comprar unidade por unidade de determinadas mercadorias, as quais, inclusive, não são comercializadas com normalidade em seu estabelecimento. São adquiridas para brindes aos ganhadores nas promoções feitas. Mas, quando um cliente quer comprar qualquer dessas mercadorias, a Autuada a vende, e coloca outra em seu lugar.” Assevera que reconhece parcialmente a infração, no valor de R\$1.332,40, impugnando o valor de R\$422,42, “cuja origem é a diferença entre os valores lançados pelo Autuante, e o crédito ainda não considerado pelo mesmo”.

Em relação a infração 05, diz que: “nenhum valor ali consignado é divido, a esta altura, porque os três primeiros valores foram alvo do parcelamento já citado, e o último, no importe de R\$7,52 (sete reais e cinqüenta e dois centavos), está embutido no DAE normal de 09.08.02, anexo, no valor de R\$3.743,10. Acaso a autuante não concorde com esta afirmação verídica, mais uma vez torna-se imprescindível a realização da perícia contábil.”

Relativamente a infração 07, aduz que os três últimos valores reclamados foram integralmente objeto do parcelamento multireferido. Do primeiro valor (R\$443,83), parte foi incluída no parcelamento, no importe de R\$196,21, cuja diferença, R\$247,62, não é devida, eis que houve uma devolução de parte da Nota Fiscal nº 238.950, da Nestlé, emitida em 05.02.2001, através da Nota fiscal nº 001019, emitida pelo autuado, em 08.02.2001.

Ao finalizar, requereu a realização de perícia, tendo indicado assistente técnico, elaborado os quesitos e que, finalmente, o Auto de Infração seja julgado improcedente ou nulo.

O autuante, fls. 345/352, ao prestar a informação fiscal, ressaltou que o contribuinte reconheceu integralmente as infrações 02 e 06, e, parcialmente, as infrações 01, 03, 04, 05, 06, e 07, totalizando R\$10.584,87, tendo sido objeto de parcelamento, conforme extrato SEFAZ anexo às folhas 324/325.

Em relação ao pedido de nulidade, esclarece que o lançamento do crédito tributário se deu revestido de todas as formalidades legais, estando apenso ao PAF todos os meios de provas, acompanhados dos respectivos demonstrativos e cálculo do imposto devido, cujas cópias forem entregues ao autuado mediante recibo à folha 272. Asseverou que o artigo 19, do RPAF/Ba. ampara o procedimento adotado no Auto de Infração, ao estabelecer que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

No mérito, em relação a infração 01, se refere a falta de registro de pagamentos nas escritas fiscal e contábil do autuado, o que caracteriza a omissão de saídas de mercadorias na forma prevista no artigo 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS/97 e, não uma outra situação ensejaria a concessão de crédito quando da apuração do imposto devido. Na forma regulamentar, pagamento não contabilizados implica que o sujeito passivo efetuou tais desembolsos com recursos também não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizada e também não contabilizadas e sem nota fiscal, logo, não há de se falar em “crédito negado”, ou de se vincular a aquisições de mercadorias tributadas ou com o imposto já pago por antecipação.

Acatou os argumentos em relação às Notas Fiscais nºs 167535, 37438 e 122762, uma vez que o autuado comprovou que as mercadorias não se destinaram ao seu estabelecimento ou que foram por ela devolvidos, tendo informado que abateu os valores de R\$21,97, R\$129,22 e R\$46,12.

Aduz que não acata os argumentos defensivos em relação às Notas Fiscais nºs 150825 e 44609, pois o autuado limita-se a alegar que lançou as referidas notas fiscais, porém, não apresentou cópias das folhas do livro comprovando o lançamento.

Diz que às folhas 326 a 333, acosta o novo demonstrativo elaborado, contemplando as exclusões das quantias de ICMS decorrente da falta de registros na escrita contábil, reduzindo o débito de R\$14.077,52 para R\$13.880,21.

No tocante a infração 03, esclarece que diz respeito ao estorno de crédito indevidamente lançado na escrita fiscal, por se tratar de ICMS destacado em notas fiscais que acobertaram aquisições de mercadorias cujo imposto fora pago no regime de substituição tributária, vedação prevista na alínea “b”, do inciso IV, do art. 97, do RICMS/97. Assevera que reproduziu-se literalmente, no demonstrativo de débito de cálculo do imposto, fls. 174, os créditos fiscais destacados pelos diversos emitentes dos documentos fiscais e que foram indevidamente registrados no livro REM. Acrescenta que cometeu o equívoco na informação do percentual da alíquota aplicada: ao invés de 12%, informou, na maioria das vezes, 7%. Entretanto, tal procedimento em nada altera a legitimidade do lançamento do crédito tributário.

Relativamente a infração 04, aduz que no curso do procedimento fiscal, investigou que o autuado não tem por hábito comercializar com refrigeradores, televisores, fogões, espremedores de frutas e outros produtos constantes das notas fiscais que foram objeto de lançamento do crédito tributário em referência, porque, esporadicamente, emitia notas fiscais de saídas desses produtos. E quando o fez, não citou em nenhuma ocasião a nota fiscal de aquisição de mercadoria, e, portanto, não tem como comprovar que dera saída dos brindes com a emissão das correspondentes notas fiscais (não consta no corpo das cópias dos documentos acostados à defesa o número da nota fiscal de origem – fls. 294, 295, 296, 297, 299, 301, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311 e 312).

Como o autuado argumenta que adquire tais mercadorias tanto para entrega de brindes como para revenda – “impossível se imaginar que um estabelecimento comercial, que explora a atividade de supermercado, adquire para revenda um, dois produtos!”, reconheceu os valores informados pelo ACÓRDÃO JJF Nº 0370-04/05

autuado no total de R\$ 422,42 e informa que abateu do novo demonstrativo de débito ora elaborado (fls. 334 a 337). Registra-se que, como o imposto é apurado mensalmente e a impugnante não informou o período de referência e deixou de apensar memória de cálculo, o ICMS foi abatido tomando-se por base a data de emissão das cópias das notas fiscais acostadas aos autos.

Assim, reconhece que o crédito tributário lançado nesta infração fica reduzido de R\$1.754,82 para R\$1.332,40.

Quanto a infração 05, frisa que o autuado impugnou apenas o lançamento cujo fato gerador ocorreu em 31/07/2002, no valor de R\$ 7,52, tendo reconhecido e parcelado os demais, sob o argumento de que a diferença de alíquota foi recolhida em 09/08/2002, junto com o ICMS normal. Reconheceu a procedência da alegação defensiva, opinando pela redução de R\$ 182,65 para R\$175,13.

No que tange a infração 07, reconhece que o autuado consegue comprovar nos autos que parte das mercadorias constantes das notas fiscais de compra que deixa de lançar na escrita fiscal, foram devolvidas aos respectivos fornecedores.

Em relação às mercadorias constantes da Nota Fiscal de nº 238.950, de 05/02/2001, no valor total de R\$4.438,32, emitida por Nestlé Brasil S/A, a impugnante comprovou ter devolvido R\$ 2.476,18, em 08/02/2001, através da Nota Fiscal de nº 001019 (fls. 315). Em consequência, foi abatido no novo demonstrativo apenso às fls. 340, a diferença correspondente, no valor de R\$ 1.962,14. Já em relação a Nota Fiscal nº 19.073, 28/11/2003, no valor de R\$503,23, emitida por Corporato Distribuidora de Prod. De Higiene Ltda., também opina pela dedução do valor no demonstrativo (fls.340). Assim, refeitos os cálculos, o crédito tributário foi reduzido de R\$ 633,74 para R\$335,81.

Sobre o pedido de perícia, entende desnecessário, visto que os quesitos já foram analisados nesta informação fiscal, dando-se provimento naquilo que ficou efetivamente comprovado nos autos, senão vejamos:

1. Pela natureza da infração, não há porque se falar em concessão de crédito. Naquilo que o autuado conseguiu comprovar ser indevido, reconheceu;
2. O percentual de alíquota equivocadamente informado no demonstrativo de débito elaborado, não interferiu no cálculo do crédito indevido utilizado pelo contribuinte na escrita fiscal e lançamento no Auto de Infração;
3. Reconheceu as alegações oferecidas na peça defensiva.

Logo, o total do crédito tributário lançado no Auto de Infração fica reduzido de R\$18.812,88 para R\$17.887,69, conforme Demonstrativo de Débito, fls. 341 a 344, devendo-se homologar as importâncias já reconhecidas e parceladas pelo autuado.

Às folhas 372 a 377, o autuado ao se manifestar sobre a informação fiscal, repele o novo demonstrativo apresentado pelo autuante, salva naqueles pontos em que a aceitação dos mesmos se torna imperativa.

Em relação à infração 01, aduz que o autuante pretende reduzir de R\$14.077,52 para R\$13.880,19, com o qual diz não concordar, pois somente admite nessa infração, o valor de R\$7.743,13, o qual foi objeto do parcelamento feito em 11.04.2005.

Em relação a infração 05, a nova posição adotada pelo autuante não informa os argumentos lançados na defesa, em relação a essa infração, em face das demais, onde chega a mudar a chamada “capitulação legal”, consoante se vê no confronto da Infração 05 do 1º demonstrativo, com a mesma,
ACÓRDÃO JJF Nº 0370-04/05

do último demonstrativo, fls. 338. Os dados consignados no último demonstrativo coincidem com os do 1º, nos pontos essenciais. Em um, faz 4 lançamentos, e em outro, 5. O que caracteriza cerceamento do direito defesa e diz nada mais ser devido.

Quanto a infração 04, cita a Constituição Federal, CTN e diz que o fisco só quer cobrar, mesmo quando o fato não é típico, conforme a infração 04, no tocante aos brindes, pois não existe lei que proíba um supermercado fazer tais aquisições.

No tocante a infração 03, diz reiterar os termos da defesa.

Relativamente a infração 07, aduz ser credora de R\$50,23, pelas razões expedidas no item e subitem 05.1, da defesa, ficando impugnando o documento elaborado pelo autuante.

Reitera o pedido de perícia.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido por sua conversão em diligência a Infaz/V.Conquista, para que fosse entregue ao autuado, mediante recibo, o demonstrativo acostado pelo autuante a informação fiscal, estabelecendo o prazo de 10 (dez) dias para manifestação do autuado. A diligência foi atendida conforme folha 369, entretanto o autuado não se manifestou.

À folha 384, o autuante diz que entende ser desnecessária a produção de uma nova informação fiscal, vez que, por ocasião da primeira, não foram apresentados fatos novos e, tão somente, a elaboração de novos demonstrativos vinculados ao reconhecimento de aparte das alegações defensivas, ficando mantidas as informações fiscais anteriormente prestadas.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 07 (sete) infrações.

Inicialmente, em relação à argüição de constitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que as infrações encontram-se descritas de forma clara, sendo as usualmente utilizadas pela SEFAZ para infrações em tela, assim com os dispositivos indicados como infringidos, equivalendo aos dispositivos de lei, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado mediante a utilização de sistema informado da própria secretaria. Ressalto que o PAF foi baixado em diligência, para que fosse entregue cópia do demonstrativo que embasaram a informação fiscal, tendo o autuado 10 (dez) para se pronunciar. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Acerca do pedido de perícia formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, II, “b”, também do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir a presente lide.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu a procedência das infrações 02 e 06, tendo efetuado o parcelamento dos tributos devidos. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputações, razão pela qual entendo caracterizadas.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita às acusações 01, 03, 04, 05 e 07, consignadas no Auto de Infração, cujo reconhecimento por parte do autuado foi parcial, as quais passo a analisar.

Na infração 01, é imputado ao autuado omitir saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

Desta situação, determina o art. 2º, inciso § 3º, III, do RICMS/97, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, que se presume a ocorrências de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados, fato que não ocorreu no presente PAF.

Com relação ao pedido de crédito fiscal, o mesmo não pode ser acolhido por falta de previsão legal.

Logo, entendo que o procedimento do auditor autuante ocorreu em conformidade com a legislação vigente, pois ficou comprovado que no período da autuação diversas notas não foram registradas. Ressalto que a infração encontra-se embasada nas compras de mercadorias relacionadas no Demonstrativo do Cálculo da Diferença de ICMS e nas vias das notas fiscais nele discriminadas, acostadas às 12 a 146), as quais foram obtidas do controle fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT), tendo sido entregue cópia ao autuado.

Ademais, o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, através de diversos Acórdãos publicados, já consolidou a jurisprudência em relação à aplicação da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados, comprovados pelas vias de notas fiscais retidas através do CFAMT.

O autuado reconhece parcialmente a infração em tela, porém questiona a inclusão das Notas Fiscais nºs 150825, 44609, 167535, 37438 e 122762.

A alegação defensiva de que teria escriturado as Notas Fiscais nºs 150825 e 44609, não pode ser acolhida, pois o autuado não apresentou qualquer elemento de prova de sua alegação, pois caberia ao autuado apresentar cópia do livro Registros de Entradas, para elidir a acusação, fato que não ocorreu na presente lide.

Já em relação às Notas Fiscais nº 167535, 37438 e 122762, entendo que deva ser acolhimento o argumento defensivo, uma vez que o autuado comprovou que as mercadorias não se destinaram ao seu estabelecimento ou que foram por ele devolvido, fatos reconhecidos pelo próprio autuante em sua informação fiscal.

Assim, na infração em tela, deve ser reduzido os valores de R\$21,97, R\$129,22 e R\$46,12, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
05.05.01	31/01/2001	365,12
05.05.01	28/02/2001	1.373,17
05.05.01	31/03/2001	1.124,39
05.05.01	30/04/2001	58,15
05.05.01	31/08/2001	298,16
05.05.01	30/09/2001	61,20
05.05.01	31/10/2001	323,15
05.05.01	30/11/2001	84,49
05.05.01	31/12/2001	590,70
05.05.01	31/01/2002	1.281,97
05.05.01	28/02/2002	1.082,92
05.05.01	31/03/2002	151,01

05.05.01	30/04/2002	460,66
05.05.01	31/05/2002	300,82
05.05.01	31/08/2003	581,49
05.05.01	30/09/2003	342,79
05.05.01	31/10/2003	353,29
05.05.01	30/11/2003	284,11
05.05.01	31/12/2003	277,03
05.05.01	30/06/2002	516,25
05.05.01	31/07/2002	666,69
05.05.01	31/08/2002	736,24
05.05.01	30/09/2002	158,57
05.05.01	31/10/2002	77,23
05.05.01	30/11/2002	175,93
05.05.01	31/01/2003	79,05
05.05.01	28/02/2003	41,77
05.05.01	31/03/2003	401,40
05.05.01	30/04/2003	17,80
05.05.01	31/05/2003	1.221,11
05.05.01	30/06/2003	215,13
05.05.01	31/07/2003	178,42
	TOTAL	13.880,21

Na infração 03, o autuado é acusado de utilizar indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento por substituição tributária.

A imputação encontra-se embasada na Planilha de Cálculo do Estorno de Crédito efetuado e cópias das notas fiscais e folhas do livro Registro de Entradas, acostas aos autos às fls. 174 a 190.

Em defesa o autuado reconheceu parcialmente o valor de R\$541,56, informando que incluiu no parcelamento solicitado, tendo impugnado o montante de R\$138,16, pois teria direito ao crédito de 12%, exceto em relação a ocorrência de 31.05.2002, na qual teria direito somente a 7%. Entendo razão assistir ao autuado, estando a infração caracterizada parcialmente no valor abaixo indicado:

Data Ocorr	Valores ICMS Auto Infração	Deduções	ICMS Devido
31/3/2001	85,27	28,86	56,41
30/4/2001	91,92	58,08	33,84
31/5/2002	42,71	0,00	42,71
30/6/2002	119,88	19,39	100,49
31/8/2002	212,00	16,03	195,97
30/11/2002	127,94	15,80	112,14
Totais	679,72	138,16	541,56

Na infração 04, consta que o autuado deixou de recolher ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, ao adquirir BRINDES em outras Unidades da Federação para distribuição a clientes diversos, tendo se eximido de emitir as notas fiscais de saídas correspondentes – com destaque do ICMS à alíquota de 17% e a consequente escrituração no livro Registro de Saídas, em desacordo com o previsto nos incisos II e III do artigo 565, do RICMS/97, conforme documentos às fls. 191 a 248, planilha de cálculo do ICMS a recolher e cópias das notas fiscais de entradas que acobertam os BRINDES.

Em sua defesa o autuado aduz que o autuante considerou todas as mercadorias como sendo brindes, o que não reflete a realidade. Argumenta que: “A Autuada pode comprar unidade por unidade de determinadas mercadorias, as quais, inclusive, não são comercializadas com normalidade em seu estabelecimento. São adquiridas para brindes aos ganhadores nas promoções feitas. Mas, quando um cliente quer comprar qualquer dessas mercadorias, a Autuada a vende, e coloca outra em seu lugar.” Assevera que conhece parcialmente a infração, no valor de R\$1.332,40, impugnando o valor de R\$422,42, “cuja origem é a diferença entre os valores lançados pelo Autuante, e o crédito ainda não considerado pelo mesmo”. Na informação fiscal, o autuante acatou os argumentos defensivos, tendo informado que abateu o valor de R\$422,42 do novo demonstrativo, fls. 335 a 337, tendo registrado que, como o imposto é apurado mensalmente e a impugnante não informou o período de referência e deixou de apensar memória de cálculo, o ICMS foi abatido tomando-se por base a data de emissão das cópias das notas fiscais acostadas aos autos.

Logo, entendo que o valor da infração em tela deve ser reduzido de R\$1.754,82 para R\$1.332,40, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
02.01.03	31/01/2001	63,43
02.01.03	30/04/2002	175,48
02.01.03	31/05/2002	70,87
02.01.03	31/10/2002	155,42
02.01.03	31/12/2002	287,56
02.01.03	31/01/2003	5,77
02.01.03	30/04/2003	70,45
02.01.03	31/05/2003	13,58
02.01.03	30/06/2003	6,05
02.01.03	31/08/2003	87,07
02.01.03	30/11/2003	311,98
02.01.03	31/12/2003	84,74
	TOTAL	1.332,40

Na infração 05, o autuado é acusado de deixar de recolher ICMS, decorrente da diferença entre a alíquota interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

Em sua defesa o autuado informa que os três primeiros valores foram alvo do parcelamento já citado, e o último, no importe de R\$7,52, está embutido no DAE normal de 09.08.02, anexo, no valor de R\$3.743,10.

Ressalto que o autuante manteve os fatos geradores ocorridos em 31/01/01, 31/08/01 e 31/10/01, não existindo nenhum novo lançamento como alega o autuado em sua última manifestação.

Entendo que efetivamente o autuado comprovou haver recolhido, anteriormente, o valor de R\$7,52, o qual deve ser excluído da autuação. Assim, a infração em tela restou caracterizada no valor de R\$ 175,13.

Na infração 07, é aplicada multa, por ter o autuado dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

A infração encontra-se embasa no demonstrativo de Cálculo da multa aplicada e as referidas notas fiscais encontram-se apensos às fls. 266 a 271 deste Auto de Infração. Entretanto, em sua defesa o autuado informa que reconheceu parcialmente a autuação e parcelou o débito, porém, questionou alguns itens do levantamento, tendo o autuado acolhido o argumento defensivo e revisado o

levantamento, opinando pela dedução do valor constante no demonstrativo (fls. 340). Assim, tendo o autuante refeitos os cálculos, entendo que a infração deve ser reduzida de R\$ 633,74 para R\$335,81.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, nos valores abaixo indicados, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

INFRAÇÕES	IMPOSTO DEVIDO EM R\$	MULTA DEVIDA EM R\$	JULGAMENTO
1	13.880,21	-	PROC.PARTE
2	1.250,19	-	PROCEDENTE
3	541,56	-	PROC.PARTE
4	1.332,40	-	PROC.PARTE
5	175,13	-	PROC.PARTE
6	234,24	-	PROCEDENTE
7		335,81	PROC.PARTE
TOTAL	17.413,73	335,81	

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 191828.0002/05-5, lavrado contra **PADARIA E MERCEARIA SÃO JOSÉ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.413,73**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.533,52, e de 70% sobre R\$13.880,21, previstas no art. 42, II, “a”, “b”, “d”, “f”, VII, “a” e III, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais, mais a multa no valor de **R\$335,81**, prevista no inciso IX, do mesmo artigo e lei, devendo ser homologado os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de outubro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR