

PROCESSO - A. I. N° 207096.0314/07-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - KPMK COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (VITÓRIA DELICATESSEN)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0005-04/09
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 13/08/2009

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0217-12/09

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O RECOLHIDO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. A ausência de elementos suficientes para demonstrar como se determinou o valor da base de cálculo em relação aos itens 1 e 2 da infração 1 e 4 a 13 da infração 2, configuram a nulidade do procedimento fiscal em relação a estes itens. Em relação aos demais itens, restou comprovado que parte do valor exigido decorreu da utilização de crédito presumido por estabelecimento usuário de máquina registradora que tinha previsão legal à época da vigência dos fatos geradores, remanescendo, apenas, parcela do débito referente a imposto lançado e não recolhido e/ou recolhido a menos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 28/09/07 para exigir ICMS no valor de R\$70.723,74, acrescido das multas de 50%, 60% e 70% referente às seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios - R\$13.918,94.
2. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desconcreto entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS - R\$53.660,72.
3. Omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (fevereiro, setembro e outubro/06) – R\$2.828,84.
4. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização - R\$315,24.

O autuado, em sua impugnação, inicialmente discorre sobre a autuação e diz que há vícios que contaminam a validade do Auto de Infração.

Com relação à infração 1, diz que não ocorreu, consistindo em reflexo do equívoco cometido pelo fiscal autuante ao longo da fiscalização, que culminou na autuação identificada sob a rubrica “infração 2”, razão pela qual, ambas serão impugnadas.

No tocante à infração 2, alega que também não ocorreu, tratando-se de equívoco cometido pelo autuante que não observou que se enquadrava nas hipóteses descritas nos artigos 726 e 743 do RICMS/BA, vigente à época, mas que, posteriormente foi revogado pelo Dec. 8.413/02, introduzido

pela alteração 328, que revogou o capítulo III do título IV, compreendendo os artigos 726 a 760 do RICMS/BA, que transcreveu às fls. 114 a 119.

Argumenta que os citados dispositivos tratam de regra de transição entre a sistemática do controle de operação realizado através de Máquina Registradora (MR) e o que atualmente é realizado através do Emissor de Cupom Fiscal (ECF), estabelecendo procedimentos a serem adotados pelos contribuintes usuários de máquina registradora (regra transitória).

Observa que no seu caso, não sendo usuário de ECF, mas sim de MR, não tinha como registrar o ICMS recolhido por antecipação e *“fazia jus a um crédito presumido do ICMS sobre as operações eventualmente realizadas”*.

Afirma que se considerando o crédito presumido utilizado, não há motivação para a manutenção do presente Auto de Infração, visto que na situação fática procedeu à escrituração fiscal de forma correta (art. 743 do RICMS) e não há imposto a ser exigido na infração 2.

Quanto à infração 3, relativa à omissão de saída de mercadorias por meio de efetivação de venda de mercadoria com recebimento por meio de cartão de crédito, reconhece que embora tenha havido recolhimento a menos, tal fato ocorreu face a meros equívocos cometidos pelo contribuinte no preenchimento da nota fiscal e recolherá o seu pagamento.

Justifica na mesma forma o cometimento de erro com relação à infração 4 reconhecendo o equívoco cometido e que efetuará seu pagamento.

Por fim, requer a Procedência Parcial do Auto de Infração, e ainda a realização de diligência pela ASTEC, para apreciação da documentação acostada ao processo.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 135), inicialmente discorre sobre as infrações e alegações defensivas e afirma que *“Diante das alegações do autuado, das informações trazidas ao Auto e da fundamentação legal de sua defesa, acolho integralmente o seu pedido”*.

Conclui que acatadas as alegações do autuado, no que for cabível, ratifica a procedência da ação fiscal.

Em seu voto o julgador *a quo* inicialmente nega o pedido de diligência requerida, com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, tendo em vista seu convencimento sobre a presente lide.

No mérito, com relação às infrações 1 e 2, diz que na defesa apresentada o autuado alegou que era usuário de MR e apurou o ICMS em conformidade com o disposto nos artigos 726 a 760 do RICMS/BA, ora revogados e que o autuante não observou os procedimentos adotados por ele na apuração e recolhimento do imposto. Na informação fiscal o autuante apenas disse que concordava com a fundamentação legal apresentada na defesa “no que foi cabível” (fl. 135).

Ressalta o julgador que não foi trazido ao processo nem pelo autuante, nem pelo autuado, qualquer informação quanto ao uso de MR em relação ao período fiscalizado, que engloba nas infrações 1 e 2, fatos geradores ocorridos entre janeiro/02 e novembro/06; entretanto, pela análise dos elementos constantes do processo, faz as seguintes constatações:

- 1) relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro/02, conforme cópia do livro RAICMS juntado pelo autuante às fls. 13 a 36, o contribuinte, a exemplo do mês de abril/02 (fl. 20), escriturou operações de entradas tributadas, isentas ou não tributadas e outras e deu saída de todas as operações com débito do imposto. Tal procedimento denota ter procedido à apuração do imposto de acordo com os dispositivos acima mencionados, inclusive lançado na coluna de crédito do imposto a título de “outros créditos: art. 743 REF. MERC. ISENT/OUTR”.
- 2) logo, para apurar o imposto relativo ao período de janeiro a dezembro/02, o autuante deveria adotar roteiro de auditoria de MR conforme previsto no art. 743, aplicando a metodologia prevista no parágrafo primeiro do RICMS/BA, inclusive considerando as entradas de mercadorias tributadas com as alíquotas de 7% e 25%, margem de lucro do exercício anterior ou 10% se no primeiro exercício, etc; entretanto, no demonstrativo juntado às fls. 7 e 12, foi

exigido o ICMS considerando apenas a diferença apurada entre o valor escriturado e o valor recolhido.

Conclui pela falta de elementos suficientes para demonstrar como se chegou à base de cálculo do imposto lançado, bem como a falta da perfeita identificação do método aplicado para a apuração do tributo (máquina registradora), fatores que, de acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, levam à nulidade de parte dos procedimentos fiscais. Por isso, considera nulo: infração 1, os itens 1 e 2 do demonstrativo de débito à fl. 4, relativo aos meses de maio e julho/02, com valores respectivos de R\$6.600,41 e R\$4.661,07; infração 2, os itens 4 a 13 do demonstrativo de débito à fl. 4, relativo aos meses de janeiro a abril, junho e agosto a dezembro/02, totalizando R\$53.301,29.

Ainda em relação às infrações 1 e 2, relativo ao exercício de 2003 a 2006, verifica que o Dec. 8.413/02 revogou o capítulo III do Título IV, compreendendo os artigos 726 a 760 do RICMS/BA, com efeitos a partir de 31/12/02, logo não há mais aplicação daqueles dispositivos regulamentares na apuração do ICMS no período de janeiro/03 a novembro/06 em relação ao imposto apurado pela fiscalização nas infrações 1 e 2.

Prosseguindo, diz que, pelo confronto dos demonstrativos elaborados pelo autuante juntados à fl. 8 com a cópia do livro de Apuração do ICMS e extrato de pagamentos constantes do banco de dados da Secretaria da Fazenda, constata que não houve recolhimento do ICMS Normal relativo ao mês de fevereiro/03 no valor de R\$2.657,46; também não há indicação de qualquer ajuste relativo à máquina registradora, portanto, não tendo sido comprovado o recolhimento do imposto, fica mantida a exigência deste valor relativo à infração 1 da mesma forma, pelo confronto do demonstrativo às fls. 37 e 56 com as cópias das páginas do livro RAICMS e extrato de pagamentos da Secretaria da Fazenda (fl. 59), ficou comprovado o recolhimento a menos do ICMS relativo aos meses de fevereiro e maio/05 e novembro/06, com valores respectivos de R\$315,24, R\$24,19 e R\$20,00 totalizando R\$359,43 relativo à infração 2. Conclui que, pelo exposto, ficam mantidas parcialmente as infrações 1 e 2.

Quanto às infrações 3 e 4, ressalta que as mesmas foram reconhecidas pelo impugnante na defesa apresentada, motivo pelo qual deixa de apreciá-las.

Vota pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Notificados, autuado e autuante não se manifestaram.

VOTO

Não merece reparos a Decisão recorrida. Com relação às infrações 3 e 4 o autuado reconheceu expressamente o seu cometimento.

Com relação às infrações 1 e 2, fica mantida a procedência parcial, como bem determinou a Decisão de primeiro grau, vez que:

- 1- restou caracterizada a falta de elementos para demonstrar como se apurou a base de cálculo do imposto lançado, bem como a identificação do método adotado para a apuração do tributo, importando na nulidade de parte do procedimento fiscal;
- 2- com a revogação do capítulo III do Título IV do Decreto nº 8.413/02, compreendendo os artigos 726 a 760, com efeitos a partir de 31/12/02, não mais se aplicam aqueles dispositivos à apuração do período de janeiro/03 a novembro/06, referentes às infrações 1 e 2;
- 3- não houve recolhimento do imposto no mês de fevereiro/03, no valor de R\$2.657,46, relativo à infração 1;
- 4- ficou comprovado o recolhimento a menos do ICMS relativo aos meses de fevereiro/maio/05 e novembro/06, totalizando R\$359,43, relativo à infração 2;

Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207096.0314/07-7, lavrado contra **KPMK COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (VITÓRIA DELICATESSEN)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.160,97** acrescido das multas de 50% sobre R\$2.657,46, 60% sobre R\$674,67 e 70% sobre R\$2.828,84, previstas no art. 42, incisos I “a”, II alienas “b” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS