

A. I. Nº - 207185.0033/09-8

**AUTUADO** - INDIANA MOTOS LTDA.

**AUTUANTE** - PAULO ROBERTO MENDES LIMA

**ORIGEM** - INFRAZ ITABUNA

**INTERNET** - 08.06.2011

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0132-02/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE BENS PARA O ATIVO IMOBILIZADO. A legislação prevê que em cada período de apuração de imposto, será admitido o crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período. Ficou provado que o autuado se creditou do imposto não considerando a mencionada proporção. Infração subsistente. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não comprovado que as mercadorias estavam enquadradas no regime de substituição tributária a época dos fatos geradores. Infração insubstancial. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. MULTA. Infração reconhecida. **b)** CUPONS FISCAIS. LEITURA DIÁRIA "Z". FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração comprovada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Contribuinte comprovou recolhimento regular do imposto devido antes da ação fiscal. Infração elidida. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. **a)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que o contribuinte registrou a menos valores relativos a saída de mercadorias consignadas no ECF. Infração caracterizada. **b)** ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. MULTA. Infração comprovada. 5. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 6. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/12/2009, exige ICMS e aplicar multas, no valor histórico de R\$15.052,16, decorrente de:

INFRAÇÃO 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.588,69, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme descrição detalhada e demonstrativo de débitos no ANEXO I.

INFRAÇÃO 02 – Utilização indevida de créditos fiscais, no valor de R\$ 5.547,96, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

INFRAÇÃO 03 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa no valor de R\$ 3,70.

INFRAÇÃO 04 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 2.594,47, devido relativo a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da federação e destinados a consumo do estabelecimento.

INFRAÇÃO 05 – Omissão de saídas de mercadoria e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, referente as operações de saídas através do ECF, com ICMS no valor de R\$2.011,55.

INFRAÇÃO 06 – Omissão de saída de mercadorias 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, com ICMS no valor de R\$1.565,79.

INFRAÇÃO 07 – Multa de R\$ 140,00 pela declaração incorreta nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS.

INFRAÇÃO 08 – Multa de R\$140,00 por ter escrito livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares. Consta ainda da acusação, que no livro Registro de Saídas, relativamente a operação com ECF, faltando indicação de leitura do GT diários.

INFRAÇÃO 09 – Multa de R\$460,00 pela falta de apresentação de documentos fiscais, parte da leitura diárias “Z” do ECF, apesar de regularmente intimado.

O autuado apresentou defesa, fls. 135 a 145, mediante advogado, impugnando parcialmente a autuação, apresentando suas alegações por infração.

INFRAÇÃO 01 – Aduz que não encontrou no Regulamento do ICMS, a exigência de escrutar um RAICMS Especial, para este tipo de operação, uma vez que para recuperar o crédito de ICMS sobre as entradas do Ativo Imobilizado, o § 1º do art. 339, faz exigência adicional apenas do registro do CIAP.

Argumenta que houve mero erro formal na escrituração do crédito do ativo imobilizado, o qual deveria estar lançado na coluna “Outros Créditos”, do RAICMS, em conformidade com § 11, item II do art. 93, o que não alterou a materialidade do crédito existente.

Ressalta que o fiscal se equivocou, uma vez que o sistema utilizado para controle destes créditos, quando há transferência do bem de uma loja para outra, o mesmo demonstra o número da Nota Fiscal de Compra Original, bem como a Nota de Transferência, que serviu para dar entrada no estabelecimento. No exemplo utilizado pelo fiscal no demonstrativo temos o número do documento 657438 – T5526, onde o 657438 representa a nota de compra do fornecedor registrada na empresa Matriz, e T5526 representa o número da nota de transferência que serviu para registrar a entrada no estabelecimento Filial em questão, conforme demonstrativo em anexo.

Quanto a aquisição do veículo registrado através da Nota Fiscal 943525, como pode ser observado na cópia da referida nota fiscal, fl. 152, o valor do ICMS utilizado para cálculo, está devidamente destacado.

Em relação alegação que ‘Constatou-se ainda que, o contribuinte não obedeceu às limitações de uso mensal do referido crédito, de forma proporcional à relação entre saídas tributadas e saídas sem tributação, conforme disposições regulamentares aplicáveis ao caso.’, constante do papel de trabalho que embasou a infração, ressalta que nas operações da empresa não existe mercadorias isentas ou não tributadas como entendeu o fiscal. O que ocorre são mercadorias que já tiveram o pagamento do ICMS de forma antecipada, através da Substituição Tributária, e que por consequência não é destacado o ICMS nas respectivas saídas, sem contudo, configurar isenção ou ausência de tributação. Este tema está disciplinado no § 17 do art. 93.

Aduz que não conseguiu identificar quais limitações legais deixaram de ser obedecidas, uma vez que o crédito da diferença de alíquota referente aquisições para o Ativo Imobilizado está previsto no art. 93, inciso V, e foram recuperadas de maneira parcelada em conformidade com o § 17 do mesmo artigo.

INFRAÇÃO 02 – aduz que a infração tem como base a suposição que as mercadorias à época estavam no regime de substituição tributária, o que não está correto. Os acessórios de uso por motociclistas (capacetes) entre outros, constante da presente infração, foram introduzidas no art. 353 inciso II, item 30, através da alteração nº 102, produzindo efeitos a partir de 01/06/2008, período não alcançado pelo auto de infração. Anteriormente à alteração 102, a redação do item 30, trazia discriminadamente de forma individual todas as peças e acessórios para veículos automotores que constavam no regime de substituição com suas respectivas NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul), estando os acessórios, objeto do presente auto de infração cuja NCM é 6506.10.00 “Capacetes e artefatos de uso semelhante, de proteção”, fora da lista, portanto com sua tributação no ICMS Regime Normal.

INFRAÇÃO 03 – Reconheceu a procedência.

INFRAÇÃO 04 – observa que o fiscal alega que não foram recolhidas as diferenças de alíquotas nas aquisições em outras unidades da Federação, de mercadorias e serviços destinados a uso/consumo e ativo, nos exercícios de 2007 e 2008. Acontece que tais diferenças de alíquotas, estão devidamente registradas no livro Registro de entradas de mercadorias, bem como levada a débito no livro Registro de Apuração de ICMS, e somente em conformidade com o artigo 116 e 132 RICMS/BA.

INFRAÇÃO 05 –Reconhece falha nos lançamentos dos livros fiscais de saídas, nas quais algumas operações deixaram de ser escrituradas. Ocorre que ao contrário do que o fiscal mencionou, que não era possível determinar com clareza, a natureza das operações omitidas da escrita fiscal, em virtude da não apresentação de algumas Leituras “Z”, tem a informar que o fiscal estava de posse da Leitura da Memória Fiscal, que ele utilizou para apurar que algumas operações foram omitidas, mas parece ter desprezado deste mesmo relatório as informações das operações efetivamente tributadas de ICMS, de valor bem menor que o demonstrado pelo fiscal, reconhecendo como devido o valor do ICMS que deixou de ser escriturado de R\$138,24 e não os R\$2.011,55 pretendidos pela fiscalização.

INFRAÇÃO 06 – frisa que nesta suposta infração, o autuante comparou o faturamento da autuada efetuado através de cartão de crédito, informados pelas respectivas administradoras, com os totais de recebimentos declarados nas Leituras Diárias “Z” de ECF. Acrescenta que a concessionária de motos tem operações faturadas através de cartão de crédito, que são acobertadas por Notas Fiscais Modelo 1, não sendo emitidos cupons fiscais, a exemplo de Prestação de Serviços (não alcançados pelo ICMS) ou a Venda de Motocicletas que não é exigido o uso do ECF para documentar este tipo de operação de acordo com art. 824-B.

A título de exemplo citou a Nota Fiscal nº 201 referente ao pedido nº 58334, emitida em 30/10/2007, no valor de R\$ 6.400,00, na qual foi utilizado como parte do pagamento o Cartão de crédito visa Doc = 919849, no valor de R\$250,00 (documentos em anexo). Como pode ser observada a operação

de venda foi acobertada por nota fiscal, como manda a Lei, não cabendo emissão de cupom fiscal, como pretende o autuante.

Entende que a presunção de omissão de saídas tributáveis, só seria possível se os valores informados pelas administradoras, superasse todo faturamento da empresa, motos, peças e os serviços (não alcançados pelo ICMS).

INFRAÇÃO 07 – Alega que, se não existiu a infração 06, esta multa pretendida também não pode prosperar, por tentar penalizar a mesma conduta com duas infrações, o que não é admissível.

INFRAÇÃO 08 – não impugnou.

INFRAÇÃO 09 – Aduz que a impressora fiscal trabalha com papel térmico, que estraga com facilidade. Algumas leituras “Z” estavam danificadas e foram substituídas pela Leitura da Memória Fiscal, sem causar prejuízo ou embaraço para a fiscalização, uma vez que este documento contém o registro de todas as operações registradas diariamente no equipamento, e ao contrário da Leitura Z, este relatório pode ser emitido a qualquer tempo, transcrevendo o art. 824-S, II, do RICMS/BA. Assim, se as informações podem ser obtidas pelos meios apresentados pela autuada e se a perda da documentação decorreu de fatos alheios a sua vontade não pode ser ela penalizada.

Requer a realização de diligência para revisão do levantamento fiscal.

Ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

O auditor autuante, fls. 295 a 297, ao prestar a informação fiscal, preliminarmente, questionou a capacidade dos representantes e a legitimidade do instrumento de Procuração, fl. 146, e consequentemente, questionou a legitimidade da postulação defensiva, pois foi assinada por pessoa que não consta com sócio da empresa e nem apresentou procuração com poderes para tal, contrariando disposições do Art. 3º, Inc. I; Art. 4º, Parágrafo único e Art. 8º, inciso V, todos do RPAF/99.

Prosseguindo, passou a analisar cada infração.

INFRAÇÃO 01 – Diz que a defesa não apresentou elementos concretos para elidir a imputação. No que concerne às transferências de imobilizado entre matriz e filial situadas no Estado, ficou patente que:

- a) As aquisições originárias, ocorreram em meses anteriores às transferências;
- b) As Notas Fiscais de Transferência (vide Copia da NF nº 5526, de 13/08/2007 (fl. 148, do PAF), não contêm destaque de ICMS e não foi apresentada a N. Fiscal de aquisição originária;
- c) Não restou provada no processo a regular baixa de imobilizado, com o consequente estorno de créditos ou transferência de saldos credores remanescentes;
- d) Os documentos: “Controle de Credito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP”, verificados no curso da ação fiscal, e cujas cópias foram juntadas ao processo, são inconsistentes, porque os dados lançados, não foram concretamente provados através documentação hábil;
- e) Cabe ressaltar ainda a impossibilidade de transferência de créditos normais entre estabelecimentos da mesma empresa situados no Estado;
- f) Não foram obedecidos nos citados “CIAPs”, a limitação de uso dos créditos, segundo índice calculado a partir da relação entre saídas tributadas em cada mês de referência e as saídas totais, conforme disciplina contida no Inc. III, do Parágrafo 17º, do Art. 93, do RICMS/97;
- g) O mesmo também se aplica aos valores relativos a “Diferenças de Alíquotas”, destacadas nos referidos “CIAPs” – em especial, o do mês 08/2007, cujos valores não constam

pagamentos efetuados pela Filial e, não há destaque dos mesmos a título de “Débito”, no RAICMS referente a cada mês;

- h) A Autuada não apresentou em sua Defesa, qualquer demonstrativo alternativo, comprovando a legitimidade dos citados créditos.

No que concerne às Notas Fiscais relativas a aquisições de bens sujeitos à substituição tributária nas operações anteriores, diz ser dispensável questionar a validade de ditos créditos.

INFRAÇÃO 02 – argumenta que a autuada não comprovou a regularidade de situação das operações praticadas e Notas Fiscais de origem, nas quais não consta clara identificação da respectiva classificação fiscal. Cita as cópias das Notas Fiscais nº 10884 e 1811, de 05/03/2008 (fls. 157 e 158,) juntadas pela defesa, e destas consta no quadro de Informações Adicionais: “ICMS pago por substituição tributária conf. Decreto 7.886/00 do ICMS-BA”, que contradizem os argumentos da Defesa.

Acrescenta que, ainda em relação às mercadorias constantes das Notas Fiscais objeto da autuação, a autuada não comprovou no curso da ação fiscal nem na Defesa:

- Tributação normal nas saídas posteriores de todos os itens;
- Antecipação de imposto devido por substituição de estoques existentes, após edição do Decreto mencionado na Defesa.

INFRAÇÃO 03 – Ressalta que a autuada não contestou a exigência nem comprovou pagamento do débito no valor de R\$3,70.

INFRAÇÃO 04 – Reconhece que procedem as alegações da autuada, considerando a ocorrência de equívoco do autuante, em razão de não ter considerado os lançamentos a débito no RAICMS, em: “Outros Débitos – Diferença de ICMS”; embora o correto fosse: “Diferenças de alíquotas”. Opinando pela exclusão da infração.

INFRAÇÃO 05 – Assevera que a autuada não apresentou na defesa elementos suficientes para elidir a exigência contida nesta infração. O reconhecimento da falta de apresentação das Leituras Z diárias e, respectivas fitas detalhe, com o detalhamento de cada operação, torna impraticável identificar a situação tributária das omissões praticadas na escrituração fiscal. Trata-se de omissão de receitas na escrita fiscal, que a existência das Leituras da Memória Fiscal, não são suficientes para comprovar a natureza tributária de cada operação, haja vista que, tal documento, não identifica cada operação e as mercadorias correspondentes.

INFRAÇÃO 06 – Entende que os argumentos apresentados pela autuada, são insuficientes para elidir a autuação, inclusive, no exemplo citado da Nota Fiscal nº 201, datada de 30/10/2007, contraria seus argumentos, haja vista que na referida data, não consta pagamento com cartão de crédito/débito, no valor de R\$250,00, conforme “Relatório Diário de Operações TEF”, fls. 35 a 70, do PAF.

INFRAÇÕES 07, 08 e 09 – salienta que a autuada não apresentou elementos suficientes para elidí-las, limitando-se a simples negativa. Efetivamente, declarou dados incorretos nas DMAs mensais, omitindo valores de operações; escriturou irregularmente o Livro RSM, deixando de declarar os GTs diárias; e deixou de apresentar varias Leituras Z diárias ECF.

Ao finalizar, opina pela manutenção das exigências apontadas no Auto, à exceção dos valores relativos à Infração 04 – 06.02.01, que totalizam: R\$2.594,47, restando portanto, um débito remanescente pelo valor histórico, de: R\$12.457,69.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª JJF decidido por sua conversão em diligência para que fosse juntada aos autos documentação que comprovasse a legitimidade o Sr. Ruy Tourinho para assinar a procuração à folha 146 dos autos, considerando a atual composição societária do contribuinte, conforme alegado pelo auditor fiscal.

Em atendimento a diligência, após ser intimado pela INFRAZ DE ORIGEM, o sujeito passivo se manifesta às folhas 322 a 329. Ao se reportar sobre o instrumento de procuração questionado pela fiscal, diz não proceder a alegação da fiscalização, pois o instrumento, fl. 146, demonstra a regularidade na representação da empresa autuada.

Argumenta que, conforme se infere da mencionada procuração, datada de 16/10/2010, foram outorgados pelo Sr. Daniel Sampaio de Almeida Santos poderes de representação no tocante as relações envolvendo todos os estabelecimentos pertencentes ao Grupo Indiana, matriz e filiais, dentre os o estabelecimento autuado.

Frisa que o Sr. Daniel Sampaio de Almeida Santos fora nomeado nos estatutos sociais como Administrador da autuada com poderes para nomear procuradores, conforme demonstra a cláusula 6º c/c §§ 2º e 6º, do Contrato Social da Indiana Motos Ltda., razão pela qual seria regular este outorgar poderes a terceiros.

Ressalta que para fins de apuração de legitimidade de representação, importante observar quem compõe o rol societário no contrato social da empresa, e não nos registros do cadastro da SEFAZ, uma vez que podem estar desatualizados ou mesmo incompletos, como na situação em exame.

Requer, apesar dos esclarecimentos acima, a juntada de procuração assinada pelo sócio da empresa, o Sr. Fernando Oliveira Sampaio, o qual se encontra registrado no cadastro da SEFAZ/BA.

INFRAÇÃO 01 – Aduz que nos itens a), b) e c) da informação fiscal o autuante fez afirmações novas, as quais não mantêm qualquer pertinência com a infração apontada no auto. Assim, caberia ao autuante indicar a infração e o dispositivo violado, reabrindo o prazo de defesa em 30 dias.

No tocante ao item d) da informação fiscal, diz que não concorda com a alegação do fiscal de que os documentos acostados pela defesa são inconsistentes, pois entende a defesa que a documentação acostada é suficiente para elidir a infração, por outro lado, o autuante não teria indicado qual o documento hábil para elidir a imputação.

Quanto ao item e) aduz que, apesar do autuante discorrer acerca da impossibilidade de transferência de créditos, o que ocorreu foi a transferência de ativo imobilizado.

Relativamente aos itens f) e g) da informação fiscal frisa que já apresentou os esclarecimentos necessários na defesa anterior. Reitera que não existem mercadorias isentas ou não tributadas como entendeu o fiscal. As mercadorias tiveram o pagamento do ICMS antecipadamente. Reitera, ainda, que não conseguiu identificar quais limitações legais deixaram de ser obedecidas, uma vez que o crédito da diferença de alíquota referente aquisições para o Ativo Imobilizado está previsto no art. 93, inciso V, e foram recuperadas de maneira parcelada em conformidade com o § 17 do mesmo artigo.

No tocante ao item h) da informação fiscal entende que não é obrigada a apresentar qualquer demonstrativo alternativo, pois não reconhece nenhum valor indicado na infração.

INFRAÇÃO 02 – aduz que o fiscal não se deu ao trabalho de conferir a NCM dos referidos produtos na tabela TIPI, informado que anexa nova cópia de nota fiscal de compra, na qual consta a NCM 6506.10.00, reiterando que não era objeto da substituição tributária antes de 01/06/2008.

INFRAÇÃO 03 – Reconhece a procedência.

INFRAÇÃO 04 – Ressalta que o fiscal acatou os argumentos da defesa, sendo improcedente.

INFRAÇÕES 05 e 06 – Reiterou os argumentos anteriores.

INFRAÇÕES 07, 08 e 09 – Reiterou os argumentos anteriores.

Requer a realização de diligência para revisão do levantamento fiscal.

Ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

O PAF foi submetido à nova pauta suplementar, tendo a 2ª JIF decidido por sua conversão em diligência para que fosse produzida nova informação fiscal relativa aos argumentos e documentos acostado pela defesa, fls. 322 a 356.

Em atendimento a diligência, o autuante às folhas 363 a 366, quanto a legitimidade da procuração, diz a defesa inicial não apresentou qualquer prova documental de efetivo vínculo do signatário com a Autuada, entretanto, reconhece a existência do vínculo mediante instrumento de procuração datada de 16/01/2008, documento acostado pela defesa, fls. 331 a 332.

Ressalta que na peça fiscal original (o Auto de Infração e seus anexos, fls. 01 a 130, do PAF), residem os aspectos formais e legais das exigências nele contidas, de forma clara, objetiva e documentada. Em sua nova manifestação, a Autuada insiste em reprisar argumentos insubsistentes já apresentados na Defesa inicial e, contrapor críticas à Informação Fiscal prestada pelo Autuante, fls. 295 a 297, do PAF.

Em relação a Infração 01- aduz que, objetivamente, aponta que a Autuada “utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Conforme descrição detalhada e demonstrativo no ANEXO I”. A descrição detalhada dos fatos, contida no citado ANEXO I (fls. 14 a 18, do PAF) e os documentos anexados ao Auto, fls. 20 a 130, do PAF, não deixam margem a dúvidas: objetivamente, a Autuada adotou procedimentos irregulares, incompatíveis com as normas que regem a matéria, citadas no teor da referida descrição, quais sejam, aquelas descritas nos “itens “a” a “e”, do supramencionado ANEXO I, em resumo:

- a) não procedeu à regular escrituração do Livro RAICMS Especial, imprescindível à apuração regular dos créditos aproveitáveis em cada mês de referência;
- b) Limitou-se a apresentar no curso da ação fiscal, folhas esparsas de apuração mensal do CIAP, com apuração de créditos integrais, à razão de 1/48 avos, dos totais de créditos acumulados até cada mês de apuração;
- c) Não apresentou à fiscalização no curso da ação fiscal, todos os originais das Notas Fiscais e DAEs, que respaldaram tais créditos;
- d) Incluiu nos citados “CIAPs”, os valores relativos as diferenciais de alíquotas, também à razão integral de 1/48 avos, mensalmente;
- e) Não procedeu mensalmente ao cálculo dos créditos admissíveis, considerando a relação entre saídas efetivamente tributadas e saídas totais em cada mês de apuração;
- f) escriturou irregularmente os créditos integrais apurados, como se fossem “créditos normais”, a partir da emissão de NFs de Entradas, com destaque dos valores integrais apurados nos citados “CIAPs”.

Destaca que a legislação é clara, quanto ao aproveitamento parcial dos créditos apurados em cada mês de referência, guardada a proporção entre saídas tributadas e saídas totais, principalmente no caso da Autuada, cujas saídas, ocorreram substancialmente, sem tributação, nas operações próprias – trata-se de situação obvia e inquestionável.

Ressalta que seu entendimento de que a peça inicial é clara e objetiva, no que concerne à identificação da infração e, que a autuada não apresentou qualquer demonstrativo em sua defesa, capaz de elidir a infração apontada. Pelo que, pede o reconhecimento de total procedência da exigência.

Infração 02 – Diz que reitera integralmente a Descrição dos fatos constante do Auto, do ANEXO I e, da Informação Fiscal prestada às fls. 295 a 297 do PAF, e considerando que a Autuada não trouxe em sua Defesa, provas suficientes para elidir a exigência, pugno pelo reconhecimento de Total Procedência da exigência de imposto no valor de R\$5.547,96.

Infração 03 – Informa que a Autuada não contestou a exigência nem comprovou pagamento do débito no valor de R\$3,70.

Infração 04 – Reitera o contido na Informação Fiscal, às fls. 295 a 297 do PAF, reconhecendo a procedência das alegações da Autuada, em sua Defesa inicial, e a necessidade de exclusão do débito no valor de R\$2.594,47.

Infração 05 – A Autuada não apresentou na Defesa, elementos suficientes para elidir a exigência contida nesta infração. Portanto, reitero as informações contidas no Auto e, na Informação Fiscal, às fls. 295 a 297 do PAF.

Infração 06 – 05.08.01: Frisa que, conforme destacado na Informação Fiscal anterior, os argumentos apresentados pela Autuada, são insuficientes para elidir a Autuação. Inclusive, no exemplo citado da Nota Fiscal nº 201, datada de 30/10/2007, contraria seus argumentos, haja vista que na referida data, não consta pagamento com cartão de crédito/débito, no valor de R\$250,00, conforme “Relatório Diário de Operações TEF”, fls. 35 a 70, do PAF.

Infrações 07, 08 e 09: A Autuada não apresentou elementos suficientes para elidi-las, limitando-se a simples negativa. Reitera as exigências na forma descrita no Auto e seus anexos. Efetivamente, declarou dados incorretos nas DMA's mensais, omitindo valores de operações; comprovadamente escriturou de forma irregular o Livro RSM, deixando de declarar os GTs diários; e deixou de apresentar varias Leituras Z diárias de ECF.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, na sessão de 26/04/2010, tendo esta 2<sup>a</sup>.JJF decidido que o mesmo encontrava-se em condição de ser julgado.

## VOTO

Inicialmente em relação a alegação do fiscal autuante de falta de capacidade dos representantes e a legitimidade do instrumento de Procuração, fl. 146, e consequentemente, questionou a legitimidade da postulação defensiva, esclarece que o PAF foi convertido em diligência para que a INFRAZ de origem, a fim de que fosse juntado aos autos documentação que comprovasse a legitimização do Sr. Ruy Tourinho para assinar a procuração à folha 146.

Por sua vez, a inspetoria fazendária intimou o sujeito passivo, o qual, ao voltar a se manifestar nos autos, salienta que na procuração, datada de 16/10/2010, foram outorgados pelo Sr. Daniel Sampaio de Almeida Santos poderes de representação no tocante as relações envolvendo todos os estabelecimentos pertencentes ao Grupo Indiana, matriz e filiais, dentre os o estabelecimento autuado. Frisou que o Sr. Daniel Sampaio de Almeida Santos fora nomeado nos estatutos sociais como Administrador da autuada com poderes para nomear procuradores, conforme demonstra a cláusula 6º c/c §§ 2º e 6º, do Contrato Social da Indiana Motos Ltda., razão pela qual seria regular este outorgar poderes a terceiros.

Como bem ressaltou o impugnante, que para fins de apuração de legitimidade de representação, importante observar quem compõe o rol societário no contrato social da empresa. Ademais, foi acostada aos autos procuração assinada pelo sócio da empresa, o Sr. Fernando Oliveira Sampaio, o qual se encontra registrado no cadastro da SEFAZ/BA.

Logo, como base nos esclarecimentos acima, entendo que não existe falha quanto a legitimidade de representação na peça defensiva.

Superada a questão preliminar levantada pelo fiscal passo a análise de cada infração.

INFRAÇÃO 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme descrição detalhada e demonstrativo de débito constante no ANEXO I do Auto de Infração.

Observo que foi utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a entrada de ativo imobilizado, decorrente da apropriação de valor não permitido pela legislação, visto que ao

utilizar o crédito fiscal correspondente, não foi observada a regra da proporcionalidade conforme prevista no §17, do art. 93, do RICMS/97.

De acordo com o mencionado art. 93, § 17 do RICMS/Ba, constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário, entre outras hipóteses, o uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridos a partir de 1º/1/2001 fica sujeito às seguintes disposições:

*I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;*

*II - em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período; Grifei.*

*III - para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior;*

Constatei que o contribuinte se apropriou mensalmente da totalidade dos 1/48 avos do crédito fiscal do ICMS referente às aquisições de bens destinados ao seu ativo imobilizado, deixando de aplicar sobre esse total o coeficiente obtido da ralação entre as saídas tributadas e as saídas totais, conforme determina os incisos I a III do § 17 do artigo 93 do Regulamento do ICMS/97, reproduzidos acima, não podendo ser acolhida o argumento defensivo de que todas mercadorias vendidas são tributadas, uma vez que o autuado comercializa mercadoria com tributação normal e com mercadoria com fase de tributação encerrada, ou seja, sem tributação no ato da venda.

De igual modo, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que teria sido apenas um erro de escrituração, pois a legislação prevê que em cada período de apuração de imposto, será admitido o crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período. Ficou provado que o autuado se creditou do imposto não considerando a mencionada proporção.

No tocante ao argumento defensivo em relação a Nota Fiscal nº 657438, fl. 347, objeto que a mesma não foi objeto de autuação, uma vez que não foi incluída no demonstrativo da referida infração, fls. 14 a 18 dos autos.

Ademais, como bem ressaltou o autuante, o contribuinte escriturou irregularmente os créditos integrais apurados, como se fossem “créditos normais”, a partir da emissão de NFs de Entradas, com destaque dos valores integrais apurados nos citados, fato que não foi elido pela defesa.

Assim, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

**INFRAÇÃO 02 – Utilização indevida de créditos fiscais, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de setembro e dezembro de 2007, janeiro, março, abril e maio de 2008.**

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que as mercadorias à época do fatos geradores não estavam enquadradas na substituição de tributária.

O argumento defensivo deve ser acolhido, uma vez que acessórios de uso por motociclistas (capacetes) entre outros, constante da presente infração, somente foram introduzidas no art. 353 inciso II, item 30, através da alteração nº 102, produzindo efeitos a partir de 01/06/2008.

Os fatos geradores consignados na infração em tela são relativo aos meses setembro e dezembro de 2007, janeiro, março, abril e maio de 2008, portanto, neste período as mercadorias objeto da

presente lide, ainda, não estavam enquadradas na substituição tributária, sendo, improcedente a infração em tela.

INFRAÇÃO 03 – A defesa reconheceu a procedência, assim, não existe lide, estando a mesma caracterizada.

INFRAÇÃO 04 - Falta de recolhimento do ICMS, devido relativo a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da federação e destinados a consumo do estabelecimento.

Na impugnação a defesa comprovou que os valores das diferenças de alíquotas, objeto da autuação foram levada a débito no livro Registro de Apuração de ICMS, em conformidade com o artigo 116 e 132 RICMS/BA, fato reconhecido pelo fiscal autuante.

Assim, a infração 04 é improcedente.

INFRAÇÃO 05 – Omissão de saídas de mercadoria e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, referente as operações de saídas através do ECF, com ICMS no valor de R\$2.011,55.

O impugnante reconhece falha nos lançamentos dos livros fiscais de saídas, nas quais algumas operações deixaram de ser escrituradas, entretanto não acata o valor indicado na infração, reconhecendo como devido o valor de R\$ 138,24, alegando que a demais operações foram não tributadas. O autuante não acata o argumento defensivo, esclarecendo que a existência das Leituras da Memória Fiscal, não são suficientes para comprovar a natureza tributária de cada operação, haja vista que, tal documento, não identifica cada operação e as mercadorias correspondentes.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, pois caberia a defesa ter apresentado documentos para demonstrar que houve erro da fiscalização na apuração dos valores apurada na ação fiscal. Deveria o contribuinte ter indicado, de forma objetiva, qual ou quais as operações que foram consideradas equivocadamente pela fiscalização.

Devo ressaltar 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, entendo que a infração 05 restou caracterizada.

INFRAÇÃO 06 – Omissão de saída de mercadorias 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, com ICMS no valor de R\$ 1.565,79.

Observo que o levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02.

Em sua defesa o autuado alegou que em seu ramo de atividade, concessionária de motos, tem operações faturadas através de cartão de crédito, que são acobertadas por Notas Fiscais Modelo 1, não sendo emitidos cupons fiscais, a exemplo de Prestação de Serviços (não alcançados pelo ICMS) ou a Venda de Motocicletas que não é exigido o uso do ECF para documentar este tipo de operação de acordo com art. 824-B. Acostou cópia da Nota Fiscal nº 201 referente ao pedido nº

58334, emitida em 30/10/2007, no valor de R\$ 6.400,00, na qual foi utilizado como parte do pagamento o Cartão de crédito visa Doc = 919849, no valor de R\$ 250,00 (documentos em anexo). Na informação fiscal o autuante não acatou o argumento defensivo.

Acolho o argumento da defesa, uma vez que, analisando os documentos relativos a operação de venda mediante Nota Fiscal nº 201, constatei a defesa comprovou que houve pagamento com cartão de crédito, fls. 204 a 206. No pedido foi especificado a forma de pagamento, inclusive de R\$250,00 com cartão. À folha 206 consta o boleto no valor de R\$250,00, constando o nome do adquirente e no número do celular, os quais são os mesmos consignado do pedido de nº 005833. O valor de R\$250,00 consta do Relatório Diário à folha 35, que foi acostado pela fiscalização. Ressalto que esse foi o único valor que a defesa comprovou, pois não apresentou nenhum outro documento fiscal.

Portanto, não resta dúvida de que a venda realizada mediante Nota Fiscal nº 201, o valor de R\$250,00 foi pago com cartão crédito, não existindo imposto a ser reclamado no mês de outubro de 2007, permanecendo inalterada as demais parcelas.

Logo, a infração 06 restou parcialmente caracterizada no valor R\$1.564,78, conforme abaixo:

OCORRÊNCIAS	VALOR NO AUTO DE INFRAÇÃO	VALOR DEVIDO APÓS JULGAMENTO
31/10/2007	1,01	0,00
30/11/2007	5,88	5,88
31/12/2007	2,40	2,40
31/1/2008	43,21	43,21
29/2/2008	122,66	122,66
31/3/2008	122,81	122,81
30/4/2008	145,11	145,11
31/5/2008	47,54	47,54
30/6/2008	136,35	136,35
31/7/2008	131,95	131,95
31/8/2008	81,58	81,58
30/9/2008	240,20	240,20
31/10/2008	138,39	138,39
30/11/2008	148,68	148,68
31/12/2008	198,02	198,02
<b>TOTAL</b>	<b>1.565,79</b>	<b>1.564,78</b>

INFRAÇÃO 07 – Multa de R\$ 140,00 pela declaração incorreta nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS.

Entendo que restou comprova nos autos que o contribuinte declarou dados incorretos nas DMAs mensais, sendo devida a multa aplicada.

INFRAÇÃO 08 – Multa de R\$ 140,00 por ter escriturado livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares. Consta ainda da acusação, que no livro Registro de Saídas, relativamente a operação com ECF, faltando indicação de leitura do GT diários.

A defesa inicial não impugnou a referida infração, somente se manifestando em sua segunda peça defensiva.

Entendo que a infração restou caracterizada, uma vez que o autuado não comprovou que registrava corretamente as operações de saídas mediante ECF. A imputação é muito clara, qual seja, a falta de indicação de leitura do GT diário.

INFRAÇÃO 09 – Multa de R\$ 460,00 pela falta de apresentação de documentos fiscais, parte da leitura diárias “Z” do ECF, apesar de regularmente intimado.

Assim, como nas multas aplicadas nas infrações anteriores o sujeito passivo não apresentou documentos para elidir a infração. Logo, a infração é procedente.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO
1	PROCEDENTE	2.588,69
2	IMPROCEDENTE	0,00
3	PROCEDENTE	3,70
4	IMPROCEDENTE	0,00
5	PROCEDENTE	2.011,55
6	PROCEDENTE EM PARTE	1.564,78
7	PROCEDENTE	140,00
8	PROCEDENTE	140,00
9	PROCEDENTE	460,00
TOTAL		6.908,72

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207185.0033/09-8, lavrado contra **INDIANA MOTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.165,02**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.588,69 de e 70% sobre R\$3.576,33, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e III, na Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$743,70**, prevista nos incisos XI, XVIII, alíneas “b” e “c” e XX do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios, estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR