

A. I. Nº - 110427.0004/11-9
AUTUADO - TRI-STAR SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 15.03.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0019-02/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA PARA: **a)** INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. **b)** COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações caracterizadas. 2. LIVROS FISCAIS. RAICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS NOS PRAZOS REGULAMENTARES. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Diferenças constatadas no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado nos livros fiscais. Infração não elidida. 3. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Esta situação indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Subsistência parcial do lançamento após a aplicação da proporcionalidade prevista na IN nº 56/2007. 5. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Imputação não elidida. Aplicado o critério da proporcionalidade previsto na IN nº 56/2007, sobre o débito apurado resultando na sua diminuição. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o

pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Exigência fiscal parcialmente subsistente, após a exclusão no levantamento fiscal, das notas fiscais contendo mercadorias oriundas do Estado da Bahia e de Estados signatários do Convênio 76/94, cuja responsabilidade é do remetente na condição de substituto tributário por força dos citados acordos interestaduais. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A: **a)** CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **b)** PARA INTEGRAR O ATIVO IMOBILIZADO. Em tais situações, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Argumentos defensivos incapazes para elidir as infrações. 7. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE VENDAS ATRAVÉS DO ECF. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2011, reclama ICMS no valor total de R\$167.032,77, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$134,35, no mês de janeiro de 2010, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme demonstrativo à fl. 15. Em complemento consta: *Refere-se a crédito a maior indevidamente, no mês de janeiro/2010, sendo escriturado pelo valor integral, quando o valor correto seria apenas 1/48 avos, e as demais parcelas devidas nos meses subsequentes, conforme consta do ANEXO V.*
2. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$7.972,11, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, março, abril, junho e julho de 2009, e dezembro de 2010, conforme demonstrativos às fls. 16 e 17. Em complemento consta: *Refere-se a diferenças apuradas na Conta Corrente Fiscal da empresa, nos exercício (Sic) de 2009/2010, conforme DEMONSTRATIVO DO RESUMO DA CONTA CORRENTE DO ICMS, em anexo.*
3. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$54.225,44, correspondente a omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos exercícios de 2008 e 2009, conforme demonstrativos e documentos às fls.18 a 21. Em complemento consta: *Irregularidades apuradas nos exercícios de 2009 e 2010, conforme demonstrativos constantes dos ANEXOS I e I-A.*
4. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$90.354,13, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, nos exercícios de 2009 e 2010, conforme demonstrativos e documentos às fls.22 a 33. Em complemento consta: *Conforme PLANILHAS COMPARATIVAS DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO, exercícios de 2009 e 2010, anexas.*

5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$6.098,39, nos meses de janeiro, março, abril e agosto de 2009, e julho de 2010, referente a mercadoria adquirida com imposto pago por antecipação tributária, conforme demonstrativos e documentos às fls. 34 e 35. Em complemento consta: *Valores apurados nos exercícios de 2009 e 2010, conforme demonstrativos AUDITORIA DE CRÉDITO INDEVIDO, em anexo.*
6. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$2.467,98, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias, provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de fevereiro, março, abril e junho de 2009, e janeiro de 2010, conforme demonstrativos e documentos às fls.36 a 42. Em complemento consta: *Refere-se a diferenças apuradas nos exercícios de 2009 e 2010, conforme demonstrativos LEVANTAMENTO FISCAL DE ANTECIPAÇÃO E/OU SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NAS ENTRADAS, em anexo.*
7. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$196,00, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de janeiro de 2010, conforme demonstrativo à fl.43. Em complemento consta: *Irregularidade apurada no mês de janeiro/2010, conforme demonstrativo constante do ANEXO III.*
8. Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$24,70, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no mês de junho de 2010, conforme demonstrativo à fl.44. Em complemento consta: *Irregularidade apurada no mês de junho/2010, conforme demonstrativo constante do ANEXO IV.*
9. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$5.559,67, referente a omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro e março de 2009, janeiro, julho e agosto de 2010, conforme demonstrativos às fls.45 a 48. Em complemento consta: *Refere-se a saídas de mercadorias através dos ECF's, registradas a menor nos livros próprios do estabelecimento, nos exercícios de 2009 e 2010, conforme demonstrativos constantes dos ANEXOS II e II-A.*

O sujeito passivo, por intermédio de seu procurador, interpõe defesa tempestiva, fls. 85 a 91, na qual, após transcrever as infrações, reconheceu como devidos os débitos lançados nas infrações 01, 02, 07 e 08, impugnando as demais infrações com base nas razões defensivas.

Infrações 03 e 04

No caso da infração 04, alega que as diferenças apresentadas não representam omissões de saídas, pois vende mercadorias a clientes conveniados que, embora as paguem nas datas limites de seus cartões, registra todas as vendas nos ECFs, no momento em que ocorrem, conforme se verifica nas reduções Z anexadas à peça defensiva. Assim, afirma que os montantes registrados como convênios nos ECFs, diariamente, são valores expressivos e se referem a vendas à prazo para receber através de cartões de créditos. Para mostrar que não houve omissões de saídas relativas aos desencontros das informações prestadas pelas operadoras de cartões de crédito e que as saídas superaram em muito as entradas, com grande margem bruta de lucro para o ramo de produtos alimentícios, elaborou um demonstrativo da conta Mercadorias dos exercícios fiscalizados. Por essas razões, pede que o cálculo da base de cálculo seja feito corretamente de acordo com a legislação tributária, e que essa infração seja analisada conjuntamente com a infração 03.

Quanto a infração 03, destaca que o lançamento foi feito com base no disposto no § 3º do artigo 2º do RICMS, porém, que o autuante não observou o disposto no § 1º do artigo 60 do RICMS em vigor, pois os montantes relativos a infração 3 e à infração 9 estão cobertos ou têm conexão com

o montante acusado na infração 4 de maior valor; de outra forma se estaria sobrepondo-se os montantes acusados.

Além disso, diz que mesmo restando a infração 4, o valor apurado está incorreto, dado que o autuante, aplicou, indistintamente, a alíquota de 17% sobre as diferenças apresentadas, deixando de levar em conta que a maioria das saídas do período contempla mercadorias isentas, com substituição tributária e com antecipação parcial, exigindo a aplicação da proporcionalidade para a determinação da base de cálculo e valor do ICMS.

Assim, diz que se aplicando o fator de proporcionalidade o débito deste item de R\$ 32.066,81 conforme demonstrativos abaixo:

Exercício de 2009

Total das entradas.....R\$ 4.860.084,42 = 100%

Total das entradas isentas.....R\$ 1.111.683,12 = 22,87

Total das entradas outras.....R\$ 1.860.352,69 = 38,28

Total das tributáveis.....R\$ 1.888.048,61 = 38,85

Percentual de proporcionalidade a ser aplicado em 2009.....38,85%

Infração 4 – Diferenças apuradas em 2009.....R\$ 386.547,68

Infração 4 - Base de cálculo em 2009 (386.547,68 x 38%).....R\$ 150.173,77

Infração 4 - ICMS a recolher ref. 2009.....R\$ 25.529,54

Demonstrativo do débito ajustado da infração 4, relativo ao exercício de 2009.

EXERCÍCIO 2009	Diferenças acusadas	Diferenças ajustadas	ICMS a recolher
Janeiro	44.826,33	17.415,03	2.960,55
Fevereiro	51.959,39	20.186,22	3.431,66
Março	53.815,30	20.907,24	3.554,23
Abril	58.047,37	22.551,40	3.833,74
Mai	32.031,90	12.444,39	2.115,55
Junho	-	-	-
Julho	16.064,77	6.241,16	1.061,00
Agosto	31.441,10	12.214,87	2.076,53
Setembro	-	-	-
Outubro	34.116,18	13.254,14	2.253,20
Novembro	49.900,70	19.386,42	3.295,69
Dezembro	14.344,64	5.572,89	947,39
TOTAIS	386.547,68	150.173,77	25.529,54

Exercício de 2010

Total das entradas.....R\$ 4.688.234,72 = 100,00 %

Total das entradas isentas.....R\$ 964.563,19 = 20,57 %

Total das entradas outras.....R\$ 2.480.113,53 = 52,90 %

Total das tributáveis.....R\$ 1.243.558,00 = 26,53 %

Percentual de proporcionalidade a ser aplicado em 2010.....26,53%

Infração 4 – Diferenças apuradas em 2010.....R\$ 144,947,25

Infração 4 - Base de cálculo em 2010 (144.947,25 x 26,53%).....R\$ 38.454,51

Infração 4 - ICMS a recolher ref. 2010.....R\$ 6.537,27

Demonstrativo de débito ajustado da infração 4, relativo ao exercício de 2010.

EXERCICIO 2010	Diferenças acusadas	Diferenças ajustadas	ICMS a recolher
Janeiro	2.643,36	701,28	119,22
Fevereiro	6.968,33	1.848,70	314,28
Março	4.941,23	1.310,91	222,85
Abril	6.702,80	1.778,25	302,30
Mai	1.353,91	359,19	61,06
Junho	13.487,95	3.578,35	608,32
Julho	25.091,73	6.656,84	1.131,66
Agosto	24.810,49	6.582,22	1.118,98
Setembro	21.502,22	5.704,54	969,77
Outubro	24.203,78	6.421,26	1.091,61
Novembro	7.343,25	1.948,16	331,19
Dezembro	5.898,20	1.564,79	266,01
TOTAIS	144.947,25	38.454,51	6.537,27

Infração 05

Quanto a essa infração observa que se o autuante refez o Conta Corrente do ICMS, cuja diferença já fora exigida na infração 2, por certo foram glosados os créditos utilizados indevidamente, constituindo, assim, a infração 5, uma exigência em duplicidade, e portanto, indevida.

Infração 06

Alega que em virtude da alta rotatividade dos produtos comercializados pelo estabelecimento, estaria dispensada a exigência do tributo, conforme § 1º do artigo 42 da Lei 7.014/96, pois as saídas foram submetidas ao regime normal de apuração, e seria passível apenas da multa de 60%.

Infração 09

Argumenta que o débito deste item está incluso na infração 04.

Ao final, requer a procedência parcial do Auto de Infração, sintetizando as infrações nos seguintes termos:

Infração 1 – reconhece o valor total de R\$ 134,35.

Infração 2 – reconhece o valor total de R\$ 7.972,11.

Infração 3 – contesta: valor incluso na infração 4.

Infração 4 - reconhece apenas o valor demonstrado de R\$ 32.066,81.

Infração 5 - contesta: valor incluso da infração 2.

Infração 6 – reconhece apenas a multa de 60% sobre o valor reclamado.

Infração 7 – reconhece o valor total da infração R\$ 196,00

Infração 8 – reconhece o valor total da infração R\$ 24,70

Infração 9 – contesta: valor incluso na infração 4.

Na informação fiscal às fls. 101 a 105, o autuante analisou cada infração, destacando as que foram reconhecidas pelo sujeito passivo, e prestou os esclarecimentos necessários sobre as infrações impugnadas.

Infração 03

Esclarece que se trata de omissão de saída caracterizada pela falta de registro de notas fiscais de entradas, cujos documentos foram capturados na fiscalização de mercadorias em trânsito (CFAMT), porém, por ocasião do encerramento da ação fiscal, deixou de juntar as referidas notas fiscais ao processo fiscal, em razão da necessidade de encerramento da Ordem de Serviço, providência que agora está sendo tomada, após a chegada do material solicitado.

Aduz que algumas notas fiscais não foram localizadas/enviadas pela GETRA - Gerência de Trânsito, tornando nesta oportunidade a retificação dos ANEXOS I e II, com as devidas exclusões. Assim, diz que as omissões de entradas/saídas para esta infração importam em R\$ 234.552,15, exercício de 2009 e R\$52.244,69, exercício 2010, com imposto calculado de R\$39.873,87 e R\$8.881,60 respectivamente, cujos demonstrativos devidamente retificados, considerando a proporcionalidade, os valores importam em R\$15.506,95 e R\$2.252,37.

Infração 04

Argumenta que inexistem provas de que referidas diferenças sejam decorrentes de vendas a prazo, com pagamento posterior através de cartão de crédito, como alega o defendente, cuja conclusão fiscal, diz que se valeu do comparativo dos valores registrados nos ECF's com os informados pelas respectivas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, conforme consta das planilhas específicas de fls. 27/33.

Infração 09

Frisa que o defendente em nada contesta o mérito da autuação, protestando apenas quanto à não aplicação da proporcionalidade pelo preposto do Fisco, uma vez que as operações de entradas e de saídas do estabelecimento englobam mercadorias tributáveis, isentas e tributadas por antecipação, pedindo pela análise das infrações acima conjuntamente, sob alegação de que o valor das entradas não registradas, objeto do lançamento da infração 03, seja confrontado com o total das saídas omitidas, a que se referem as infrações 04 e 09, para determinação da base de cálculo tributável, conforme estabelece o artigo 60, inciso I, § 1º do já citado RICMS/BA.

Quanto às infrações 03 e 04, o autuante diz que aceitou a argumentação do impugnante, por está em consonância com a legislação estadual. No entanto, com relação à infração 09, entende que o tipo de irregularidade ali apresentada não está arrolado em nenhuma das hipóteses a que se refere o § 3º do artigo 2º do RICMS/BA, e não se trata de presunção de omissão de saídas, uma vez que se trata de falta de registro de saída de mercadoria cujo cupom fiscal foi devidamente emitido através de ECF.

No que se refere à proporcionalidade questionada, salienta que a Instrução Normativa nº 56/2007, orienta no sentido de que as operações isentas e não tributadas e/ou tributadas por substituição tributária, no caso de omissões de saídas presumidas, sejam excluídas da base de cálculo, fato que reconhece não ter observado por ocasião da ação fiscal. Acatou o argumento defensivo, porém registra que os valores apresentados na peça defensiva (fls. 89/90) divergem parcialmente dos valores que apurou, haja vista o defendente haver considerado no seu levantamento valores não destinados à comercialização, como entradas para uso e consumo do estabelecimento, para o ativo permanente, retorno de vasilhames, dentre outros, conforme se constata pelos CFOP constantes das fls. 93/94 - cópias do resumo anual dos Registros de Apuração. Esclarece que embora em sua defesa o autuado tenha citado mercadorias com "antecipação parcial", estas não são objeto de exclusão, pois são tributadas normalmente nas saídas, com o creditamento do imposto recolhido por antecipação.

Assim, diz que está excluindo para efeito de cálculo da proporcionalidade, apenas as

mercadorias isentas, não tributadas e/ ou com substituição tributária total.

Desta forma, apresentou o cálculo da proporcionalidade das operações de entradas de mercadorias para comercialização, excluindo para efeito de cálculo da proporcionalidade, apenas as mercadorias isentas, não tributadas e/ ou com substituição tributária total, qual seja:

1. Exercício de 2009

Situação Tributária (Tipo de Mercadoria)	Valor	Partic. %
Entradas de Mercadorias Tributáveis	1.874.806,43	38,89
Entradas de Mercadorias Isentas	1.111.568,12	23,06
Entradas de Mercadorias Não Tributáveis/Substituição Tribut.	1.834.593,34	38,05
Total	4.820.967,89	100,00

2. Exercício 2010

Situação Tributária (Tipo de Mercadoria)	Valor	Partic. %
Entradas de Mercadorias Tributáveis	1.164.600,90	25,36
Entradas de Mercadorias Isentas	964.563,19	21,01
Entradas de Mercadorias Não Tributáveis/Substituição	2.462.530,44	53,63
Total	4.591.694,53	100,00

Diante de tais elementos acima apresentados, diz que a proporcionalidade das omissões de saídas de mercadorias tributáveis, passa a ser nos seguintes valores:

Infração 03 - 05.05.01 (Valores já retificados)

Mês/ano	Total Omissões	% Tributado	Omissão Propore.	Alíq.	Valor ICMS
Dez/2009	234.552,15	38,89	91.217,33	17,0	15.506,95
Dez/2010	52.244,69	25,36	13.249,25	17,0	2.252,37
Total					17.759,32

Infração 04 - 05.08.01

Mês/ano	Diferenças apuradas	% Tributado	Valor proporcional	ICMS devido
Janeiro/2009	44.826,33	38,89	17.432,96	2.963,60
Fevereiro/2009	51.959,39	38,89	20.207,01	3.435,19
Março/2009	53.815,30	38,89	20.928,77	3.557,89
Abril/2009	58.047,37	38,89	22.574,62	3.837,69
Mai/2009	32.031,90	38,89	12.457,20	2.117,72
Junho/2009	0,00		0,00	0,00
Julho/2009	16.064,77	38,89	6.247,59	1.062,09
Agosto/2009	31.441,10	38,89	12.227,44	2.078,66

Setembro/2009	0,00		0,00	0,00
Outubro/2009	34.116,18	38,89	13.267,78	2.255,52
Novembro/2009	49.900,70	38,89	19.406,38	3.299,08
Dezembro/2009	14.344,64	38,89	5.578,63	948,37
Soma parcial	386.547,68		150.373,21	25.555,81
Janeiro/2010	2.643,36	25,36	670,36	113,96
Fevereiro/2010	6.968,33	25,36	1.767,17	300,42
Março/2010	4.941,23	25,36	1.253,10	213,03
Abril/2010	6.702,80	25,36	1.699,83	288,97
Mai/2010	1.353,91	25,36	343,35	58,37
Junho/2010	13.487,95	25,36	3.420,54	581,49
Julho/2010	25.091,73	25,36	6.363,26	1.081,75
Agosto/2010	24.810,49	25,36	6.291,94	1.069,63
Setembro/2010	21.502,22	25,36	5.452,96	927,00
Outubro/2010	24.203,78	25,36	6.138,08	1.043,47
Novembro/2010	7.343,25	25,36	1.862,25	316,58
Dezembro/2010	5.898,20	25,36	1.495,78	254,28
Soma parcial	144.947,25		36.758,62	6.248,95
Total geral	531.494,93		187.131,83	31.804,76

Conclui este item dizendo que após o cálculo da proporcionalidade, na forma acima, a determinação da base de cálculo de conformidade com o artigo 60, I, § 1º, para as infrações 03 e 04, prevalece a infração 04, por constituir a diferença de maior expressão monetária, ficando excluída desse contexto a infração 09, pelos motivos já mencionados.

Infração 05

Sobre a alegação do autuado de que, se foi refeita a Conta Corrente do ICMS, a diferença apontada fora cobrada na infração 02, esclareceu que a Conta Corrente do imposto foi refeita com base apenas nos elementos escriturados no Livro Registro de Apuração do ICMS do estabelecimento, não contemplando lançamentos de documentos fiscais, pelo que se apurou a diferença objeto da infração 02. A documentação fiscal foi analisada em separado, apurando-se as divergências entre os documentos e os respectivos registros, nada tendo a ver, portanto, com a Conta Corrente.

Por conta disso, afirma que detectou que várias notas fiscais de mercadorias com o imposto pago por antecipação e/ ou substituição tributária (biscoitos, bebidas, medicamentos, cimento e outras mais), conforme consta das fls. 34/36, tiveram o crédito fiscal utilizado no livro Registro de Entradas, dando assim origem à cobrança imputada na infração 05.

Infração 06

Repete que a exigência fiscal se refere à diferenças de ICMS devido por Antecipação e/ ou

Substituição Tributária, nas aquisições de mercadorias sujeitas ao mencionado regime, nas aquisições provenientes de outras Unidades da Federação, e aduz que o impugnante invoca apenas o § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, sem contudo, comprovar que o imposto foi recolhido nas saídas de referidas mercadorias.

Conclui pela procedência parcial do auto de infração.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.240 a 241, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.101 a 105, sendo-lhe entregues cópias, inclusive de todas as cópias das notas fiscais, não tendo o mesmo se manifestado no prazo estipulado.

Constam às fls. 243 a 246, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$ 54.257,89 (VALOR HISTÓRICO).

VOTO

Na análise das peças processuais verifico que não existe lide a ser julgada em relação aos débitos nos valores de R\$134,55 (infração 01 – 01.02.01); R\$7.972,11 (infração 02 – 03.01.01); R\$ 196,00 (infração 07 – 06.01.01); e R\$24,70 (infração 08 – 06.02.01), haja vista que o autuado reconheceu como devidas tais infrações, inclusive já procedeu o recolhimento, conforme comprovam os extratos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, fls. 243 a 246. Diante, considero totalmente subsistentes tais itens do auto de infração.

Quanto às infrações 03, 04, 05, 06, e 09, na análise das peças processuais é possível concluir o seguinte.

Infração 03, 04 e 09

Na infração 03, a acusação fiscal concerne a omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, cujo débito foi apurado com base nas notas fiscais relacionadas às fls.18 a 21.

No item 04, a infração está relacionada com diferenças apuradas entre as infrações das administradoras de cartões de crédito/débito para os valores lançados no ECF e/ou notas fiscais, conforme demonstrativos às fls. 22 a 33.

Já a infração 09, diz respeito a saídas de mercadorias através do ECF, registradas a menor nos livros fiscais, conforme demonstrativo às fls.45 a 48.

Estes itens serão analisados conjuntamente, tendo em vista que o autuado não contestou os números, limitando-se a argüir que: a) eles têm conexão entre si, e que não foi observado o disposto no § 1º do artigo 60 do RICMS/97; b) que o estabelecimento comercializa com mercadorias isentas e submetidas ao regime de substituição tributária; c) no caso da infração 04 o valor apurado está incorreto, dado que o autuante, aplicou, indistintamente, a alíquota de 17% sobre as diferenças apresentadas, deixando de levar em conta que a maioria das saídas do período contempla mercadorias isentas, com substituição tributária e com antecipação parcial.

Quanto a proporcionalidade (itens b e c acima), o autuado apresentou no corpo da peça defensiva a demonstração dos respectivos percentuais, no que foi rechaçado pelo autuante, sob o argumento de que foram consideradas no cálculo operações não destinadas à comercialização.

Considerando que o autuante demonstrou na informação fiscal os respectivos percentuais das operações tributadas, isentas e submetidas ao regime de substituição tributária, e o autuado foi cientificado, conforme intimação e AR dos Correios às fls. 240 a 241, e não se manifestou no prazo estipulado, considerado seu silêncio como uma aceitação tácita da conclusão fiscal.

Assim, comungo com o autuante de que somente é devida a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, os itens 03 e 04, calculados com base em presunção fiscal, não se aplicando ao item 09, pois este se refere diferença de registro de operações do ECF

nos livros fiscais.

No que tange a alegação de que as infrações têm correlação entre si, verifico que somente as infrações 03 e 04, por terem sido apuradas com base em presunção legal, realmente devem ser considerados os valores da ocorrência ou diferença de maior valor monetário, por se configurar a presunção de que as demais nela estão estejam compreendidas, consoante dispõe o § 1º do artigo 60 do RICMS/97.

Passo agora a demonstrar os valores que devem ser mantidos, à luz do § 1º do artigo 60 do RICMS/97, tomando por base os valores apurados na informação fiscal, a saber:

Assim, os débitos das infrações em exame passam a ser os seguintes: infração 03 - 05.05.01 (R\$17.759,32); e infração 04 – 05.08.01 (R\$**31.804,76**), deduzidos os valores abaixo.

No caso da infração 03, após a aplicação da proporcionalidade o débito foi reduzido para os valores de R\$15.506,95 (31/12/2009) e R\$ 2.252,37 (31/12/2010), valores esses, que absorvem os valores apurados na infração 04, nos valores de R\$948,37 (31/12/2009) e R\$254,28 (31/12/2010).

Infração 05

Trata de apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS através de lançamento de notas fiscais referente a mercadorias adquiridas com imposto pago por antecipação tributária, conforme *AUDITORIA DE CRÉDITO INDEVIDO* às fls. 34 e 35.

Na defesa não foram contestados os números constantes no levantamento fiscal, porém, foi argüido que a exigência fiscal implica em duplicidade de valor, por entender que se na infração 02 foi refeita a conta corrente fiscal, as diferenças neste item já foram exigidas no citado item.

Não assiste razão ao defendente, uma vez que segundo o autuante a Conta Corrente do imposto foi refeita com base apenas nos elementos escriturados no Livro Registro de Apuração do ICMS do estabelecimento, não contemplando lançamentos de outros documentos fiscais, pelo que se apurou a diferença objeto da infração 02.

Além disso, foi esclarecido na informação fiscal que detectou que várias notas fiscais de mercadorias com o imposto pago por antecipação e/ ou substituição tributária (biscoitos, bebidas, medicamentos, cimento e outras mais), conforme constam relacionadas às fls. 34/36, tiveram o crédito fiscal utilizado no livro Registro de Entradas, dando assim origem à cobrança imputada neste item da autuação.

Mantenho este item, no valor de R\$6.098,39, pois o autuado, após cientificado, não mais contestou as informações acima, o que caracteriza uma aceitação tácita das mesmas.

Infração 06

Faz referência a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias, provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, conforme *LEVANTAMENTO FISCAL DE ANTECIPAÇÃO E/OU SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NAS ENTRADAS* às fls. 36 a 42.

Pelos termos da defesa, o sujeito passivo deixa a entender que deixou de recolher o tributo por antecipação nas entradas, porém pagou o ICMS por ocasião das saídas das mercadorias.

Tem razão o defendente quando invocou o 1º do artigo 42 da Lei 7.014/96, que prevê a aplicação da multa de 60% quando restar comprovado que o imposto não antecipado foi pago nas saídas.

Contudo, no caso, o autuado não apresentou qualquer prova neste sentido, razão porque mantenho o débito no valor de R\$2.467,98.

Infração 09

O débito deste item (R\$5.559,67) diz respeito a saídas de mercadorias através dos ECF's, registradas a menor nos livros próprios do estabelecimento, nos exercícios de 2009 e 2010, conforme demonstrativos constantes às fls. 45 a 48.

Não houve impugnação dos valores lançados, porém o autuado alegou que os valores estão contidos nas infrações 03 e 04.

Pelo que foi comentado nas citadas infrações, este item não foi apurado por presunção, mas, sim, através de levantamento fiscal dos cupons fiscais lançados a menor no Registro de Saídas. Infração mantida, por restar caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$70.814,63, conforme demonstrativos abaixo:

INFRAÇÕES	VALOR AUTUADO	VL.RECONHECIDO	VL. JULGADO
1	134,35	134,55	134,35
2	7.972,11	7.972,11	7.972,11
3	54.225,44		17.759,32
4	90.354,13	32.066,81	30.602,11
5	6.098,39		6.098,39
6	2.467,98		2.467,98
7	196,00	196,00	196,00
8	24,70	24,70	24,70
9	5.559,67		5.559,67
TOTAIS	167.032,77	40.394,17	70.814,63

DEMONSTRATIVO DO
DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/12/2009	9/1/2010	91.217,35	17	70	15.506,95	3
31/12/2010	9/1/2011	13.249,24	17	100	2.252,37	3
TOTAL					17.759,32	

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/01/2009	09/02/2009	17.432,94	17	70	2.963,60	4
28/02/2009	09/03/2009	20.207,00	17	70	3.435,19	4
31/03/2009	09/04/2009	20.928,76	17	70	3.557,89	4
30/04/2009	09/05/2009	22.574,65	17	70	3.837,69	4
31/05/2009	09/06/2009	12.457,18	17	70	2.117,72	4
31/07/2009	09/08/2009	6.247,59	17	70	1.062,09	4
31/08/2009	09/09/2009	12.227,41	17	70	2.078,66	4
31/10/2009	09/11/2009	13.267,76	17	70	2.255,52	4
30/11/2009	09/12/2009	19.406,35	17	70	3.299,08	4
31/12/2009	09/01/2010	-	17	70	-	4
31/01/2010	09/02/2010	670,35	17	70	113,96	4
28/02/2010	09/03/2010	1.767,18	17	70	300,42	4
31/3/2010	09/04/2010	1.253,12	17	100	213,03	4
30/04/2010	09/05/2010	1.699,82	17	100	288,97	4
31/5/2010	09/06/2010	343,35	17	100	58,37	4
30/06/2010	09/07/2010	3.420,53	17	100	581,49	4

31/7/2010	09/08/2010	6.363,24	17	100	1.081,75	4
31/08/2010	09/09/2010	6.291,94	17	100	1.069,63	4
30/9/2010	09/10/2010	5.452,94	17	100	927,00	4
31/10/2010	09/11/2010	6.138,06	17	100	1.043,47	4
30/11/2010	09/12/2010	1.862,24	17	100	316,58	4
31/12/2010	09/01/2011	-	17	100	-	4
TOTAL					30.602,11	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0004/11-9**, lavrado contra **TRI-STAR SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.814,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.893,53, 70% sobre R\$44.504,95 e de 100% sobre R\$9.416,15 previstas no artigo 42, II, “b”, “d” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Devendo ser homologado os valores recolhidos conforme comprovantes às fls. 243 a 246.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR