

A. I. Nº - 300449.0600/11-4
AUTUADO - CONLAR MAT. ELÉTRICO HIDRÁULICO E DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 24.05.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0100/02/12

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Fatos não contestados. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Infração caracterizada em decorrência da constatação de diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, sendo correta a exigência do imposto com base no valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração reconhecida. b) OMISSÃO DE SAÍDAS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor de maior expressão monetária, no caso, sobre as saídas omitidas. Fato não contestado. c) SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. FALTA DE RETENÇÃO NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. Fato não contestado. 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). Elidida em parte a infração. 6.

DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Nas aquisições interestaduais de destinados ao ativo fixo, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Fato não contestado. 8. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovado o recolhimento do débito sobre parte das notas fiscais objeto da autuação. 9. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. a) NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. a1. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 10%. a2. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 1%. Descaracterizada em parte as infrações. b) DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA. Fato não contestado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2008, reclama ICMS e MULTA no valor de R\$40.777,12, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$ 726,29, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro, abril a junho, agosto a outubro de 2006, fevereiro e março de 2007, conforme demonstrativos às fls.16 a 18.
2. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$4.849,31, em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, no período de fevereiro de 2006 a dezembro de 2007, conforme demonstrativos às fls.20 a 53.
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$2.187,76, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos exercícios de 2006 e 2007, conforme demonstrativos às fls.55 a 58.
4. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$461,55, 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 agosto de 2006, março a abril, outubro e dezembro de 2007, conforme demonstrativo à fl.60.
5. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.465,94, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechados (2006 e 2007), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativos às fls.62 a 65.
6. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$581,43, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício, apurado mediante

levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2006), conforme demonstrativos às fls.67 a 68.

7. Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS no valor R\$38,31, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2006), conforme demonstrativos às fls.70 a 94.
8. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$16.606,87, 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 meses de março, abril, agosto e dezembro de 2006, janeiro, maio a setembro de 2007, conforme demonstrativos às fls.96 a 101.
9. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), referente ao exercício de 2006, conforme documentos às fls. 103 a 112. Multa no valor de R\$ 140,00.
10. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$82,50, no mês de fevereiro de 2006, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativo à fl.114.
11. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$1.571,23, 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 agosto e novembro de 2006, janeiro, outubro e novembro de 2007, conforme demonstrativo à fl.116.
12. Falta de recolhimento do ICMS – antecipação parcial, no total de R\$5.837,15, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, correspondentes aos meses de junho, julho e outubro de 2006, maio, julho, setembro e outubro de 2007, conforme demonstrativos às fls.118 a 119.
13. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a outubro de 2006, maio, julho, setembro a novembro de 2007, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$6.123,36, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo às fls.121 a 122.
14. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto e novembro de 2006, janeiro, outubro e novembro de 2007, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$105,42, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo à fl.124.

O autuado, por seu representante legal, apresenta impugnação às fls. 154 a 161, onde, preliminarmente, alegando que o lançamento contém vícios insanáveis, requer a declaração de nulidade das infrações 04, 11, 12, 13 e 14, por cerceamento ao direito de defesa, com fulcro no artigo art. 18, incisos II e IV, “a”, combinado com o artigo 39, inciso I, todos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – aprovado pelo Decreto 7.629/99.

Aduz que as infrações 04 e 11, foram identificadas pelo mesmo código, ou sequência de números, 07.01.01 para ambas, e que lhe foram entregues no momento da ciência do auto de infração, duas planilhas (fls.163 a 164) com a mesma identificação, impedindo conhecer qual delas se refere à infração 04 e/ou 11.

Ainda em relação a uma dessas planilhas (07.01.01), diz que o erro anterior se agrava por alcançar outra infração, a de nº. 14 – planilha 16.01.02, tendo como base os códigos, inclusive alerta que as

mesmas notas fiscais compõem essas duas planilhas, notas fiscais de nº. 11.505, 7.913, 14.156, 29.557 e 838.409.

Quanto a tipificação das infrações 04, 11 e 14, alega a existência de outro vício insanável, qual seja, que as mesmas notas fiscais que integram uma das planilhas 07.01.01, referente a notas fiscais de mercadorias consideradas tributáveis foram computadas na infração 14, relativa a mercadoria(s) **não tributáveis**. Ou seja, que as mesmas notas fiscais 11.505, 7.913, 14.156, 29.557 e 838.409, foram consideradas em dado momento como sujeita a tributação e em outro como sendo não tributável e, nas duas situações em momento idêntico – ENTRADA NO ESTABELECIMENTO.

Em relação às infrações 12 e 13, alega que nas planilhas 07.15.01 (infração 12) e 16.01.01 (infração 13), percebe-se uma nítida nulidade, tendo em vista que o mesmo fato gerador – ENTRADAS DE MERCADORIAS, sofreu bitributação, ou seja, a fiscalização exigiu o pagamento de tributo pela entrada das mesmas mercadorias em dois momentos, na medida em que, as planilhas 07.15.01 e 16.01.01 são compostas exatamente pelas mesmas notas fiscais - nº. 247.955, 247.956, 2.135, 178.357, 62.652, 382, 277.544, 3.790, 6.816, 76.114 e 236.077.

Argumenta que esta situação, além de caracterizar flagrante ilegalidade – BITRIBUTAÇÃO, ainda impõe relevantes óbices aos direitos de ampla defesa e do contraditório, pois o autuado fica sem ter a necessária noção do que está sendo acusado. Salienta que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99, rege-se por princípios que rejeitam expressamente, entre outros, estas duas ilegalidades, segundo disposição contida no seu art. 2º, princípios da legalidade objetiva e da garantia de ampla defesa.

No mérito, quanto às infrações 11, 12, 13 e 14, argui que segundo descrições contidas no auto de infração e nas planilhas, as mesmas correspondem à entradas de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, com base em informações obtidas por meio do sistema CFAMT da SEFAZ, e que a exigência fiscal por se tratar de presunção de que as mercadorias relacionadas em determinadas notas fiscais teriam como destinatário o autuado, admite-se, por previsão legal, prova em contrário.

Registra que existe relativa quantidade de notas fiscais descritas nas planilhas, que apesar de constar no campo do destinatário o estabelecimento autuado, as mercadorias foram destinadas e recebidas pelo estabelecimento filial, inscrito na Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, sob nº. 55.903.521, conforme cópias do livro Registro de Entradas deste estabelecimento e nas cópias das cartas de correção (fls.166 a 192) das seguintes notas fiscais: 14156 (infração 14), 178357 (infrações 12 e 13), 62652 (infrações 12 e 13), 11505 (infração 14), 613 (infração 13), 7913 (infração 14), 247955 (infrações 12 e 13) e 247956 (infrações 12 e 13).

Além disso, diz que ocorreram devoluções e/ou recusa de recebimento de algumas mercadorias, em decorrência, na maioria das vezes, de estarem em desacordo com o pedido, conforme documentos anexados (fl.194 a 204), a saber:

1. cópia da Nota Fiscal nº 279680, emitida em devolução da Nota Fiscal nº 277544 (infrações 12 e 13) e cópia de mensagem enviada por meio de sistema de “correio eletrônico”, por preposto (Sr^a. Elaine Rocha) da empresa Dancor S/A Ind.Mecânica;
2. cópia da Nota Fiscal nº 76114 (infração 13), onde consta em seu verso anotação de recusa de recebimento, acompanhada de “mensagens eletrônicas” enviadas pelo Sr. Cesar Luis, representante do departamento fiscal da empresa Elétrica Danúbio Ind. e Com. De Mat. Elétricos Ltda., e por representante da transportadora Daniella Transportes, além da competente nota fiscal emitida no recebimento do retorno (NF 77021);
3. cópia de “mensagem eletrônica” enviada pela Sr^a. Jéssica Borges Ribeiro, Assistente de Cobrança da Intral Reatores e Luminárias, confirmando a devolução total das mercadorias correspondentes à Nota Fiscal nº. 29557 (infração 14).

Ainda em relação a estas infrações (11, 12, 13 e 14), esclarece que identificou situações em que também ocorreram a recusa do recebimento de mercadorias, contudo, diz que apesar de solicitado ao remetente, mesmo procedimento adotado nos casos imediatamente acima descritos, ACÓRDÃO JJF Nº 0100-02/12

não recebeu as confirmações a tempo de fazer juntada a esta defesa.

Por esse motivo, pede a dilação de prazo probatório, com base no disposto no inc. I, & 5º, do art. 123, para que tão logo obtenha resposta requeira a juntada ao processo, em relação às notas fiscais de nº. 699896, 710042, 727476, 15692 e 6816 (fls.206 a 210).

Frisa que é comum a compra de mercadorias utilizando de dados de terceiros, e apresenta cópias de comunicados feitos à Secretaria da Fazenda, levando conhecimento que estava sendo vítima de fraude, relação de todas as transportadores que utilizada, e cópias de boletins de ocorrência policial e de termo de declarações (fls.212 a 239).

Assim, diz que as infrações imputadas em relação às notas fiscais de nº. 2135 (infração 13), 3790 (infrações 12 e 13) e 382 (infrações 12 e 13), dizem respeito a exatamente a essa fraude.

Para confirmar o alegado, requer a realização de diligência, com fundamento no art. 145 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, com a finalidade, de o próprio fisco estadual efetuar as verificações necessárias, possibilitando confirmar a veracidade ou não do alegado.

Infração 3 – 01.02.05

Justifica que as mercadorias descritas no levantamento fiscal não sofreram antecipação tributária, pois não se encontravam na época das operações (2006 e 2007), enquadradas no regime de substituição tributária. Observa que as mercadorias em questão (material de construção), somente foram incluídas nesse regime de tributação no ano de 2010, pelo Decreto 12.470/2010, que acrescentou o item 40 ao inc. II, do art. 353, conforme se verifica no texto deste artigo e no Anexo ao Regulamento do ICMS, cópias anexas (fls.241 a 244).

Para demonstrar sua alegação, elaborou o quadro abaixo contendo as notas fiscais nº 10082; 189748; 208798; 207136; 1210; 5920; e 5492, e as respectivas mercadorias. Quanto às demais notas fiscais constantes no levantamento fiscal, diz que não foram juntadas tendo em vista ter ocorrido um incêndio, no dia 04/03/2001, incinerando totalmente vários documentos fiscais e contábeis e, deixando outros ilegíveis, fato que suscitou comunicação à Secretaria da Fazenda, acompanhada de certidão do corpo de bombeiros e de laudo pericial emitido pela 6ª Coordenação de Polícia de Itabuna (fls.256 a 261).

Infração 08 – 05.08.01

Comenta sobre princípio da legalidade, argüindo que esta infração foi apurada com base na presunção prevista no § 3º do artigo 2º do RICMS/97, o qual prevê expressamente a possibilidade de se demonstrar ser indevida a exigência fiscal.

Aduz que a imposição aplicada no auto de infração, apesar da elevada complexidade, dada a enorme quantidade de lançamentos, após exaustivo esforço, dificuldade ainda maior pela exigüidade de tempo, haja vista que se não bastasse apenas a complexidade deste tema, ainda temos no processo outras treze supostas infrações, a título exemplificativo, com o intuito de comprovar a improcedência da presunção, apontou as seguintes situações desconsideradas pelo Auditor Fiscal:

- 1- Inclusão na planilha “DADOS DAS REDUÇÕES Z (MEIO DE PAGAMENTO CARTÃO)” de valor inferior ao efetivamente registrado através de emissão de cupom fiscal, conforme se verifica no somatório entre as vendas de cartão de crédito e de débito, valores destacados nas cópias de fitas de redução “z”, nos campos “forma de pagamento”, resultando, portanto, na transcrição incorreta para “PLANILHA COMPARATIVA DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO” (fls.263 a 266);

DATA	VALORES VIDE	REGISTRADOS ECFREDUÇÃO “Z” DOC 01			VALOR LANÇADO NA PLANILHA PELO AUDITOR E NA APURAÇÃO
		C. CRÉDITO	DÉBITO EM CONTA	TOTAL	
05/02/07	R\$ 255,00		R\$ 4.956,11	R\$ 5.181,11	R\$ 4.956,11

05/03/07	R\$ 156,31	R\$ 4738,80	R\$ 4.895,11	R\$ 4.738,8
05/04/07	R\$ 838,61	R\$ 8796,94	R\$ 9.635,55	R\$ 8.796,94
16/05/07	R\$ 222,50	R\$ 7.728,79	R\$ 7.951,29	R\$ 7.728,79
11/08/07	R\$ 232,68	R\$ 10.467,04	R\$ 10.699,72	R\$ 10.467,04

- 2- foi desconsiderada na planilha “DADOS DAS REDUÇÕES Z (MEIO DE PAGAMENTO CARTÃO)” a TOTALIDADE de valores registrados por meio de cartão de crédito e cartão de débito, conforme se verifica na cópia de fita de REDUÇÃO “Z”, datada de 29/06/07(fls.268 a 295), onde consta um registro de total de vendas por cartão de crédito no valor de R\$ 11.763,94, valor totalmente desconsiderado na planilha elaborada pelo autuante - “DADOS DAS REDUÇÕES Z (MEIO DE PAGAMENTO CARTÃO)”, consequentemente, acarretando em valor incorreto transcrita para a “PLANILHA COMPARATIVA DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO”.
- 3- na relação analítica (cada venda informada pela operadora), constatou que existem vendas realizadas pela filial que foram feitos os pagamentos, através de cartão de crédito e/ou débito, no estabelecimento matriz. Neste caso, frisa que como a venda foi realizada em determinado estabelecimento e o pagamento em outro, ocorre uma divergência entre os valores informados pelas operadoras de cartões de crédito/débito e os totais registrados em ECF.

Além disso, alega que no confronto das cópias de cupom fiscal e com as cópias dos pagamentos por cartão, chamados “orpag”, não houve omissão de registro de vendas, consequentemente omissão de saídas tributáveis, havendo perfeita correlação entre os documentos, como data e valores. Sustenta que a identificação de todas as operações em que essas situações ocorreram, requer uma análise detalhada de uma enorme quantidade de documentos, que consiste na comparação entre cada operação apontada pelas operadoras de cartões de crédito/débito e o correspondente cupom fiscal emitido. Por conta disso, aduzindo a impossibilidade de efetuar a completa verificação de cada operação, no prazo de apresentação de defesa, em respeito ao princípio da verdade material, requer a realização de diligência, nos termos do art. 145, do RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99, de modo a lhe possibilitar, dentro de prazo de tempo razoável, a efetiva identificação de todas essas operações. Frisa que caso esse Conselho entenda mais adequado, em substituição à diligência, requer a dilação de prazo, conforme disposto no inc. I, § 5º, do art. 123, do Diploma Regulamentar acima mencionado, para juntada dos demais documentos, em complemento aos que seguem anexos a esta defesa.

Argumenta que as saídas das mercadorias ocorreram no estabelecimento filial, apenas o recebimento com cartão foi na matriz. Assim, entende que não houve prejuízo algum à Fazenda Pública Estadual, nem se quer da União, já que os tributos federais incidem pelo faturamento da empresa, que é formado pelo somatório dos faturamentos da matriz e filial(is).

Ao final, reconhece o débito relativo às infrações 01, 02, 05, 06, 07, 09 e 10; requer o deferimento da diligência solicitada de dilação de prazo para juntada dos documentos referidos acima; e a declaração de nulidade da atuação em relação às infrações 04, 11, 12, 13 e 14 e/ou o julgamento pela improcedência do auto.

Na informação fiscal às fls.299 a 307, o autuante rebateu a preliminar de nulidade das infrações 04, 11, 12, 13 e 14, esclarecendo que todas as planilhas e demonstrativos foram anexados ao PAF em ordem seqüencial, quais sejam: infração 04, fls. 59/60; infração 11, fls. 115/116, inclusive foi mencionado no PAF que esta infração dizia respeito a notas fiscais detectadas no CFAMT (fls. 05).

Quanto a alegação defensiva de que há notas fiscais idênticas relacionadas nas planilhas da infração 14 e da 11, o preposto fiscal diz que se tratam de infrações diferentes, embora relacionadas às mesmas notas fiscais e por essa razão foram elaboradas planilhas diferentes; enquanto a infração 14 refere-se ao não registro das notas fiscais no livro Registro de Entradas, a

infração 11 cobra o imposto antecipado das mesmas notas fiscais. Para demonstrar a infração 14 foi anexada a planilha de fls. 123/124. E, para facilitar a localização das infrações nas diversas planilhas elaboradas, antes de cada planilha foi colocada uma identificação.

No caso da infração 04, afirma que as notas fiscais são diferentes das notas fiscais relativas à infração 11.

Explica que as notas idênticas são as das infrações 11 e 14, todas relativas à antecipação tributária; na primeira foi cobrado o imposto antecipado e na última a multa de 1% pelo não registro das notas fiscais no livro Registro de Entradas.

Igualmente, que o mesmo acontece com relação às infrações 12 e 13, pois enquanto a primeira diz respeito à antecipação parcial, a outra cobra a multa de 10% pelo não registro no livro Registro de Entradas, embora as notas fiscais listadas nas planilhas sejam as mesmas.

Assim, sustenta que não há bitributação em nenhuma das hipóteses questionadas pelo autuado, não há ilegalidade, nem houve cerceamento de defesa, porque todas as informações necessárias à compreensão das infrações encontram-se no PAF.

Infrações 11, 12, 13 e 14.

Considerou descabido o argumento de que algumas notas fiscais destinadas ao estabelecimento autuado foram recebidas pelo estabelecimento filial, com exceção da hipótese da carta corretiva, por entender que este procedimento é contrário ao RICMS.

Quanto às devoluções, recusas de recebimento e correções, argumenta que estas precisam ser provadas com documento fiscal idôneo. Considerou sem nenhum valor pedido de correção sem a correção. E quanto ao pedido de dilação de prazo probatório não faz qualquer sentido.

No que tange à alegação de fraude, para a qual juntou documentos, não há como atestar a veracidade da alegação, visto que os emitentes das notas fiscais não são fornecedores habituais como também que não efetua aquisições junto a esses fornecedores, o que descabe o pedido de diligência fiscal para esse fim.

Infração 03

Esclarece que os produtos relacionados a esta infração são, todos eles, relativos à antecipação tributária. Salienta que segundo o RICMS, tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, aguarrás, secantes, catalisadores, corantes e demais produtos relacionados no item 16 do inciso II do art. 353 enquadram-se no regime de substituição tributária. Desta forma, sustenta que todos os produtos relacionados à infração 01.02.05 e listados nas planilhas de fls. 54/58 tem função impermeabilizante, secante, vedante ou polidora. Ressalta que consultando as especificações de cada um dos produtos nas páginas de internet dos fabricantes constatou que os mesmos realmente enquadram-se no regime de substituição tributária, porque exercem uma das funções indicadas na legislação, senão vejamos:

Código	Descrição do produto	Função
120874	GB MASSA PLASTICA BRANCA IBERE 400GR	MASSA DE POLIR
120380	GB MASSA PLASTICA CINZA IBERE 400GR	MASSA DE POLIR
290041	PULVITEC SILICONE VEDANTE 050G	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
290046	PULVITEC SILICONE VEDANTE POL YSTEC 280G	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
452981	QUARTZOLIT ARGA.CIMENT,CZ.INT.AC1 20K	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
620022	QUARTZOLIT ARGAMASSA REJUNT BEGE 5kg	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270005	SIKA TOP 100 18KG	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270006	SIKA TOP 10718KG	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270102	SIKA TOP FLEX 18KG	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270052	VEDACIT 18KG B.P	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270050	VEDACIT1KG	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270051	VEDACIT 3,6KG	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE

270099	VEDACIT ARGAMASSA OBE EXT,AC-215KG	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270098	VEDACIT ARGAMASSAOBE INT.AC-115KG	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270087	VEDACIT RAPIDISSIMO BD 20KG CL.RISCO 8	IM PERMEABILIZANTE/VEDANTE
270089	VEDACIT RAPIDISSIMO GL 4KG	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270088	VEDACIT RAPIDISSIMO PT 1.4KG	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270074	VEDACIT VEDAJA (AtB)18KG B.P.	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270090	VEDACIT VEDAJA (AtB)18KG CX.	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270073	VEDACIT VEDAJA (AtB)4KG	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270097	VEDACIT VEDALIT 18kg	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE
270096	VEDACIT VEDALIT 3,6kg	IMPERMEABILIZANTE/VEDANTE

Destaca que, nesse sentido, a DITRI emitiu parecer sobre o assunto, concluindo que nem sempre o NCM indicado pelo fabricante é o correto, *verbis*:

"ICMS. Substituição Tributária. Tratamento tributário aplicado ao produto "Argamassa" NCM 3815 que se encontra enquadrado na substituição tributária disposta no art. 353, 11, 16.8 do RICMS-BA.

A consulente, contribuinte inscrito na condição de Microempresa optante pelo Simples Nacional, exercendo preponderantemente a atividade econômica de Comércio varejista de materiais de construção em geral, formula consulta a esta Diretoria de Tributação, através da Internet, em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Visando dirimir algumas dúvidas em relação ao Parecer/GECOT nº 1551/2009, formula a seguinte pergunta:

- Gostaria de saber como a minha empresa irá proceder, já que a indústria não irá fazer a retenção do imposto e eu devo classificar a mercadoria sob o regime de substituição tributária? A cargo de quem fica o recolhimento dessa antecipação já que as indústrias estão localizadas neste Estado?

RESPOSTA:

Para que uma mercadoria se encontre enquadrada no regime de substituição tributária deverá ter sua classificação fiscal (código NCM) citada na norma regulamentar cumulativamente com sua descrição.

Como foi observado no Parecer/GECOT nº 1313/2009 e posteriormente confirmado mediante Parecer/GECOT nº 1551/2009, a Consulente adquire de indústria localizadas no Estado da Bahia, o produto "argamassa" com a classificação fiscal - NCM 3214.90.00 com tributação normal.

Após análise no sistema TEC - Tarifa Externa Comum, esta GECOT constatou que na posição da NCM 3214 não consta o produto "argamassa", entendendo que as indústrias poderiam estar cometendo um equívoco, concluindo que se o produto comercializado for "argamassa" deverá estar na classificação 3824 e, portanto sujeito ao regime de substituição tributária por antecipação, e, sendo massa para acabamento sob a posição 3214, também sujeita ao mesmo tratamento tributário.

No Parecer 1551/2009 que ratificou o entendimento manifestado no Parecer 1313/2009, foi salientado que caberia à empresa que estava utilizando o código da NCM 3214 comprovar a sua legalidade.

Feitas essas observações preliminares, informamos que, caso as

indústrias não tenham justificado legalmente o seu procedimento, cabe à Consulente recolher o imposto devido por Substituição Tributária. Ressaltamos, por fim, que dentro de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta à consulta, a Consulente deverá acatar o entendimento estabelecido na mesma, ajustando-se à orientação recebida, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas.

É o parecer.

Parecerista: SONIA MARIA AFONSO LIMA SILVA

GECOT/Gerente: 30/01/2009 - ELIETE TELES

DE JESUS SOUZA

DITRI/Diretor: 30/01/2009 - JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA"

Infração 08

Explica que, na apuração do débito, foram levadas em conta as operações lançadas como "vendas com cartão de crédito" e "vendas com cartão de débito", lançando-se os valores constantes das leituras Z em formulário específico fornecido pela SEFAZ, que são confrontados com os valores fornecidos pelas administradoras.

Salienta que a hipótese de ter deixado de digitar algum valor em determinado dia objeto de lançamento não descharacteriza a infração. Observa que o próprio autuado no demonstrativo de fls. 159/160, lista 5 lançamentos que não foram considerados no levantamento fiscal o valor das vendas com cartão de crédito, porém, houve erro na indicação dos valores (R\$7.738,80 x R\$4.738,80). Assim, com relação a esses cinco lançamentos, concordou que errou ao não digitar os valores das vendas com cartão de crédito. O mesmo ocorreu com o valor da venda com cartão de crédito do dia 29/06/2007.

O autuante também não acolheu a alegação de que algumas vendas foram lançadas nos registros do estabelecimento filial.

Quanto ao pedido do autuado para a realização de diligência, frisa que isto significaria transferir ao Estado uma atribuição contábil/fiscal que compete ao próprio autuado. Assevera que caberia ao autuado provar em quais operações houve erro de lançamento, como fez com aqueles seis lançamentos acima, com cujo erro concordou o autuante. O autuante não concorda com o pedido de diligência ou dilação de prazo solicitados.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração, com a dedução apenas do valor correspondente às seis vendas com cartão de crédito erroneamente não lançadas na infração 08.

Constam às fls. 309 a 317, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de "Detalhes de Pagamento PAF", referente ao pagamento das parcelas reconhecidas, no total de R\$5.658,10.

Considerando que:

- a) o autuado alegou que houve erro nos valores da Redução Z consignados na planilha fiscal nos dias 05/02/07; 05/03/07; 05/04/07/ 16/05/07/ e 11/08/07, bem como, que foi desconsiderada a totalidade dos valores registrados como cartão de crédito/débito no dia 29/06/07;
- b) a informação fiscal não foi prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, conforme determina o § 6º do artigo 127 do RPAF/99, visto que concordou com a defesa nesse sentido, porém, não corrigiu o levantamento fiscal e o demonstrativo do débito;
- c) não consta no processo comprovante de entrega dos "Relatório Diário por Operações – TEF" (Transferência Eletrônica de Fundos) fornecidos pelas Administradoras de Cartão de crédito;
- d) a alegação defensiva de que parte das vendas com cartão de crédito/débito foram realizadas por suas filiais.

Na Pauta Suplementar do dia 24/11/2011, o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem, para que o autuante adotasse as seguintes providências:

- a) Entregasse, mediante recibo, os Relatórios TEF Operações fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito, e intime o autuado, concedendo prazo razoável, para apresentar demonstrativo acompanhado das respectivas provas, correlacionando as vendas realizadas no modo de pagamento cartão de crédito/débito pelo estabelecimento autuado e pela filial, com as informações constantes no Relatório TEF por Operações.
- b) Após o atendimento por parte do autuado, refizesse a planilha às fls. 96 a 101, inclusive considerando os equívocos apontados às fls. 159/160 e acolhidos na informação fiscal.
- c) Elaborasse o demonstrativo de débito resultante das modificações efetuadas por força do item anterior.

O autuante informa à fl. 322 que entregou ao autuado cópia do Relatório Diário por Operações TEF do período fiscalizado (2006 e 2007), conforme recibo à fl. 324, intimando-o a apresentar o demonstrativo acompanhado das respectivas provas, correlacionando as vendas realizadas no modo de pagamento cartão de crédito/débito pelo estabelecimento autuado e pela filial, com as informações constantes no Relatório TEF por Operações (fl.323), reabrindo o prazo de defesa por 30 (trinta) dias.

Após essas providências, o autuante presta informação às fls.327 e 328, aduzindo repete que, mediante intimação, reabriu o prazo de defesa, nos termos solicitado pelo órgão julgador, e que expirado o prazo de trinta dias não foi apresentada nova defesa nem o demonstrativo solicitado pelo CONSEF.

Acostou ao processo, fls.329 a 1.258, cópias do Relatório Diário por Operações TEF, dos anos de 2006 e 2007.

VOTO

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante às fls. 16 a 149.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, de esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas ao autuado, e permitiram ao sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Quanto as preliminares de nulidade argüidas na peça defensiva de que o lançamento das infrações 04, 11, 12, 13 e 14 contém vícios insanáveis, por cerceamento ao direito de defesa, com base no artigo 18, incisos II e IV, “a”, combinado com o artigo 39, inciso I, todos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – aprovado pelo Decreto 7.629/99, por entender que foi utilizado o mesmo código das mercadorias e repetição das mesmas notas fiscais nos levantamentos fiscais, gerando bitributação, verifico que o fundamento de tais preliminares se confundem com o mérito da acusações fiscais, razão porque serão analisadas conjuntamente.

Portanto, o fato de o levantamento fiscal dos itens acima ter sido elaborado utilizando os mesmos documentos fiscais, não é motivo para nulidade do lançamento, por se tratar de imputações diversas, e isto não causou qualquer prejuízo à defesa, inclusive o defendente tanto entendeu as infrações, que delas se defendeu, cujas questões, deixo para apreciar por ocasião do exame do mérito.

No mérito, o Auto de Infração acusa o cometimento de 14 (quatorze) infrações, sendo que, o sujeito passivo na peça defensiva reconheceu e recolheu o débito no valor de R\$7.883,78, referente aos itens 01, 02, 05, 06, 07, 09 e 10, conforme comprova o extrato do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária às fls. 309 a 317.

Isto posto, passo agora a analisar as infrações impugnadas.

Infração 03

Trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos exercícios de 2006 e 2007.

Conforme consta nos demonstrativos às fls.55 a 58, os produtos descritos nas notas fiscais que foram apropriados os créditos fiscais são “Vedacit, Sika, Argamassa, Massa Plástica, e Silicone Vedante”.

O sujeito passivo sustenta que utilizou os créditos fiscais, pois as mercadorias descritas no levantamento fiscal não sofreram antecipação tributária, pois não se encontravam na época das operações (2006 e 2007), enquadradas no regime de substituição tributária.

Portanto, a questão deve ser dirimida levando-se em consideração se tais produtos no período de 2006 e 2006 se encontravam no regime de substituição tributária.

De acordo com o RICMS, os produtos acima citados estão enquadrados no regime de substituição tributária, tendo em vista que se enquadram como tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, aguarrás, secantes, catalisadores, corantes e demais produtos relacionados no item 16 do inciso II do art. 353.

Reza o artigo 353, II, “16”, do RICMS/97, *in verbis*:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

...

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

16 - tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, essências de terebintina, secantes, catalisadores, corantes e demais mercadorias da indústria química a seguir especificadas, obedecida a respectiva codificação segundo a NCM (Conv. ICMS 74/94):

16.1 - tintas, vernizes e outros - 3208, 3209 e 3210;

16.2 - preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros - 2707, 2710 (exceto posição - 2710.11.30), 2901, 2902, 3805, 3807, 3810 e 3814;

16.3 - massas, pastas, ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação - 3404, 3405.20, 3405.30, 3405.90, 3905, 3907, 3910;

16.4 - xadrez e pós assemelhados - 2821, 3204.17 e 3206 (exceto pigmentos à base de dióxido de titânio classificados no código NCM/SH 3206.11.19.);

16.5 - piche (pez) - 2706.00.00, 2715.00.00;

16.6 - produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos - 2707, 2713, 2714, 2715.00.00, 3214, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807;

16.7 - secantes preparados - 3211.00.00;

16.8 - preparações iniciadoras ou aceleradoras de reação, preparações catalíticas, aglutinantes, aditivos, agentes de cura para aplicação em tintas, vernizes, bases, cimentos, concretos, rebocos e argamassas - 3815, 3824;

16.9 - indutos, mástiques, massas para acabamento, pintura ou vedação - 3214, 3506, 3909, 3910;

16.10 - corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes - 3204, 3205.00.00, 3206, 3212.

Desta forma, todos os produtos em questão (Vedacit, Sika, Argamassa, Massa Plástica, e Silicone Vedante) têm função impermeabilizante, secante, vedante ou polidora, como se verifica

as especificações de cada um dos produtos, e portanto, exercem uma das funções indicadas na legislação, aplicando-se ao caso o disposto no Convênio ICMS 74/94 e 28/95, e no artigo 11 da Lei nº 7.014/96.

Mantida a infração.

Infração 04 e 11

Diante da alegação defensiva, estes itens serão analisados conjuntamente, uma vez que foram descritos no Auto de Infração como “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/ou do exterior relacionadas no Anexo 88 e 89 do RICMS/97.

Verifico que realmente ambas as infrações foram codificadas no auto de infração sob o código 07.01.01. A infração 04 está fundamentada no levantamento à fl. 60, cujas notas fiscais objeto da autuação são as de nº 197007; 212249; 213422; 213652; 6172 e 10259, relativas a aquisição de silicone vedante. Já a infração 11, está baseada no levantamento à fl.116, e as notas fiscais indicadas são as de nº 11505; 7913; 14156; 29557; 838409, e se referem a aquisição de pisos e material elétrico.

Logo, os itens acima não se confundem entre si, pois, apesar da mesma acusação fiscal, foram apurados através de produtos específicos, e não poderiam ter outra descrição da infração, fato que não causou qualquer prejuízo a ampla defesa e ao contraditório, inclusive no caso da infração 11, consta na descrição do fato à fl.05 que as notas fiscais foram obtidas junto ao CFAMT da SEFAZ.

Assim, não acolho a preliminar de nulidade a pretexto de cerceamento de defesa, visto que através do respectivo levantamento fiscal é perfeitamente possível saber a origem de cada item, não encontrando a argüição do autuado amparo no artigo 39 combinado com o artigo art. 18, incisos II e IV, “a”, que inquere em nulidade o lançamento de tais itens.

Quanto a alegação de que as notas fiscais de nº. 11.505, 7.913, 14.156, 29.557 e 838.409, também compõem a infração 14 e foram consideradas como não tributáveis, não modifica o lançamento das infrações 04 e 11, visto que a dita infração diz respeito a falta de escrituração das notas fiscais no Registro de Entradas, e são consideradas como mercadorias com fase de tributação encerrada pelo regime de substituição de tributária, para fins de aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória.

No mérito, não há dúvidas que as mercadorias objeto da autuação estão enquadradas no regime de substituição tributária, razão porque, mantenho o lançamento tributário do item 04.

Infração 08

O fato que ensejou o lançamento deste item, diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas por instituição financeira e administradora de Cartões de Crédito/Débito.

O débito da infração encontra-se devidamente especificado nas planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito” (docs.98 e 101), nas quais, foram considerados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito e de débito informados pelas administradoras, os valores mensais das vendas líquidas extraídas da Redução Z; as vendas apuradas em notas fiscais, diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; e finalmente, o ICMS devido.

Verifico que o autuante indicou o índice de proporcionalidade de 0,71533117 e 0,75795383, para os anos de 2006 e 2007, respectivamente, a aplicou sobre a diferença encontrada para determinação da base de cálculo, cumprindo, assim as disposições contidas na Instrução Normativa nº 56/2007.

A autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de

obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Visando elidir a presunção prevista no § 3º do artigo 2º do RICMS/97, o autuado alegou que o autuado alegou que houve erro nos valores da Redução Z consignados na planilha fiscal nos dias 05/02/07; 05/03/07; 05/04/07/ 16/05/07/ e 11/08/07, bem como, que foi desconsiderada a totalidade dos valores registrados como cartão de crédito/débito no dia 29/06/07; e que parte das vendas com cartão de crédito/débito foram realizadas por suas filiais.

Além disso, na fase de instrução verifiquei que a informação fiscal não foi prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, conforme determina o § 6º do artigo 127 do RPAF/99, visto que concordou com os equívocos apontados na defesa, porém, não corrigiu o levantamento fiscal e o demonstrativo do débito; bem como, que não constava no processo comprovante de entrega dos “Relatório Diário por Operações – TEF” (Transferência Eletrônica de Fundos) fornecidos pelas Administradoras de Cartão de crédito.

Diante disso, na Pauta Suplementar do dia 24/11/2011, o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem, para que o autuante adotasse as seguintes providências:

- a) Entregasse, mediante recibo, os Relatórios TEF Operações fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito, e intime o autuado, concedendo prazo razoável, para apresentar demonstrativo acompanhado das respectivas provas, correlacionando as vendas realizadas no modo de pagamento cartão de crédito/débito pelo estabelecimento autuado e pela filial, com as informações constantes no Relatório TEF por Operações.
- b) Após o atendimento por parte do autuado, refizesse a planilha às fls.96 a 101, inclusive considerando os equívocos apontados às fls.159/160 e acolhidos na informação fiscal, relativamente aos dias 07/02/2007; 05/03/2007; 05/04/2007; 16/05/2007; 29/06/2007; e 11/08/2007.
- c) Elaborasse o demonstrativo de débito resultante das modificações efetuadas por força do item anterior.

No tocante ao item “a” acima, o autuante comprovou ter entregue ao autuado cópia do Relatório Diário por Operações TEF do período fiscalizado (2006 e 2007), constantes às fls. 327 e 328, conforme recibo à fl.324, intimando-o a apresentar o demonstrativo acompanhado das respectivas provas, correlacionando as vendas realizadas no modo de pagamento cartão de crédito/débito pelo estabelecimento autuado e pela filial, com as informações constantes no Relatório TEF por Operações. Verifico que não houve manifestação do autuado.

Quanto aos itens “b” e “c”, o autuante deixou de atender ao pedido desta 2ª JJF. Considerando que o autuante concordou com os equívocos apontados pelo autuado às fls.159/160, visando maior celeridade processual, passo a efetuar os cálculos apenas nos meses de maio (16/05/2007), junho (29/06/2007) e agosto (11/08/2007), visto que nos meses de fevereiro, março e abril, não foi lançado nenhum débito.

MAIO	JUNHO	AGOSTO
185.602,05	161.621,73	244.262,53
(7.728,79)	-	(10.467,04)
7.951,29	11.763,94	10.699,72
185.824,55	173.385,67	244.495,21

MÊS	REDUÇÃO Z	C.CRÉDITO	DIFERENÇA	INDICE.PROP.	B.CÁLCULO	ICMS 17%
JANEIRO	191.850,25	193.121,55	1.271,30	0,75795383	963,59	163,81
MAIO	185.824,55	211.433,16	25.608,61	0,75795383	19.410,14	3.299,72
JUNHO	173.385,67	213.870,05	40.484,38	0,75795383	30.685,29	5.216,50
JULHO	207.047,21	229.852,34	22.805,13	0,75795383	17.285,24	2.938,49
AGOSTO	244.495,21	255.578,49	11.083,28	0,75795383	8.400,61	1.428,10
SETEMBRO	214.387,79	217.567,03	3.179,24	0,75795383	2.409,72	409,65
					TOTAL	13.456,27

Desta forma, fica mantido o débito do ano de 2006, porquanto não impugnado, e reduzido o débito do ano de 2007 para o valor de R\$13.456,28.

INFRAÇÕES 11, 12, 13 e 14

A infração 11 trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no total de R\$ 1.571,23, nas aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às Notas Fiscais nº 11.505; 7913; 14156; 29557 e 838409; a infração 12 decorre da falta de recolhimento do ICMS – antecipação parcial, conforme notas fiscais discriminadas às fls. 118 a 119. Já as infrações 13 e 14 tratam de multa por descumprimento de obrigação acessória (docs.fl. 121 a 122).

Verifico que as notas fiscais utilizadas na apuração do item 12, também estão inseridas no item 13, porém, os débitos são distintos – descumprimento de obrigação principal e descumprimento de obrigação acessória, cujas notas fiscais são as seguintes: o débito destes dois itens foram apurados através dos mesmos documentos fiscais, quais sejam, as notas fiscais nº 76114; 236077; 247955; 247956; 2135; 178357; 62652; 382; 277544; 3790 e 6816, além das NFs 613; 699896; 710042; 15692; e 727476.

Quanto a alegação de que ocorreu bitributação no lançamento das infrações 11 e 12, verifico que o débito não foi calculado através das mesmas notas fiscais, e, portanto, não há qualquer impedimento para ambas as exigências fiscais, pois a infração 11 diz respeito a descumprimento de obrigação principal pela falta de recolhimento da antecipação parcial, enquanto que a infração 12, concerne a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória decorrente da falta de escrituração dos documentos fiscais no livro de entrada de mercadorias.

No caso, da infração 14, foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, referente a falta de escrituração no Registro de Entradas das notas fiscais nº 11.505; 7913; 14156; 29557 e 838409, mesmos documentos fiscais utilizados na infração 11, relativa a falta de recolhimento do imposto por antecipação (mercadorias relacionadas no Anexo 88). Por se tratar de infrações diversas, foi correto o procedimento da fiscalização em exigir o imposto e aplicar a multa formal.

Quanto a alegação de que ocorreu bitributação no lançamento das infrações apuradas através dos mesmos documentos fiscais, não há qualquer impedimento para ambas as exigências fiscais, pois a infração dizem respeito a descumprimento de obrigação principal pela falta de recolhimento do imposto, e por aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória decorrente da falta de escrituração dos documentos fiscais no livro de entrada de mercadorias.

Passo agora a apreciar as razões defensivas:

- foi alegado que apesar de constar em algumas notas fiscais, no campo do destinatário, o ACÓRDÃO JJF Nº 0100-02/12

estabelecimento autuado, as mercadorias foram destinadas e recebidas pelo estabelecimento filial, inscrito na Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, sob nº. 55.903.521, conforme cópias do livro Registro de Entradas deste estabelecimento e nas cópias das cartas de correção (fls.166 a 192) das seguintes notas fiscais: 14156 (infração 14), 178357 (infrações 12 e 13), 62652 (infrações 12 e 13), 11505 (infração 14), 613 (infração 13), 7913 (infração 14), 247955 (infrações 12 e 13) e 247956 (infrações 12 e 13). Realmente tais documentos fiscais foram lançados no livro de entradas do estabelecimento com IE nº 55.903.521: fiscais: 14156 (fl.167), 178357 (fl.168), 62652 (fl.169), 11505 (fl.179), 613 (fl.178), 7913 (infração 14), 247955 (fl.180) e 247956 (infrações 12 e 13). Acolho o argumento defensivo, pois tais documentos fiscais foram objeto de carta de correção para o endereço da filial acima citada, conforme documentos às fls.172, 174, 176, 184, 185, 188, e 190.

b) alegou que ocorreram devoluções e/ou recusa de recebimento de algumas mercadorias, em decorrência, na maioria das vezes, de estarem em desacordo com o pedido, conforme documentos anexados (fl.194 a 204), a saber:

- ✓ cópia da Nota Fiscal nº 279680, emitida em devolução da Nota Fiscal nº 277544 (infrações 12 e 13) e cópia de mensagem enviada por meio de sistema de “correio eletrônico”, por preposto (Sr^a. Elaine Rocha) da empresa Dancor S/A Ind.Mecânica; As cópias dos emails às fls.194 e 195, foram expedidos após a ação fiscal, e por isso, não podem ser acatados para comprovar a alegação defensiva.
- ✓ cópia da Nota Fiscal nº 76114 (infração 13), onde consta em seu verso anotação de recusa de recebimento, acompanhada de “mensagens eletrônicas” enviadas pelo Sr. Cesar Luis, representante do departamento fiscal da empresa Elétrica Danúbio Ind. e Com. De Mat. Elétricos Ltda., e por representante da transportadora Daniella Transportes, além da competente nota fiscal emitida no recebimento do retorno (NF 77021). Realmente restou comprovada a devolução conforme documentos às fls.199 a 202. Cabível a exclusão desta nota no levantamento fiscal.
- ✓ cópia de “mensagem eletrônica” enviada pela Sr^a. Jéssica Borges Ribeiro, Assistente de Cobrança da Intral Reatores e Luminárias, confirmando a devolução total das mercadorias correspondentes à Nota Fiscal nº. 29557 (infração 14). O documento às fls.194 e 195, foi expedido após a ação fiscal, e por isso, não pode ser acatado para comprovar a alegação defensiva.

c) infrações (11, 12, 13 e 14) – foi alegado na defesa que foram identificadas situações em que também ocorreram a recusa do recebimento de mercadorias, dizendo que, apesar de solicitado ao remetente, mesmo procedimento adotado nos casos imediatamente acima descritos, não recebeu as confirmações a tempo de fazer juntada a esta defesa, e pediu dilação de prazo probatório, com base no disposto no inc. I, & 5º, do art. 123, para que tão logo obtenha resposta que requeira a juntada ao processo, em relação às notas fiscais de nº. 699896, 710042, 727476, 15692 e 6816 (fls.206 a 210). Indefiro o pedido do autuado, pois o mesmo teve prazo suficiente para comprovar sua alegação, não tendo em relação a estas notas fiscais, apresentado qualquer documento a até a data da instrução do processo para julgamento, e mantendo o lançamento destas notas fiscais.

d) alega é comum a compra de mercadorias utilizando de dados de terceiros, e apresenta cópias de comunicados feitos à Secretaria da Fazenda, levando conhecimento que estava sendo vítima de fraude, relação de todas as transportadoras que utilizada, e cópias de boletins de ocorrência policial e de termo de declarações (fls.212 a 239). Não acolhido esta alegação, visto que os documentos representados pela cópia do processo às fls.212 referentes a denúncia policial não especificam os documentos fiscais.

Deixei de propor o pedido de diligência requerido pelo autuado, uma vez que através os documentos apresentados na defesa são suficientes para a minha convicção sobre a lide, permitindo chegar a uma conclusão a procedência da acusação fiscal, em relação às notas fiscais citadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 33.514,27,

ficando o demonstrativo de débito das infrações 08, 11, 12, 13 e 14 alterados, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	VL.AUTUADOS	VL.JULGADOS	VL.RECONHECIDOS
1	726,29		726,29
2	4.849,31		4.849,31
3	2.187,76	2.187,76	
4	461,55	461,55	
5	1.465,94		1.465,94
6	581,43		581,43
7	38,31		38,31
8	16.606,87	15.032,40	
9	140,00		140,00
10	82,50		82,50
11	1.571,23	682,16	
12	5.837,15	4.863,15	
13	6.123,36	2.370,93	
14	105,42	32,54	
TOTAL	40.777,12	25.630,49	7.883,78

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/03/2006	09/04/2006	4.454,24	17	70	757,22	8
30/04/2006	09/05/2006	564,47	17	70	95,96	8
31/08/2006	09/09/2006	3.858,47	17	70	655,94	8
31/12/2006	09/01/2007	394,18	17	70	67,01	8
31/01/2007	09/02/2007	963,59	17	70	163,81	8
31/05/2007	09/06/2007	19.410,12	17	70	3.299,72	8
30/06/2007	09/07/2007	30.685,29	17	70	5.216,50	8
31/07/2007	09/08/2007	17.285,24	17	70	2.938,49	8
31/08/2007	09/09/2007	8.400,59	17	70	1.428,10	8
30/09/2007	09/10/2007	2.409,71	17	70	409,65	8
TOTAL					15.032,40	

DEMONSTRATIVO DO ÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/8/2006	9/9/2006	-	17	60	-	11
30/11/2006	9/12/2006	1.177,47	17	60	200,17	11
31/1/2007	9/2/2007	-	17	60	-	11
31/10/2007	09/11/2007	1.869,94	17	60	317,89	11
30/11/2007	09/12/2007	965,29	17	60	164,10	11
TOTAL					682,16	

DEMONSTRATIVO DO ÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
30/6/2006	9/7/2006	16.177,94	17	60	2.750,25	12
31/7/2006	9/8/2006	4.435,29	17	60	754,00	12
31/10/2006	9/11/2006	-	17	60	-	12
31/05/2007	09/06/2007	283,76	17	60	48,24	12
31/07/2007	09/08/2007	-	17	60	-	12
30/09/2007	09/10/2007	6.330,59	17	60	1.076,20	12
31/10/2007	09/11/2007	357,41	17	60	60,76	12
30/11/2007	09/12/2007	1.021,76	17	60	173,70	12
TOTAL					4.863,15	

DEMONSTRATIVO DO ÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito	INF.
28/02/2006	09/03/2006	-	-	10	-	13
31/03/2006	09/04/2006	654,40	-	10	65,44	13
30/04/2006	09/05/2006	426,80	-	10	42,68	13
31/05/2006	09/06/2006	707,00	-	10	70,70	13
30/06/2006	09/07/2006	432,00	-	10	43,20	13
31/07/2006	09/08/2006	7.540,00	-	10	754,00	13
31/10/2006	09/11/2006	-	-	10	-	13
31/05/2007	09/06/2007	964,80	-	10	96,48	13
31/07/2007	09/08/2007	-	-	10	-	13
30/09/2007	09/10/2007	10.762,00	-	10	1.076,20	13
31/10/2007	09/11/2007	607,60	-	10	60,76	13
30/11/2007	09/11/2007	1.614,70	-	10	161,47	13
TOTAL				2.370,93		

DEMONSTRATIVO DO ÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito	INF.
31/8/2006	9/9/2006	-	-	1	-	14
30/11/2006	9/12/2006	-	-	1	-	14
31/1/2007	9/2/2007	-	-	1	-	14
31/10/2007	09/11/2007	2.332,00	-	1	23,32	14
30/11/2007	09/12/2007	922,00	-	1	9,22	14
TOTAL				32,54		

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 300449.0600/11-4, lavrado contra **CONLAR MAT. ELÉTRICO HIDRAULICO E DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.970,80**, acrescido da multa de 60% sobre R\$13.891,03 e de 70%, sobre R\$17.079,77 previstas no artigo 42, incisos, II “a”, “e”, e “d”, III, VII “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.543,47**, previstas nos incisos IX, XI e XVIII, “c”, do citado dispositivo legal, devendo ser homologado os valores recolhidos, conforme extratos do SIDAT às fls. 309 a 317.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR