

A. I. Nº - 300449.0900/11-8
AUTUADO - CONLAR MATERIÁL ELÉTRICO, HIDRÁULICO E DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 10.09.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0221-04/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES. Fato não contestado. 2. ALIQUOTAS. ERRO NA DETERMINAÇÃO. VENDAS INTERESTADUAIS A NÃO CONTRIBUINTES. Fato não contestado. 3. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Fato reconhecido. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO CORRESPONDENTE. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração reconhecida. c) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o valor de maior expressão monetária. No caso, o das operações de entradas. Infração reconhecida. d) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não contestada. e) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Ante a constatação do item anterior de aquisição das mercadorias sem documentos fiscais, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Infração não contestada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. As receitas não declaradas pertinentes a vendas por meio de cartão de crédito/débito caracterizam omissão de receitas tributáveis. Infração caracterizada. 6. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS NAS INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. MULTA. Reconhecido pelo autuado. Infração mantida. 7. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO. Infração improcedente. 8. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração improcedente. 9. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL PARA

USO E CONSUMO. Infração não contestada. **b)** MERCADORIAS ISENTAS. Fato não contestado. **10.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EXTEMPORÂNEA. O sujeito passivo não seguiu as regras regulamentares pertinentes ao uso de crédito fiscal. Infração comprovada. **11.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração não contestada. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 30.165,17, através das seguintes infrações:

1. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$756,04;
2. Recolheu a menor ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da federação, utilizando alíquota interestadual. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$2.659,74;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária com substituição do imposto. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$2.169,45;
4. Falta de recolhimento do imposto relativa à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Multa de 70% - Valor Histórico: R\$1.770,31;
5. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Multa Fixa: R\$50,00;
6. Falta de recolhimento do ICMS 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. Multa de 70% - Valor Histórico: R\$3.703,71;
7. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Multa de 70% - Valor Histórico: R\$296,10;
8. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$110,73;

9. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Multa de 70% - Valor Histórico: R\$12.617,85;
10. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Multa Fixa: R\$140,00;
11. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$1.423,13;
12. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10%: R\$1.486,63;
13. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$56,57;
14. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$30,46;
15. Escriturou crédito fora do período em que se verificou a entrada de mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado, ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$887,98;
16. Deixou de efetuar o 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 nos anexos 88 e 89. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$2.006,47;

Nas razões defensivas de fls. 195/202, de início o autuado descreve as infrações do Auto de infrações e impugna as infrações 9, 11, 12 e 15, reconhecendo, dessa forma, as infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 13, 14 e 16, referentes ao valor total de R\$13.749,58.

Reproduz o art. 112 do CTN, entendimento do Ministro Relator João Otávio de Noronha no Resp 471.894/Sp e pronunciamento do tributarista Luciano Amaro (Direito Tributário Brasileiro), no sentido de que não pode se punir o contribuinte se não houver dolo ou culpa.

Afirma que tem cumprido com suas obrigações legais, que não usa de má-fé e, caso comprovado algum procedimento incorreto, as falhas ocorreram por razões que escaparam do controle da empresa, uma vez que, possui vários funcionários atuando simultaneamente, e seus atos, muitas vezes, fogem do controle dos responsáveis.

Com relação à infração 09, afirma que todas as mercadorias do estabelecimento são vendidas com a devida emissão dos cupons fiscais e notas fiscais série 1 e o fisco, autuou a empresa com base unicamente da informação constante na leitura da redução Z – forma de pagamento em cartão – assim, desconsiderou as operações em dinheiro, proporcionalmente superior às vendas em cartão.

Diz que na própria planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito é possível observar diferenças, a mais e a menos, nas vendas com cartão constante na redução Z, com aquelas informadas pelas administradoras dos cartões. Assim, neste caso, não ocorre omissão de tributo, mas sim, informação incorreta sobre a forma de pagamento que, muitas vezes, é realizado em espécie, mas o operador do caixa computa incorretamente, ou vice versa. Ressalta que o valor das vendas auferidas, no dia, é devidamente registrado e declarado, e recolhe o tributo na data. Assim, não há omissão de ICMS e sim equívoco quanto à forma de pagamento.

Observa que no próprio livro de Apuração do ICMS consta que os valores das entradas são superiores às vendas de cartão, portanto não faz sentido a intenção de lesar a SEFAZ.

Prossegue sua exposição fática, com relação à infração 11, e registra que não deixou de efetuar o pagamento do ICMS antecipado parcialmente, referente às mercadorias provenientes de outras

unidades da Federação, mas que a mercadoria não foi adquirida, e sim devolvida. Portanto não há sonegação, pois conforme documentos acostados, cópia da Nota Fiscal nº 0162 da empresa EMPORIM DA LUZ – Cláudio Sampaio, consta a declaração de que o material havia sido devolvido pois estava fora do prazo de entrega. Também anexa a cópia de comunicação entre as empresas envolvidas e a transportadora, no sentido de que a mercadoria fosse devolvida à sua origem.

Em relação à infração 12, assinala que na nota fiscal já citada, no valor de R\$14.231,33, não houve entrada de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro, uma vez que a mercadoria foi devolvida à sua origem. Já em relação à Nota Fiscal nº 39311 - série 4, da empresa PROFAX, no valor de R\$635,04, alega a mesma situação que a infração anterior, sendo devolvida a mercadoria à sua origem. Junta cópia, bem como a carta da própria empresa afirmando tal fato.

Na penúltima infração, sustenta que não pode prosperar a alegação, uma vez que a empresa usou crédito em conformidade com as informações prestadas pela fiscalização, conforme planilha da própria SEFAZ, sendo os créditos referentes ao período de janeiro a dezembro de 2006, e creditados em 12/2007, devidamente aceito pela Secretaria.

Frisa que não entendeu porque os créditos do período de janeiro a julho, creditados em 02/2008, não foram aceitos, uma vez que o autuado seguiu as recomendações do próprio agente fazendário. Portanto, não pode ser apenado pelos desencontros de informações da SEFAZ.

Requer a apreciação das questões levantadas, com apoio nas garantias básicas constitucionais, princípio do contraditório e da ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade e presunção de inocência, a fim do cancelamento das infrações. Protesta pela juntada posterior de documentos necessários para comprovar sua inocência. Pede a realização de diligência.

O autuante presta informação fiscal de fls. 214/216, após a análise da defesa, esclarece os pontos impugnados:

INFRAÇÃO 9 – que as operações efetuadas sob a rubrica “dinheiro” foram desconsideradas porquanto a legislação determina que sejam levadas em conta apenas as operações lançadas como “vendas com cartão de crédito” e “vendas com cartão de débito”. Assim, levou-se em conta tais operações, lançando-se os valores constantes das leituras Z em formulário específico, fornecido pela SEFAZ.

INFRAÇÃO 11 – que o contribuinte colacionou documentos que comprovam que a mercadoria constante da Nota Fiscal nº 0162, objeto da cobrança de imposto por antecipação parcial foi devolvida ao fabricante, com isso, cancelou esta infração.

INFRAÇÃO 12 – também juntou documentos que comprovam que as mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 0162 e 39311, objeto da cobrança de multa pelo não registro na escrita fiscal foram devolvidas aos fabricantes, também cancelou a infração.

INFRAÇÃO 15 – disse que esta imputação foi configurada pela utilização extemporânea de crédito decorrente de ICMS pago a mais (fls. 23/24), relativo aos meses de janeiro a julho de 2007, somente no exercício seguinte.

Afirmou que o procedimento correto para reaver esse crédito seria a restituição, e não o puro e simples lançamento do valor do crédito no livro fiscal, repita-se, no ano seguinte, assim, o autuado também não tem razão quando afirma que “*a empresa seguiu as recomendações do próprio agente fazendário*” porque: “*a) à época do lançamento, fevereiro de 2008, o autuante ainda não estava fiscalizando a empresa nem sequer havia fiscalizado a empresa em outra ação fiscal; b) a própria representante da empresa, no momento em que o Auto de Infração foi-lhe apresentado para a ciência, afirmou que outro fiscal havia indicado aquele procedimento, sem indicar o nome do mesmo*”. Informa ainda que entendeu ter sido incorreto o procedimento e que apenas o CONSEF poderia corrigir a infração, caso a considere indevida.

Finalmente, pede pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Nas fls. 218/223, constam extratos de pagamentos no valor de R\$20.183,47, referente às infrações reconhecidas pelo autuado.

Em fl. 224, a JJF deliberou a realização de diligência, após verificar que não consta nos autos o Relatório Diário de Operações – TEF, peça fundamental para o exercício do direito da ampla defesa e do contraditório, e em decorrência desta irregularidade, encaminhou o PAF para a inspetoria de origem, com objetivo de serem adotadas as seguintes providências: “a) *Intimar o contribuinte para receber o Relatório... – TEF, e fornecer-lhe cópia, mediante recibo a ser anexado nos autos;* b) *reabrir o prazo de defesa em 30 (trinta) dias, para que o autuado possa se manifestar, se quiser;* c) *caso.... se pronuncie, encaminhar o processo para o autuante produzir nova informação fiscal. Concluída... retornar o PAF a este CONSEF para instrução e julgamento*”. Na fl. 225, o autuante, em cumprimento à solicitação de diligência, cientificou o autuado com cópia impressa do Relatório TEF, sendo assinado pelo contribuinte na fl. 226 em 04/05/2012.

Em nova manifestação o autuado, fls. 230/236, reproduziu as mesmas razões da defesa inicial tão-somente em relação à infração 9 e o reconhecimento das infrações.

Nas fls. 276/277, o autuante emite nova informação fiscal, e ressalta que o autuado aduz as mesmas razões da inicial, se insurgindo tão-somente em relação à infração 9.

Ademais, após a entrega do Relatório TEF dos exercícios de 2008 e 2009, conforme consta nas fls. 226, 230 a 236, o contribuinte, novamente, alegou o equívoco quanto à forma de pagamento indicada na leitura Z, e para comprovar anexou planilha contendo as operações individualizadas, sendo extraídos do relatório solicitado (TEF), incluindo, na última coluna a indicação de pagamento em dinheiro e o valor respectivo, mas não anexou qualquer comprovante.

Pugna pela Procedência Parcial do lançamento.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juizo de valor, na qualidade de relatora deste processo administrativo fiscal, consoante prerrogativa do art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Constato que o Auto de Infração contém elementos suficientes para determinar com segurança, a infração e o infrator; contém a descrição dos fatos de forma clara, precisa, sucinta; bem como todos os relatórios dos levantamentos elaborados e todas as provas necessárias à demonstração dos fatos apontados na autuação, em obediência ao disposto no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº. 7.629/99), e o autuante na informação fiscal, rebateu todas as questões trazidas na defesa. Assim, por estar apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, passo à análise do mérito.

No mérito, o sujeito passivo, de imediato, reconheceu as infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 13, 14 e 16, e deste modo ficam mantidas.

Quanto à infração 09, relativa à omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, esta foi saneada com a entrega do Relatório Diário de Operações – TEF, e consequente reabertura do prazo de defesa.

A irregularidade apontada se fundamenta no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, e sendo presunção legal pode ser demonstrada sua ineeficácia por meio de provas a serem apresentadas pelo sujeito passivo.

Na presente lide, a única arguição trazida na defesa está relacionada ao fato de que funcionários da empresa teriam lançados no ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, pagamentos em dinheiro, sem o devido lançamento na modalidade de cartão de crédito. Contudo, essa assertiva não tem sido acolhida por este CONSEF, pois não há a prova cabal nos autos, de suposto erro de lançamento no ECF. Precisava o defendente apontar individualmente, os supostos equívocos, na medida em que recebeu o Relatório TEF, onde estão individualizadas as operações, e comprovar

que os valores registrados no cupom fiscal, corresponderiam aos valores diários apontados nas vendas por meio de cartões de crédito/débito. Não havendo esta correspondência, fica mantida a infração na totalidade.

Na infração 11, referente à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, prevista no Art 352- A do RICMS/BA, o sujeito passivo colaciona a prova de que a ocorrência não deve ser mantida. Assim, os documentos trazidos na defesa comprovam que a mercadoria constante da Nota Fiscal nº 0162, objeto da cobrança de imposto por antecipação parcial foi devolvida ao fabricante. Infração improcedente.

Na infração 12, que exige multa no percentual de 10% sobre o valor da mercadoria sujeita à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, o contribuinte comprova que as notas fiscais, objeto da infração não teriam sido devidamente registradas nos livros fiscais, em virtude de as mercadorias terem sido devolvidas aos fornecedores. Destaco que o autuante concordou com o argumento ao verificar as razões de defesa. Deste modo, a infração fica elidida.

Finalmente, a infração 15 decorrente da utilização extemporânea de crédito decorrente de ICMS pago a mais (fls. 23/24), relativo aos meses de janeiro a julho de 2007, e lançado somente no exercício seguinte, especificamente no mês de fevereiro de 2008, conforme cópia do RAICMS juntado na fl. 24 do PAF.

A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios, sendo que a escrituração fora dos períodos de que cuida o art. 101 do RICMS/BA, deverá ser efetuada com a observância das regras previstas no § 1º desse dispositivo legal.

Na presente situação o crédito fiscal somente foi lançado no exercício seguinte, e nesse caso o contribuinte deveria ter comunicado por escrito à repartição fazendária e, além disso, é exigido o procedimento constante nos §§§ 1º, 2º e 3º do art. 101 do RICMS, sendo que a reconstituição da escrita dependerá de prévia autorização da repartição fiscal.

Tendo em vista que este procedimento não foi observado pela defendant, a infração fica mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 300449.0900/11-8, lavrado contra **CONLAR MATERIAL ELÉTRICO, HIDRÁULICO E DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$27.065,41**, acrescidos das multas de 60% sobre R\$8.677,44 e 70% sobre R\$18.387,97, previstas no art. 42, II, “a” e “d”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$190,00**, previstas nos incisos, XVII, “c” e XXII, do mesmo diploma legal, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

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

PAULO DANILLO REIS LOPES – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR