

A.I. N° - 108883.0015/10-7
AUTUADO - SCHMIDT INDÚSTRIA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - PAULO JOSÉ ARAPONGA DÓRIA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 22/11/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0258-03/12

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO ELETRÔNICO DE DADOS. **a)** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Constatado que o período de apuração dessa infração está contido na infração 06, portanto, em duplicidade. Infração nula. **b)** FALTA DE ENTREGA AO FISCO QUANDO INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa de 1% sobre o total das operações de saídas. De acordo com o art. 708-B do RICMS-BA/97 o contribuinte usuário de processamento de dados está obrigado a apresentar o arquivo magnético do SINTEGRA contendo informações das operações e prestações realizadas. Autuado enviou arquivos magnéticos com informações inconsistentes, e não atendeu à subsequente intimação para apresentação dos arquivos retificados, sujeitando-se à exigência da multa no prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96. Corrigida a indicação equivocada da multa como sendo a alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DEVOLUÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR CONSUMIDORES FINAIS - FALTA DE COMPROVAÇÃO. Não restou comprovado o motivo da devolução, uma vez que não consta dos autos declaração alguma dos adquirentes nas Notas fiscais de Devolução e nem em declaração específica, conforme determina o §2º do art. 653 do RICMS-BA/97. Essas providências não foram adotadas. Infração subsistente. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Não foram apresentados os respectivos documentos que amparem a utilização dos créditos fiscais. Caracterizada a infração. Lançamento mantido. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 4. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração

subsistente. Preliminar de nulidade indeferida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 14/12/10, diz respeito aos seguintes fatos:

1. deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de dezembro de 2006 e agosto a outubro de 2007, sendo indicada a multa de 1% sobre as saídas totalizando o valor de R\$6.530,64. Consta que “A data da ocorrência foi alterada para o primeiro dia útil subsequente ao vencimento da intimação, de acordo com a Orientação Técnica DPF-3005 de 17/06/05;
2. utilizou indevidamente crédito fiscal a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, nos meses de janeiro a dezembro de 2006 e de janeiro a dezembro de 2007, sendo exigido o valor de R\$11.680,50, acrescido da multa de 60%;
3. deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal - notas fiscais capturadas pelo sistema CFAMT, nos meses de abril, e novembro de 2006 e agosto de 2007, sendo aplicada a multa de 10% sobre o valor da operações resultando no montante de R\$1.083,04;
4. omitiu saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de abril, julho, outubro e dezembro de 2006, de março, maio, junho, outubro e dezembro de 2007, sendo exigido o valor de R\$11.680,50, acrescido da multa de 70%;
5. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de fevereiro a abril, junho e agosto a dezembro de 2007, sendo exigido o valor de R\$37.464,91, acrescido da multa de 60%;
6. forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saída e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações divergentes, sendo exigido o valor de R\$29.807,80, nos exercícios de 2006 a 2007 Consta que “A data da ocorrência foi alterada para o primeiro dia útil subsequente ao vencimento da intimação, de acordo com a Orientação Técnica DPF-3005 de 17/06/05.

Consta dos autos à fl. 634 informação da intempestividade da defesa e que o autuado ingressou com impugnação contra o arquivamento da defesa, fl. 634, cujo parecer e decisão do Presidente do CONSEF pelo provimento do recurso constam às fls. 620 a 624.

O autuado, por meio de advogado legalmente constituído, fl. 614, apresenta defesa, fls. 565 a 573, observando inicialmente sua tempestividade e, depois de reproduzir integralmente a acusação fiscal, alinha os seguintes argumentos com o objetivo de refutar o cometimento das seis infrações que lhe foram imputadas.

Em relação à infração 01 depois de reproduzir os artigos 686, 683 do RICMS-BA/97, assevera que a utilização de arquivos magnéticos é uma faculdade do contribuinte e que os arquivos podem ser apresentados em outro meio e de outra forma. Destaca que mantém arquivos e registros sobre as operações realizadas, assim como descrito, porém não o faz pelo meio magnético, visto que a legislação possibilita que assim seja, e utiliza meio físico, que não foi objeto da fiscalização realizada.

Afirma que para constatação da infração apontada, deve a fiscalização constatar *in loco* a utilização e manutenção dos arquivos físicos de registro.

Ressalta que de acordo com o art. 708-B do RICMS-BA/97, apresentou devidamente os arquivos solicitados, os quais estavam em meio físico, não obstante ter sido autuado com base na não apresentação pelo meio magnético, procedimento claramente contrário à lei, e razão pela qual tal infração deve ser anulada.

No que diz respeito à infração 02 afirma que consoante previsão do art. 653 do RICMS-BA/97, de fato possui as respectivas Notas Fiscais que comprovam as devoluções das mercadorias, e inclusive as apresentou à fiscalização.

Assegura que essa infração deve ser anulada, por haver sido comprovado seu direito ao crédito fiscal objeto da exigência fiscal.

Quanto à infração 03 menciona que o art. 322 do RICMS-BA/97 dispõe acerca do livro Registro de Entradas, modelo 1 e 1-A (Anexos 38 e 39), destina-se à escrituração (Conv. SINIEF de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 1/80, 1/82 e 16/89).

Sustenta que mantém os devidos Registros, tal qual demanda o artigo do dispositivo supracitado, em seus parágrafos e inciso, e por isso essa infração foi indevidamente constatada, e deve ser anulada, uma vez que dispõe de todos os meios para comprovar entradas de mercadorias em seu estabelecimento.

No tocante à infração 04, depois de reproduzir o teor do §3º do art. 2º do RICMS-BA/97, assinala que as informações divergentes dos bancos e instituições responsáveis pelos cartões de crédito não refletem o real recolhimento do imposto devido.

Afirma que não omitiu saída de mercadorias e assevera que possui as competentes Notas Fiscais referentes a todas as vendas.

Arremata observando que a infração deve ser anulada uma vez que a constatação do autuante não condiz com seus registros.

Diz em relação à infração 05 que, na forma prevista nos artigos 91 e 92 do RICMS-BA/97, possui os documentos idôneos que comprovam seus direitos creditórios, e a utilização dos mesmos foi certa conforme a lei.

Sustenta que a infração 05 deve ser anulada, uma vez que a utilização dos créditos encontra-se embasada por documentos em consonância com as exigências do RICMS-BA/97.

O se defender da infração 06, afirma que é apontada nova infringência ao art. 686 do RICMS-BA/97, no entanto, reafirma que mantém escrituração e registro de operações em meios físicos, não eletrônicos ou magnéticos, como é sua opção, conforme a lei.

Assinala que as demandas de apresentação de informações por meio magnético remontam a obrigação advinda do SPED Fiscal, processo pelo qual as empresas brasileiras estão passando e ainda se adaptando.

Requer a anulação sob o argumento de que o total desta infração diz respeito a percentual exclusivo de multa referente a descumprimento de obrigação acessória, o que de fato não ocorreu.

Conclui requerendo a anulação do Auto de Infração.

Ao prestar informação fiscal, fls. 653 a 660, o autuante, inicialmente, salienta que não há o que se falar em nulidade do Auto de Infração, uma vez que a ação fiscal foi executada em conformidade com a legislação vigente e de acordo com o que determina o art. 18 do RPAF/BA que reproduz. Destaca que a doutrina brasileira considera nulos os atos administrativos nos casos de

incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade (Hely Lopes Meirelles - Direito Administrativo Brasileiro). Assevera que no presente caso não ocorreria qualquer das circunstâncias motivadoras de nulidade, sendo o processo fiscal revestido de todas as formalidades que o tornam perfeitamente legal.

Informa ao tratar da Infração 01, que iniciou a ação fiscal analisando os arquivos magnéticos constantes do banco de dados do SCAM enviados pelo contribuinte para a SEFAZ, ocasião em que verificou o não envio dos arquivos referentes aos meses de dezembro de 2006 e agosto a outubro de 2007 não foram apresentados, de acordo com a relação de arquivos recepcionados do SINTEGRA, fls. 463 a 480. Assinala que em 06/10/2010, intimou o contribuinte a apresentar os arquivos faltantes no prazo de cinco dias úteis, conforme Intimação colacionada às fls. 11 e 12, não obtendo êxito.

Esclarece que a obrigatoriedade da apresentação dos arquivos magnéticos tem embasamento no Convênio 57/95, reproduzindo a Cláusula 1^a e o §1º.

Menciona que de acordo com os registros fiscais, constante no sistema INC - Informações do Contribuinte, da SEFAZ, possuía o autuado à época da fiscalização: a) autorização para utilização de SEPD - Sistema Eletrônico de Processamento de Dados para: Emissão de Nota Fiscal (Nota Fiscal Fatura) e Escrituração de livros: Registros de Entrada, Registros de Saída, Registros de Controle Produção e Estoque, Registros de Inventário e Registros de Apuração do ICMS; b) autorização para utilização de ECF - Equipamento de Cupom Fiscal.

Assinala que os artigos 683, 686 e 708-B do RICMS/BA/97, citados na defesa complementam a legislação pertinente à matéria.

Assevera que o autuado consoante a legislação acima enunciada está obrigado a entrega dos arquivos magnéticos, não se tratando de forma alguma de opção ou “faculdade” a apresentação desses arquivos.

Diz em relação à infração 02 que a empresa ao receber devolução de mercadorias vendidas a consumidor final, que não possuem obrigação de emitir documento fiscal, deveria pedir uma declaração do motivo da devolução por escrito no verso da primeira via da nota fiscal de venda ou utilizar um documento com a identificação do comprador e o motivo da devolução e o anexar à nota fiscal originária, de acordo com o parágrafo 2º do art. 653 do RICMS-BA/97 que determina os procedimentos a serem adotados.

Observa que na documentação fiscal juntada, fls. 27 a 356, o procedimento adotado pela empresa não está de acordo com a legislação, pois, inexiste qualquer observação nas notas fiscais, nem constam documentos assinados pelos adquirentes das mercadorias, não havendo, portanto, prova inequívoca da devolução.

Ressalta que ao se apropriar do crédito pela emissão da nota fiscal de entrada sem comprovação da real devolução das mercadorias vendidas, o contribuinte está utilizando um crédito fiscal indevido ficando passível do estorno que foi efetuado através da lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto à infração 03, depois de transcrever o teor do art. 322 do RICMS-BA/97 e do inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, observa que a SEFAZ, através dos postos fiscais, apreende as terceiras vias das notas fiscais de mercadorias em trânsito, referentes a mercadorias recebidas pelos contribuintes, que são armazenadas no sistema CFAMT. Acrescenta assinalando que por ocasião da fiscalização, é feita a verificação da entrada no estabelecimento através do registro no livro de entradas. Arremata explicando que a ausência do registro indica a ocorrência de entrada e a consequente saída das mercadorias sem controle fiscal.

Informa que as vias das notas fiscais (3^a e 4^a) estão apensadas às fls. 359 e 360, bem como cópias do livro Registro de Entradas onde se verifica a ausência de registro das mesmas.

Esclarece que a omissão de saídas por vendas através de cartões de crédito/débito, objeto da infração 04, foi apurada mediante levantamentos efetuados tomando-se por base a documentação apresentada pelo Contribuinte, as reduções “Z” do ECF, onde foram consideradas as vendas através de cartões de crédito/débito, cujos totais mensais foram confrontados com os totais correspondentes informados pelas administradoras de cartões, conforme relatórios e demonstrativos, fls. 415 a 423, o que originou um crédito tributário a favor da Fazenda Estadual.

Cita que consta também no presente processo um disco compacto - CD contendo toda a movimentação diária das vendas efetuadas pelos equipamentos ECF e que não foi objeto de análise por parte da defesa, que se limitou a pedir apenas anulação da infração.

No que diz respeito à infração 05, ressalta que o direito ao crédito do ICMS pago antecipadamente e escriturado no livro de Apuração no mês subsequente é concedido quando há o recolhimento do tributo. Prossegue assinalando que no período de 2007, não houve o efetivo pagamento da antecipação parcial, no entanto, o autuado promoveu o aproveitamento do crédito no Conta Corrente da empresa o que se caracterizou a sua utilização indevida.

Assinala que esta prática restou comprovada no demonstrativo “Arrecadação por Receita” da SEFAZ, docs. 01 e 02, anexos, e pelas cópias do livro de Apuração do ICMS, fls. 426 a 452.

Quanto à infração 06 destaca que os arquivos magnéticos enviados à SEFAZ pelo autuado continham inconsistências, e por isso, foi exigida a regularização através da Intimação 02, fls. 454 a 457, apresentando relatórios que apontavam as irregularidades, fls. 482 a 556, e concedendo o prazo de trinta dias para regularização. Acrescenta que, como não houve a regularização, foi aplicada a multa de 1% do valor das saídas, de acordo com o que determina a legislação.

Salienta que, como já abordado ao tratar da infração 01, não é opção do contribuinte a não apresentação dos arquivos em meios magnéticos. Reafirma a obrigatoriedade do envio à SEFAZ, conforme já demonstrado destacando que a falta da apresentação desses arquivos acarreta a aplicação de penalidade.

Conclui ratificando o procedimento adotado e requerendo a procedência do Auto de Infração sob o fundamento de que em sua peça de defesa o autuado não traz prova documental alguma que alicerce os argumentos apresentados, havendo apenas o pedido de anulação do Auto de Infração e das infrações apontadas, sem elementos que possam contestar a ação fiscal.

VOTO

Inicialmente, no que tange a nulidade suscitada de forma genérica e em cada uma das infrações, refuto a pretensão do sujeito passivo depois de verificar estarem presentes nos autos todos os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários exigidos, inclusive não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99. Logo, ultrapassadas as questões preliminares passo a análise do mérito

O Auto de Infração, consoante discriminação no inicio do relatório, cuida de seis infrações à legislação do ICMS.

As infrações 01 e 06 versam acerca da cobrança de penalidade por descumprimento de obrigação de natureza acessória, pela falta de entrega de arquivos magnéticos nos prazos previstos na legislação - infração 01, referente aos meses de dezembro de 2006 e agosto a outubro de 2007, sendo indicada a multa prevista na alínea “j” do art. 42 da Lei 7.014/96 e pela não apresentação dos arquivos magnéticos corrigidos, relativos aos exercícios de 2006 e 2007, após ser devidamente intimado pelo autuante, com a concessão de prazo de trinta dias para correção das divergências apontadas entre o conteúdo dos arquivos e os documentos fiscais – infração 06, sendo indicada a multa prevista na alínea “i” do art. 42 da Lei 7.014/96.a apresentação dos mesmos com as devidas

correções dados divergências dos constantes nos documentos fiscais correspondentes devidamente corrigidos - infração 06.

Em sede de defesa o autuado asseverou que a utilização de arquivos magnéticos é uma faculdade do contribuinte e que os arquivos podem ser apresentados em outro meio e de outra forma, destacando que mantém arquivos e registros sobre as operações realizadas, assim como descrito, porém não o faz pelo meio magnético, visto que a legislação possibilita que assim seja, e utiliza meio físico, que não foi objeto da fiscalização realizada. Ressaltou também que apresentou os arquivos solicitados em meio físico de acordo com o art. 708-B do RICMS-BA/97.

Saliento que não deve prosperar a pretensão do autuado ao aduzir em sua impugnação que a apresentação dos arquivos magnéticos atinentes às infrações 01 e 06 trata-se de mera faculdade, ou seja, depende de opção sua. É induvidoso que o autuado, consoante consta no Sistema INC da SEFAZ - “Informação do Contribuinte”, utiliza SPED - Sistema Eletrônico de Processamento de Dados para: Emissão de Nota Fiscal (Nota Fiscal Fatura) e Escrituração de livros: Registros de Entrada, Registros de Saída, Registros de Controle Produção e Estoque, Registros de Inventário e Registros de Apuração do ICMS, bem como utiliza ECF - Equipamento de Cupom Fiscal. Esta condição o submete, de forma inequívoca, a obrigação estatuída no art. 708-A do RICMS-BA/99, abaixo reproduzido.

Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas.”

Portanto, em ambas as infrações, no que diz respeito à entrega dos arquivos magnéticos, não há que falar em opção, ou escolha do contribuinte na condição de usuário dos sistemas acima referidos e sim, de imposição legal para cumprimento de obrigação acessória, cuja inadimplência, sujeita o infrator à correspondente sanção legal.

Analizando o processo, verifico que às fls. 11 a 12, constam intimações emitidas pelo autuante e devidamente assinadas pelo preposto do autuado, relativas à concessão de prazo de cinco dias atinente à infração 01 e às fls. 454 a 457 concedendo o prazo de trinta dias para correção dos arquivos magnéticos, referente à infração 06. Verifico que em ambas as infrações as intimações efetuadas pelo autuante atenderam às exigências legais, precipuamente para a correção de dados divergentes - infração 06, que deve ser concedido o prazo de trinta dias e fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das inconsistências encontradas, consoante previsão expressa no art. 708-B do RICMS-BA/97.

Entretanto, constato, ao examinar o período de apuração das infrações, verifico que os meses de dezembro de 2006 e agosto a dezembro de 2007, alcançados pela infração 01, estão também incluídos na apuração da infração 06, portanto em duplicidade. Assim, concluo que a infração 01 é nula, remanescendo a irregularidade nela consubstanciada, alcançada pela infração 06.

No tocante à infração 06, que cuida da não entrega dos arquivos magnéticos corrigidos relativos aos meses de janeiro a dezembro de 2006 e de janeiro a dezembro de 2007, mediante intimação específica, fls. 454 a 457, apresentando relatórios que apontavam as irregularidades, fls. 482 a 556, e concedendo o prazo de trinta dias para regularização, constato que sujeito passivo não procedera à correção dos arquivos e, sem efetivo fundamento legal algum, apenas argumentou que a entrega dos arquivos é facultativa, reafirmando que mantém escrituração e registro de operações em meios físicos, não eletrônicos ou magnéticos, como é sua opção, conforme a lei.

Como nitidamente se depreende da leitura do §5º do art. 708-B, a seguir reproduzido, sobeja indubitável, que o contribuinte é obrigado a entregar, quando intimado, os arquivos corrigidos, conforme a previsão do RICMS-BA/97.

“Art. 708-B

[...]

§5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.”

Ao compulsar os demonstrativos de apuração e de débito, verifico que o autuante, apesar de ter apurado de forma correta a base de cálculo, no entanto indicou, incorretamente, a multa estatuída no inciso XIII-A, alínea “i” do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Eis que, não há dúvida alguma que a multa adequada para o presente caso é a prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96 a seguir reproduzida.

“Art. 42...

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

[...]

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.”

Logo, depois de constatar que se encontra devidamente discriminada a origem e a apuração da base cálculo, consoante demonstrativos de apuração e de débito, fl. 805, procedo ao enquadramento correto da multa de ofício e concluo que a infração 06 afigura-se caracterizada.

Quanto às infrações 02 e 05 a acusação é de que ocorreu utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, a título de devoluções de mercadorias efetuadas por consumidores finais sem comprovação de tais devoluções - infração 02 e sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito - infração 05.

Em relação à infração 02, depois analisar as notas fiscais, fls. 27 a 356, constata-se que se trata de devoluções, no entanto, não indicam os nomes dos clientes e não especificam o motivo que deram ensejo a tais devoluções. Notas Fiscais emitidas nessas circunstâncias são absolutamente inservíveis para comprovar efetivamente as devoluções. O art. 653 do RICMS-BA/976 prevê que, em caso de recebimento de mercadoria devolvida por consumidor, o contribuinte pode creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução. A prova deve ser produzida nos termos do §2º, que regula a forma como deve ser emitida a Nota Fiscal de entrada das mercadorias devolvidas, devendo ainda o contribuinte obter, na Nota Fiscal ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade. Essas providências não foram adotadas. Está configurada a infração.

Quanto à infração 05 que decorreu da falta de apresentação do documento comprobatório na utilização de créditos fiscais relativo a antecipação parcial. Em sua defesa o autuado impugnou a infração com a simples afirmativa de que possui os documentos idôneos que comprovam seus direitos creditórios, e a utilização dos mesmos foi certa conforme a lei. Ora, ciente da acusação fiscal como demonstrou o sujeito passivo poderia, perfeitamente, apresentar a comprovação de sua alegação, sequer por amostragem, e não fizera.

Frise-se que o direito ao crédito do ICMS pago antecipadamente (antecipação parcial) e escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS - LRAICMS no mês subsequente é concedido quando há o recolhimento do tributo. Restou comprovado nos autos, no demonstrativo de “Arrecadação por Receita”, fls. 661 e 662, e no LRAICMS, fls. 426 a 452, que no exercício de 2007, não ocorreu qualquer pagamento a título antecipação parcial, no entanto, houve o

aproveitamento do crédito no *Conta Corrente* do autuado, o que se caracteriza, inequivocamente, a sua utilização indevida.

Ressalto que, se por eventual falha do sistema arrecadação da SEFAZ, não constasse o registro de recolhimento a título de antecipação parcial, caso o autuado carreasse aos autos comprovação inequívoca desses recolhimentos, certamente seriam considerados.

Assim, em face da simples negativa do cometimento da infração que, ao teor do art. 143 do RICMS-BA/97, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, resta também caracterizada a infração 05.

A infração 03 diz respeito à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal - notas fiscais capturadas pelo sistema CFAMT. O autuado não refutou a aquisição das mercadorias constantes das notas fiscais arroladas na acusação fiscal, sustentou, tão-somente, que mantém os devidos Registros, na forma exigida no art. 322 do RICMS-BA/97, e por isso essa infração foi indevidamente constatada, e deve ser anulada, uma vez que dispõe de todos os meios para comprovar entradas de mercadorias em seu estabelecimento.

Assiste razão ao autuante quando observou ao prestar informação que as vias das notas fiscais obtidas por meio do sistema CFAMT, apensadas às fls. 359 e 360, bem como cópias do livro Registro de Entradas onde se verifica que a ausência de registro das mesmas, o que indica a ocorrência de entrada e a consequente saída das mercadorias sem controle fiscal.

Ao examinar as cópias das notas fiscais obtidas pelo sistema CFAMT, elencadas no demonstrativo de apuração dessa infração, fl. 358, e colacionadas às fls. 359 e 360, constato que a cópia da Nota Fiscal nº 89.939 emitida em 01/11/2006 no valor de R\$5.152,32, não foi colacionada e nem consta como tendo sido entregue sua cópia ao autuado por ocasião da intimação, fl. 561. Portanto, deve ser excluída do total apurado a exigência fiscal atinente a essa Nota Fiscal.

Assim, por restar demonstrado nos autos a entrada das mercadorias constantes das Notas Fiscais de nºs 82.043 e 157301 sem o devido registro na escrita fiscal, concluo que a infração 03 remanesce parcialmente caracterizada no valor de R\$567,81.

No que diz respeito à infração 04, que acusa o autuado de omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartões, em sua impugnação, o sujeito passivo assinalou que as informações divergentes dos bancos e instituições responsáveis pelos cartões de crédito não refletem o real recolhimento do imposto devido. Asseverou que não omitiu saída de mercadorias afirmando que possui as competentes Notas Fiscais referentes a todas as vendas, e que por isso, essa infração deve ser anulada, uma vez que constatação do autuante não condiz com seus registros.

Como claramente se depreende das alegações alinhadas pelo autuado, não foi trazida aos autos qualquer comprovação para consubstanciar suas razões de defesa, portanto, ineficaz para elidir a acusação fiscal.

Ademais, de exame realizado nas peças que constitui essa infração constato que a omissão de saídas foi apurada mediante levantamentos efetuados com base na documentação apresentada pelo autuado, as reduções "Z" do ECF, onde foram consideradas as vendas através de cartões de crédito/débito, cujos totais mensais foram confrontados com os totais correspondentes informados pelas administradoras de cartões, conforme relatórios e demonstrativos, fls. 415 a 423, o que resultou na diferença e na consequente exigência fiscal. Verifico também que além de constar nos autos, Compact Disk – CD, fl. 424, contendo o Relatório TEF diário, foram entregues ao autuado todos os demonstrativos e arquivo magnético com o Relatório TEF diário, conforme se verifica na intimação à fl. 561.

Observo que, sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no §4º do art. 4º da Lei 7.014/96.

Por se tratar de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99. Como o sujeito passivo não carreou aos autos elemento algum capaz de elidir a acusação fiscal, mantenho integralmente a infração 04.

Por fim, saliento que, conforme disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99) é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Considerando que em relação aos argumentos defensivos relativos às seis infrações que compõem o presente Auto de Infração nada foi apresentado para comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, constituindo mera negativa de cometimento da infração, o que à luz dos artigos 142 e 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108883.0015/10-7**, lavrado contra **SCHMIDT INDÚSTRIA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$51.080,43**, acrescidos das multas de 60% sobre R\$49.145,41, de 60%, e de 70% sobre R\$1.935,02, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$30.375,61**, previstas nos incisos XIII-A, “j” e IX, do art. 42 da supracitada lei, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA