

A. I. Nº - 298618.0011/11-7
AUTUADO - RETICÊNCIAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - PLÍNIO SANTOS SEIXAS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 17/12/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0287-03/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infrações subsistentes. **3. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO POR ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. 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. Reduzido o valor do débito mediante comprovação da emissão de documentação fiscal de vendas com cartão de crédito e de débito elencadas no TEF diário por operações nos exercícios de 2007 e 2008. Excluído o débito exigido atinente ao exercício de 2009 por ter sido apurado aplicando método não previsto na legislação - comparação das vendas declaradas na DMA com as informadas pelas financeiras e administradoras de cartão de crédito - e aplicada a proporcionalidade do apurada no exercício anterior. Infração parcialmente subsistente. **4. LIVROS FISCAIS. MULTA. FALTA DE APRESENTAÇÃO.** Refeito os cálculos para se adequar a multa prevista no inciso XIV do art. 42 da Lei 7.014/97, ou, seja, R\$920,00 por cada livro extraviado. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada preliminar de nulidade e indeferido de diligência Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2011, exige crédito tributário no valor de R\$471.834,34, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de março a setembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$40.733,16, acrescido da multa de 50%;
2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desconcórdia entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, fevereiro e outubro a dezembro de 2007, janeiro a julho, setembro e dezembro de 2008, janeiro a março, maio a julho

e setembro a novembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$25.422,09, acrescido da multa de 60%;

3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$400.159,09, acrescido da multa de 70%;

4. Extravio dos livros fiscais: livros Registros de Entradas, de Saídas, de Apuração do ICMS, de 2009 e os livros Registros de Inventário de 2007, 2008 e 2009, sendo sugerida a multa de R\$5.520,00.

Consta na “Descrição dos Fatos” “Falta de recolhimento e recolhimento menos do ICMS empresa normal no período fiscalizado com resultados obtido através do refazimento do conta corrente dos anos de 2007 e 2008, levando-se em considerações as devoluções efetivamente registradas nas reduções Z. Não foram acatadas na sua totalidade as Notas Fiscais de entrada a título de devolução de compras por não haver comprovação efetiva das referidas devoluções (trocas) de mercadorias. As acatadas foram referendadas com o lançamento da troca (devolução) nas reduções Z apresentadas, valendo observar que o percentual chega a atingir 22%, como por exemplo no mês de jan de 2008. O não acolhimento das devoluções não comprovadas decorreram das reiteradas alegações de extravio de livros e documentos fiscais, fato observado em diversos do mesmo titular, inclusive estamos anexando relatório de fiscalização anterior no estabelecimento IE 25.161.898 e declaração do estabelecimento 048.421.641 onde se confirma a não entrega de livros e documentos por extravio, pg 447 a 449. O ano de 2009 o Conta Corrente foi totalmente feito pois o contribuinte não apresentou nenhum livro do período. Consta do processo folha 20 declaração de extravio desta documentação. O conta corrente de 2009 foi executado baseando-se notas de entrada e reduções Z apresentadas dos meses de março, abril, maio, junho e setembro do ano em referência. Para os meses cujas documentações não foram apresentadas, conta corrente baseou-se no DMA e não foram consideradas as devoluções de mercadorias comprovadas. Também encontramos omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito em valores inferiores aos fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões. O contribuinte não forneceu todas as notas fiscais e reduções Z no ano de 2009 informando terem sido extraviadas conforme consta declaração no auto. Como não foram fornecidos os documentos e os livros de 2009 consideramos para esses meses: 1º - A proporcionalidade de 2009 sendo a média das proporcionalidades de 2008. 2º - Nos meses onde não foram fornecidos os documentos consideramos todas as vendas declaradas na DMA, excluindo as devoluções, como sendo vendas tudo a cartão beneficiando dessa forma o contribuinte já que não foi possível excluir as vendas a dinheiro ou outra fora de pagamento. Consideramos multas acessórias por extravio dos livros fiscais: Livro Fiscal de entrada 2009, Livro Fiscal de Saída 2009, Livro fiscal de Apuração do ICMS 2009, Livro de Inventário 2008 e Livro de Inventário de 2009 sendo para cada um, multa de R\$920,00, conforme Art 42, XIV da lei 7014/96.”

O autuado apresenta peça defensiva, de fls. 457 a 461, inicialmente, suscita preliminar de nulidade do lançamento, por insegurança na determinação das infrações e apuração dos valores, devido às descrições das infrações, terem sido elaboradas de forma bastante resumida, o que não condizem e não se coadunam, de forma clara e individualizada com a “Descrição dos Fatos”.

Defendeu que a “Descrição dos Fatos” foi apresentada de forma genérica e confusa, não se podendo segregar qual fato corresponde às quatro ocorrências imputadas, com acusações sintetizadas, atribuídas ao “refazimento da conta-corrente”, sem que houvesse, para tanto, base legal, justificativas e autorização da Autoridade Superior para o mencionado “ato”. Afirma que não recebeu as demonstrações analíticas da apuração e que a condução da ação fiscal, além de irregular, enseja insegurança na determinação das infrações e apuração dos valores, ocasionando, por via conexa, cerceamento de seu direito de defesa. Arremata requerendo a nulidade do lançamento.

No mérito, destaca que sendo obrigada, devido ao princípio da concentração da defesa, a intervir no lançamento, mesmo com a visão ofuscada, afirma que são improcedentes as acusações.

No que tange ao item Infração 01, diz que os valores cobrados não são devidos, pois de acordo com as “planilhas de retificação de livros”, referente aos exercícios de 2005, 2006 e 2007, em anexo, o sujeito passivo possuía créditos de período anterior, justificados e comprovados em consonância com demonstrativos, relatório e livros fiscais anexos. Explica ter identificado em sua contabilidade que o sistema não estava lançando os créditos, a exemplo daqueles referentes às notas fiscais de entradas, por transferências, o que deu margem à retificação e levantamento dos valores lançados na sua escrita fiscal. Argui que a autuação não tem base legal e nem a autorização da INFAZ, e que alterou o “Conta-Corrente”, criando valores fictícios apontados como devidos. Assinala que o procedimento fiscal foi feito de forma irregular, e que diante das provas ora apresentadas, deve prevalecer na busca da verdade material.

Ao tratar da infração 02, diz que tem o mesmo destino, pois o autuante, baseando-se em ilegal e irregular “refazimento do Conta-Corrente”, criando as importâncias erigidas ao condão de “débitos”. Nesse caso, é levada a acreditar que não foram consideradas as “devoluções de vendas”, ato que é previsto na legislação e que não conta com limite pré-estabelecido. Assevera que o limite é a verdade operacional, demonstrada mediante notas fiscais e comprovantes de devoluções assinados por seus clientes, com identificação completa dos mesmos. A importância devida neste item é de apenas R\$2.947,64, pertinente a devoluções de produtos sujeitos ao “regime de substituição tributária” (calçados), que, por equívoco, deram vazão a créditos indevidos.

Em relação à infração 03, sustenta que o presente lançamento implica parcialmente “bis in idem”, referente ao período de janeiro, fevereiro, maio, julho, agosto e setembro de 2009, cópia anexa, que foi objeto de pagamento e diz respeito parcialmente ao mesmo fato gerador. Acrescenta observando que as demais importâncias, relativas a 2007, 2008 e 2009, são indevidas, pois as vendas apontadas nos TEFs Diários, em verdade, como se pode auferir através de datas e valores, tiveram sim os cupons fiscais correspondentes emitidos, de acordo com os documentos que seguem anexos (cupons e TEFs Diários), acontecendo que, por erro operacional, as vendas foram registradas, apenas nas “Reduções Z”, como se fossem em “espécie”.

Afirma que, apesar dessa falha, os cupons fiscais registraram os valores por meios de pagamento, não existindo dúvidas de que as importâncias foram levadas à tributação de forma espontânea. Declara que, como o lapso de tempo para a apresentação da defesa não foi suficiente para exaurir a conferência, apresentará posteriormente o restante da documentação, especialmente cupons fiscais, que elidem a presunção instaurada.

Quanto à infração 04, a autuação não pode prosperar, na medida em que a acusação é de “extravio dos livros”, se concluindo que tal fato, apesar da confusão citada na preliminar, foi adotado para sustentar as acusações dos demais itens, pelo que as sanções devem ser absorvidas. Ademais, o livro Registro de Inventário foi apresentado, conforme cópia anexa, não tendo sido aceito por ter sido escriturado “por linha de produto” e não “por código”. Registra ainda que a multa foi aplicada “por exercício” e não por livro, não se podendo asseverar que faltou “um livro para cada exercício”. Aduz que no máximo, pode prevalecer a pena por três livros, quais sejam, Registros de Entradas, de Saídas e de Apuração do ICMS, requerendo que seja mantida, no máximo, apenas uma multa de R\$920,00.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, com base nos elementos ora carreados ao feito, revisão para alcançar a verdade material, determinando a regularidade, ou não, da escrituração fiscal, das devoluções de compras, dos lançamentos, e, apesar do equívoco no registro da modalidade de pagamento nas “Reduções Z”, dos valores do item 3 nos cupons do ECF.

Conclui requerendo a nulidade ou pela improcedência ou, no máximo, procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante apresenta informação fiscal, fls. 2728 a 2730, observando que foram descritos passo a passo todas as irregularidades apuradas na ação fiscal e a forma como foram apuradas as mesmas, inclusive na infração 01 foi cobrado imposto em relação ao não recolhimento no mês e na infração 02 a diferença entre o recolhido e o apurado, tudo com base no refazimento do Conta-corrente Fiscal.

Na apuração 03 também foi esclarecida com a descrição como foi apurado o imposto na venda com pagamento de cartão de crédito/débito sem a devida emissão do documento fiscal.

Já na infração 04, como a multa prevista por extravio se dá por cada livro e a sua encadernação se dá por exercício, considerou que a empresa utilizou um livro por exercício. Deste modo à multa não foi cobrada por exercício e sim por livro extraviado. Esclarece que esta consideração foi utilizada, uma vez que o contribuinte escriturou seus livros por meio de processamento de dados eletrônicos e os encaderna por exercício conforme se verifica pelos apresentados.

Diz que descabe a arguição de nulidade por insegurança na determinação das infrações e apresentação dos valores por estar, tanto na descrição das infrações, quanto os próprios itens das infrações a identificação com clareza e precisão as irregularidades constatadas.

Declara que os demonstrativos analíticos foram entregues ao contribuinte no ato da ciência do Auto de Infração conforme se verifica nos documentos anexados ao PAF e como alguns documentos não foram entregues foi aberto novo prazo de trinta dias, fl. 272, para defesa e entregue todos os documentos constantes do Auto da Infração.

Assinala que o autuado não apresentou os livros de 2005 e 2006, nem foram comprovados os créditos durante o período de fiscalização embora solicitado na intimação constante à fl. 19, nem tampouco demonstrou ter atendido o que dispõe o §6º inciso I, alínea “a” do art. 319 do RICMS-BA/97.

Reporta que o autuado apresentou a impugnação e cópias reprográficas de livros onde se verifica a sua elaboração nos exercícios 2007, 2011, 2005 e 2006 respectivamente. Frisa que não tem como acolher os argumentos defensivos de que deixou de escriturar notas fiscais recebidas em transferência pelo período de dois anos consecutivos e proceder, sem qualquer comunicado ou autorização da SEFAZ, retificação das suas DMAS utilizando, a título de estorno de débito, valores efetivamente recolhidos quando da apuração do imposto nas datas devidas. Esclarece que no refazimento do Conta-Corrente do contribuinte nos exercícios fiscalizados foram identificados lançamentos irregulares de créditos relativos a notas fiscais emitidas a títulos de devolução de mercadoria, bem como utilização indevida de crédito fiscal em relação à aquisição de mercadorias em fase de tributação encerrada, além de outras irregularidades devidamente identificadas nos demonstrativos junto ao processo.

Chama atenção para as operações que o contribuinte considerou como devoluções, na realidade se tratam de troca, e neste sentido, relata que realizou um trabalho minucioso para a identificação das efetivas, operações de troca (devoluções) considerando que o contribuinte predominantemente trabalha com “Emissor de cupom fiscal” e foi verificado e acolhido todos os valores constante na redução “Z” a título de troca (devoluções) como forma de pagamento da diferença das mercadorias.

Assevera que os papéis intitulados “Dados para devolução de mercadorias” por si só não confirma ter havido efetivamente a anulação da operação realizada anteriormente. Afirmar que só foram considerados aqueles comprovados, cujos valores constavam das reduções Z, confirmando a troca da mercadoria. Diz que no restante cabem as mesmas argumentações apontadas anteriormente sendo que nesta infração a cobrança do imposto é relativa à diferença entre o recolhido e o devido.

Acrescenta que no levantamento da infração 03 foram observados os valores cobrados mediante PAF 2069560001/10-8, conforme se verifica à fl. 446, não havendo cobrança em duplicidade, ou seja, dos valores apurados foram deduzidos os já lançados através do Auto de Infração citado.

Aduz que foram considerados os novos elementos trazidos aos autos pelo contribuinte, no qual se procedeu às devidas retificações incluindo ao levantamento os valores apresentados, tendo inclusive elaborado novo demonstrativo de débito reduzindo o valor deste item, reduzindo o valor do débito para R\$288.922,60.

Alerta que só houve novos elementos relativos ao período de 2008, sendo os valores relativos aos demais anos mantidos.

Informa ainda que a apresentação dos novos documentos é descabida vez que o mesmo além do prazo da ação fiscal para a entrega dos mesmos, ter como prazo de defesa mais trinta dias, e aberto novo prazo fl. 2724, e até o presente momento nada nos foi apresentado, já que é do interesse do contribuinte a apresentação dos documentos comprobatórios. Diz entender restar cumprida sua responsabilidade quanto a este processo.

Pontua que já foram observados inicialmente os motivos que levaram a cobrança da multa por extravio de livros fiscais, no qual reforçou que a referida multa esta prevista no art. 42, XIV da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$920,00 por livro extraviado.

O patrono do autuado se manifesta, fls.2802 a 2805, reiterando todos os termos de sua defesa e pede que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do autuado na ação administrativa que ora se instaura.

Observa que a Informação Fiscal demonstra a ineficácia da autuação e que ao menos deve ser realizada revisão do lançamento, na busca da verdade material. Observa que apesar de ter acatado redução no item 03, pois os documentos apresentados fazem valer o princípio da verdade material, o autuante insiste em manter as demais cobranças, assim como o próprio item 03 parcialmente, o que não procede.

Em preliminar de nulidade, volta a arguir as mesmas razões expostas na defesa inicial, quanto à descrição dos fatos, que alega que as infrações foram apresentadas de forma genérica e confusa, não se podendo segregar qual fato corresponde às quatro ocorrências imputadas.

No mérito, repisa os mesmos argumentos na infração 01. No tocante a segunda infração afirma que a importância devida neste item é de apenas R\$2.947,64, pertinente a devoluções de produtos sujeitos ao “regime de substituição tributária” (calçados), que, por equívoco, deram vazão a créditos indevidos. Ressalta mais uma vez que a exigência é indevida, diante da prova material já apresentada com a defesa, o que justifica, ao menos, a revisão deste item do lançamento.

Na infração 03, reafirma que a documentação fiscal que baseia a escrituração permite, ainda que tenha tido lugar infração de caráter formal, concernente a possível ausência de autorização para a “reconstituição”. Diz que estando amparados pela documentação fiscal correspondente, os lançamentos realizados devem ser acatados, não se impondo ao autuado o pesado ônus da multa por infração. Pede novamente a verificação do item, no qual sustenta argumento que as vendas apontadas nos TEFs Diários, em verdade, como se pode auferir através de datas e valores, tiveram sim os cupons fiscais correspondentes emitidos, de acordo com os documentos que seguem anexos e com aqueles apresentados com a defesa. Aduz que aconteceu, por erro operacional, as vendas terem sido registradas, apenas nas “Reduções Z”, como se fossem em “espécie”.

Apela novamente para o princípio da verdade material, pede revisão fiscal, pois mesmo o novo valor apontado para 2008, de acordo com os elementos já apresentados defesa, deve prevalecer, tudo consoante demonstrativos e documentos anexos, organizados dia a dia (inclusive complemento de 2008). Ressalta que o princípio da verdade material, como solidamente recepcionado pela jurisprudência do CONSEF (PAF 1804620013990 – empresa, GERSON & CIA LTDA

– A-0296-11/06), deve prevalecer sobre a “vontade” do digno autuante, que “rejeita” a juntada de novos documentos.

Quanto à infração 04, mantém o argumento defensivo já esboçado, no qual o LRI pode ser aceito por ter sido escriturado “por linha de produto” e não “por código”. Menciona que a multa foi aplicada “por exercício” e não por livro, não se podendo asseverar que faltou “um livro para cada exercício”, e que no máximo, pode prevalecer a pena por três livros, quais sejam, entradas, saídas e apuração do ICMS. Aliás, devido à forma que a autuação foi levada a efeito, pede que seja mantida, no máximo, apenas uma multa de R\$920,00.

Ratifica seu pleito pela Nulidade ou Improcedência ou Procedência Parcial do Auto de Infração.

O sujeito passivo ingressa com petição para juntada de documentação colacionada às fl. 3716 a 5.391.

Em nova informação do autuante, fls. 5.394 a 5396, disse que manteve os itens 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09 e 11 da informação fiscal prestada às fls. 2727 a 2796, pois o contribuinte não trouxe nada de novo que não já tenham sido apreciados anteriormente.

Com relação ao item 10, esclarece que refez o levantamento das omissões utilizando as informações encaminhadas nas defesas e elaborado planilhas com os dados das reduções z e cupons fiscais apresentados nas defesas. Observa que considerou as tabelas elaboradas pelo contribuinte na defesa por conter muitos erros (tanto lançamentos de valores que não constam de nenhuma redução z como de valores do “relatório do cartão”) porém, refez as planilhas baseando-se nas reduções z apresentadas na defesa associando-as as páginas do processo e também planilhas dos cupons fiscais que estavam compatíveis com os valores apresentados pelas administradoras dos cartões e não teriam sido lançados na “redução z” pelo contribuinte. Observa que refez dia a dia todos os valores das omissões que ora apresenta. Colaciona novos demonstrativos discriminando as omissões apuradas: 2007 - R\$42.413,44, fl. 5488; 2008 - R\$36.552,64, fl. 5563 e 2009 - R\$9.170,67, fl. 5631. Totalizando um débito de R\$88.136,75 da infração 03.

Em nova manifestação, fls. 5.636 a 5637, reiterou todas as alegações já explicadas anteriormente, pede novamente pela nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa, posto que os novos elementos ora ofertados, em verdade, são aqueles que deveriam compor a acusação fiscal no seu nascedouro, quando o autuado teria 30 (trinta) dias para examinar as operações relativas ao item 3 e apresentar suas justificativas e provas. Destacou também que não enviaram por meio magnético, sendo uma obrigação se torna igual ao Fisco, foi concedido o exíguo prazo de 10 (dez) dias, para exame de centenas de folhas de planilhas e milhares de operações.

Reiterou todas as contestações e argumentações alinhadas nas manifestações anteriores. Renovou seu pleito pela Nulidade, Improcedência ou Procedência Parcial.

O autuante ao se reportar sobre a manifestação anterior e aos documentos carreados pelo impugnante, fls. 5.394 a 5396, reitera integralmente a informação prestada às bem como seus anexos. Ressalta que a manifestação não traz nenhum elemento material que adicione ao que já foi analisando anteriormente.

Observa ainda que a informação das fls. 5394 a 5396 só foram possíveis de serem realizadas em razão do contribuinte, naquela oportunidade ter apresentado elementos de prova material que justificou a revisão. Disse ainda que durante a ação fiscal, mesmo sendo intimado reiteradas vezes, tais documentos não foram apresentados, tampouco quando do prazo da defesa, só ocorrendo numa segunda manifestação do impugnante.

Assim mantém na íntegra o resultado bem como seus demonstrativos.

Em pauta suplementar a 1ª JJF Fiscal, fls. 5644, deliberou baixar os autos em diligência para que o autuado fosse intimado a tomar ciência dos ajustes efetuados pelo autuante e reabertura do prazo de defesa para manifestação.

Em sua manifestação acerca da reabertura de prazo, fls. 5614, se limita a destacar que, com base nos elementos já carreados ao feito, e já existindo prova de equívocos no lançamento, pede revisão por fiscal estranho ao feito, para alcançar a verdade material, determinando a regularidade, ou não, da escrituração fiscal, das devoluções de compras, dos lançamentos, e, apesar do equívoco no registro da modalidade de pagamento nas “Reduções Z”, dos valores do item 03 nos cupons do ECF.

Renova o pedido pela Nulidade, Improcedência ou Procedência Parcial do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, refuto a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, sob a alegação de insegurança e falta de clareza na descrição das infrações e na apuração dos valores, bem como pela falta de entrega das demonstrações analíticas da apuração das exigências, objeto do Auto de Infração. Observo que não deve prosperar a pretensão do impugnante, uma vez que resta nitidamente evidenciado nos autos que todas as infrações afiguram-se devidamente explicitadas com o correspondente enquadramento legal e o cometimento de cada uma delas circunstanciado na descrição dos fatos. Tanto é assim que o sujeito passivo desenvolveu sua defesa abordando todos os aspectos da acusação fiscal sem demonstrar qualquer obscuridade em seu teor. Portanto, não vislumbro óbice algum no exercício do direito de ampla defesa pelo autuado, nem qualquer afronta ao devido processo legal. Registro que todos os elementos e demonstrativos de apuração da base de cálculo e débito foram, no transcurso da ação fiscal, disponibilizados ou suplementados com reabertura do prazo de defesa. Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Em relação ao pedido de diligência, ao confrontar os argumentos trazidos na defesa com o Auto de Infração e seus anexos, considero que já estão presentes nos autos todos os elementos suficientes para se decidir a matéria em análise. Dessa forma, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do RPAF-BA/99, indefiro o pedido de realização de diligência.

No mérito o Auto de Infração em lide versa sobre o cometimento de 04(quatro) infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

As infrações 01 e 02 cuidam, respectivamente, da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios e recolhimento a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

O autuado, em sede defesa, contestou a validade do refazimento do Conta Corrente Fiscal feito pelo autuante destacando que os valores cobrados não são devidos. Ao cuidar da infração 01 afirmou que de acordo com as “planilhas de retificação de livros”, referente aos exercícios de 2005, 2006 e 2007, em anexo, possuía créditos de período anterior, justificados e comprovados em consonância com demonstrativos, relatório e livros fiscais anexos. Em relação à infração 02 asseverou que no levantamento fiscal não foram consideradas as devoluções e asseverando que o débito relativo à infração é de somente R\$2.947,64, pertinente a devoluções de produtos sujeitos ao “regime de substituição tributária” (calçados), que, por equívoco, deram vazão a créditos indevidos.

Depois de examinar as peças que compõem o contraditório em torno dessas duas infrações, constato que assiste razão ao autuante, tendo em vista que o levantamento fiscal foi elaborado com as documentações do autuado e contemplou todas as operações devidamente comprovadas e desconsiderou a escrita fiscal apresentada pelo autuado refeita extemporaneamente por iniciativa própria sem a autorização da autoridade fazendária, portanto, totalmente sem amparo legal, o que torna inservível para a comprovação pretendida.

Verifico também que o autuante considerou corretamente as trocas, apontadas pelo autuado como devolução, reconhecendo a totalidade daquelas cuja documentação fiscal restou comprovada mediante emissão correspondente cupom fiscal nota fiscal para materializar a operação.

Assim, por entender que as alegações apresentadas pelo autuado não atingem e nem maculam a acusação fiscal que se encontra lastreada nos demonstrativos de apuração e de débito, fls. 108(infração-01), fls. 107/109, 226/227 e 316 a 363(infração-02), ficam mantidas as infrações 01 e 02.

No que diz respeito à infração 03 que trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, verifico que a única alegação defensiva para refutar o não cometimento da infração fora que seu equipamento fiscal, por falha, registrou as operações com pagamento em cartão de crédito ou de débito, como se com dinheiro fossem.

Assim, por se tratar de presunção legal de omissão de receita, prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, cabendo ao autuado de provar a improcedência, como estatuído no aludido dispositivo legal.

Constato que o autuante, em relação aos exercícios de 2007 e 2008 procedeu corretamente ao acolher todas as comprovações apresentadas pelo sujeito passivo. Verifico que foram excluídas do levantamento fiscal todas as operações informadas no Relatório TEF diário, cujos documentos fiscais correspondentes foram emitidos e apresentados pelo autuado à fiscalização, resultando na redução do débito. Também foi calculada e aplicada a proporcionalidade das mercadorias tributáveis, consoante previsão da IN 56/2007.

Em relação, especificamente ao exercício de 2007, constato que diante da não apresentação da documentação fiscal o autuante, na apuração das omissões, substituiu, em alguns meses, as vendas registradas na Redução Z pela declaração de vendas fornecidas pelo autuado na DMA, e aplicou a proporcionalidade com base na média apurada no exercício anterior. Portanto, resta comprovada a utilização de metodologia não prevista na legislação que instituiu a presunção legal, eis que, em se tratando de presunção legal de omissão de receita é imperioso que seja atendido integralmente o método para apuração preconizado sob pena de desvirtuar o instituto legal e descaracterizar a exigência fiscal modelada. A correta obtenção das diferenças que revelam omissão de receita, consoante expressa determinação do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, deve ser obtida da comparação unívoca entre as vendas com cartão de crédito fornecidas pelas operadoras com as vendas com cartão registradas na Redução Z do ECF. Assim, entendo que qualquer apuração que não reflita essa premissa legal não tem sustentação para sua exigibilidade.

No tocante à aplicação da proporcionalidade estatuída na IN 056/07, inexistente qualquer previsão para sua aplicação utilizando dados de exercício que não seja o da própria apuração.

O sujeito passivo reclamou de tempo pelo grande volume de documentação para examinar as correções realizadas no lançamento original, com base nas comprovações apresentadas. A 1ª JJF, com o objetivo de não ofender o exercício de ampla defesa do autuado, deliberou pela intimação do autuado com reabertura de prazo para manifestação, fls. 5644. No entanto, o sujeito passivo ao se pronunciar, fls. 5660 a 5661, não apontou objetivamente e de forma inequívoca qualquer falha ou inconsistência no novo levantamento fiscal elaborado pelo autuante, fls.5632.

Logo, depois de verificar a correção dos novos demonstrativos elaborados pelo autuado com base na comprovação documental apresentada pelo impugnante, concluo que nos exercícios de 2007 e 2008 o valor do débito deve ser reduzido, respectivamente, para R\$42.413,44, fl. 5488 e R\$36.552,64, fl. 5563.

No que diz respeito ao exercício de 2009, como enunciado acima, concluo pela nulidade deste item, tendo em vista o descumprimento da metodologia legal de apuração que resultou em valor que não representa com fidedignidade a exigência de omissão de receita, via presunção legal, erigida no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Nestes termos, represento à autoridade competente que avalie a necessidade de realização de uma nova ação fiscal para apurar a omissão de saídas no exercício de 2009 a salvo dos equívocos acima indicados.

Por isso, considero parcialmente caracterizada no valor de R\$78.966,08 a infração 03.

No que concerne à infração 04 que trata do extravio dos livros fiscais, Registros de Entradas, de Saídas, de Apuração do ICMS e de Inventário, constato que, consoante declaração do próprio autuado, fl. 20, efetivamente, foram extraviados quatro livros fiscais, portanto, concluo pelo descumprimento da obrigação acessória prevista no inciso XIV do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que resulta exigência total R\$3.680,00 decorrente da multa de R\$920,00 por cada livro extraviado.

Logo, a infração 04 é parcialmente subsistente no valor de R\$3.680,00.

Quanto ao pedido do impugnante para que as intimações relativas ao presente feito sejam endereçadas ao escritório do patrono, ressalto que nada obsta o atendimento de seu pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado, contudo, o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF-BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298618.0011/11-7**, lavrado contra **RETICÊNCIAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$145.121,34**, acrescido das multas de 50%, sobre sendo R\$40.733,16 60% sobre R\$25.422,09, e de 70%, sobre R\$78.966,09, previstas, respectivamente, no artigo 42, incisos I, alínea “a”, II, alínea “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.680,00**, prevista no art. 42, inciso XIV, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA