

PROCESSO - A. I. Nº 298618.0010/11-0
RECORRENTE - RETICÊNCIAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (ELEMENTAIS & CIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0290-02/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12.07.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0265-13/13

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. REFAZIMENTO DO CONTA CORRENTE FISCAL. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. a) FALTA DE RECOLHIMENTO; b) RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações não elididas. 2. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu parcialmente. Modificada a Decisão recorrida. 3. LIVROS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0290-02/12, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado para exigir o valor de R\$ 271.144,06, em razão das seguintes imputações:

INFRAÇÃO 1. Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS de R\$ 42.291,39, relativo a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, apurado em razão do refazimento do conta corrente nos meses de junho a setembro de 2007;

INFRAÇÃO 2. Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 15.242,77, nos exercícios de 2007 a 2009, em decorrência do refazimento do conta corrente, apurando desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS;

INFRAÇÃO 3. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, relativo aos meses de janeiro de 2007 a julho de 2009, pela qual se exige o ICMS de R\$ 208.089,90.

INFRAÇÃO 4. Multa, no valor de R\$ 5.520,00, pelo extravio dos livros: Registro de Entradas, Registro de Saída e Registro de Apuração do ICMS no ano de 2009 e Registro de Inventário nos anos de 2007 a 2009.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 235.133,84, após não acolher as preliminares de nulidade arguidas, pois entende que o procedimento fiscal preenche todos os pressupostos de validade, não identificando nenhuma violação ao princípio do

devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

No mérito, a JJF salienta que as infrações 1 e 2 foram apuradas mediante o Roteiro de Auditoria da Conta Corrente Fiscal, com base nos documentos fiscais escriturados pelo próprio contribuinte. Destaca que não foi comprovada a existência de saldo credor, com apresentação do livro Registro de Apuração do ICMS, devidamente escriturado à época dos fatos geradores, pois, como se observa na infração 4, o contribuinte não apresentou o referido livro fiscal. Aduz, ainda, que o contribuinte, durante a ação fiscal foi devidamente intimado, à fl. 19, para comprovar a existência do referido crédito, porém não comprovou. Registra, também, que os livros fiscais de 2005 e 2006, acostados pela defesa, não podem ser acolhidos, uma vez que foram elaborados em 2007 e 2011, sem autorização da SEFAZ.

Salienta a JJF que, ao refazer a conta corrente fiscal do contribuinte, o autuante identificou lançamentos irregulares de créditos relativos a notas fiscais emitidas a título de devolução de mercadoria, bem como utilização indevida de créditos fiscais em relação à aquisição de mercadorias com fase de tributação encerrada, além de outras irregularidades devidamente identificadas nos demonstrativos juntados ao PAF, cujos demonstrativos e levantamentos foram entregues ao contribuinte, quando da ciência do Auto de Infração, cabendo ao autuado, em sua defesa, apontar, de forma objetiva, qual ou quais documentos fiscais não teriam sido considerados corretamente pela fiscalização, inclusive em relação às operações de devoluções superficialmente mencionadas pela defesa, o que não foi feito apesar das diversas oportunidades concedidas. Assim, entende que as infrações 1 e 2 restaram caracterizadas.

Quanto à infração 3, a JJF destaca que o autuado alega que os valores das vendas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e/ou débito, entendendo não ser possível aplicar a presunção acima, como também afirma que não foram considerados os valores cobrados nos Autos de Infração nº 233048.0029/08-5, referente aos períodos de julho, agosto, setembro e dezembro de 2006 e maio/2007, e nº 233048.0001/10-5, referente aos períodos de setembro, outubro e dezembro de 2007, que foram objetos de pagamentos pelo autuado e dizem respeito ao mesmo fato gerador. Contudo, a JJF observa que já consta no demonstrativo fiscal, à fl. 155, relativo ao exercício de 2007, os valores correspondentes aos citados autos.

Inerente à alegação defensiva de existência de erro operacional dos funcionários do contribuinte registrando as vendas como se fossem em “espécie”, entende o órgão julgador que o mesmo deve ser acolhido, uma vez que o próprio autuante mediante a apresentação de documentos fiscais, após diversas intimações realizadas, revisou, por duas vezes, os levantamentos que embasam a infração, fls. 1.872 e 3.648 dos autos. Assim, acolhe os resultados das revisões fiscais realizadas, concluindo que a infração 3 restou caracterizada parcialmente, no valor de R\$ 172.079,68.

Em relação à infração 4, a decisão é de que o procedimento fiscal foi correto, pois aplicou a multa prevista por livro extraviado.

No Recurso Voluntário, às fls. 3699 a 3701, o recorrente diz reiterar todos os termos de sua defesa e pronunciamentos e pede que todas as intimações sejam encaminhadas aos profissionais constituídos, como também afirma que a Decisão recorrida deve ser reformada, pois inclusive impôs grave prejuízo à autuada, na medida em que o valor da condenação, referente ao item 3, foi erroneamente considerado.

Em seguida, diz que o autuante cometeu um equívoco, conforme fls. 3649, lançando o número incorreto do Auto de Infração. Contudo, se percebe que a inscrição estadual confere com a do estabelecimento autuado, assim como o valor original dos itens deste Auto de Infração, inclusive do item 3. Assim, segundo o recorrente, a condenação indicada seria de R\$ 57.263,67 e não R\$ 172.079,68, como apontada pela JJF às fls. 9 e 10 do Acórdão recorrido.

Diz ser possível que algum outro erro tenha sido cometido na instrução do PAF, contudo os demonstrativos de fls. 3509, 3604, 3648 e 3649 demonstram que, depois da segunda revisão, o débito

do item 3 seria de R\$ 57.263,67. Ressalta que “seria”, pois não foram avaliados os documentos juntados com a petição datada de 27/09/2012, que comprovam mais operações relativas ao item 3, “casando” operações por datas e valores, do que destaca que deve prevalecer a verdade material.

Cita julgado e protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, 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 3 nos cupons do ECF.

Por fim, pede nulidade ou, dependendo do resultado da revisão, improcedência dos itens contestados ou, no máximo, a procedência parcial do Auto de Infração.

Às fls. 3711 a 3712, a PGE/PROFIS, através de sua Procuradora Dr.^a Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, uma vez que, da análise da Decisão recorrida, a JJF cuidou de explicitar os valores da condenação da infração 3, listando os que foram modificados do demonstrativo inicial e os que foram mantidos, conforme planilha de fls. 3684 e 3685.

Salienta que o autuante foi instado a se manifestar após a apresentação pelo contribuinte dos novos elementos, só trazidos em sede de defesa, pertencentes exclusivamente ao exercício de 2009, do que elaborou novo demonstrativo de débito atinente apenas ao exercício de 2009, ficando reiterado o cálculo de fl. 1872, através do qual foi modificado o montante devido para o exercício de 2008, não tendo havido alteração para o exercício de 2007.

Assim, o opinativo é de que não vislumbra o equívoco apontado pelo recorrente na Decisão da JJF, ao condenar o autuado ao pagamento do valor de R\$ 172.079,68.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor histórico de R\$ 235.133,84.

Inicialmente, indefiro o pedido de 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 dos valores nos cupons fiscais, requerido pelo patrono do recorrente. Tal indeferimento decorre do fato de que todas as provas documentais trazidas aos autos foram devidamente consideradas pelo autuante, em relação à infração 3, modificando o valor inicialmente exigido. Porém, em relação às duas primeiras exações, o autuado não se eximiu de sua obrigação de comprovar documentalmente o valor do saldo credor inicial do ICMS do mês de janeiro de 2007, como também os lançamentos irregulares de créditos de devolução de mercadorias, bem como de utilização indevida de créditos fiscais de mercadorias com fase de tributação encerrada. Assim, vejo inexistir qualquer prova documental que venha motivar a realização da revisão fiscal.

Inerente às infrações 1, 2 e 4, no mesmo modo do Recurso Voluntário apresentado, o qual reiterou todos os termos de sua defesa e pronunciamentos para pretender que o Acórdão recorrido seja reformado, corroboro com a Decisão prolatada pela 2ª JJF, pois vislumbro:

1. Que no lançamento de ofício se observou o devido processo legal, operando-se o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo, inclusive convertendo-se o PAF em diligências para esclarecimentos, entrega de demonstrativos fiscais e reabertura do prazo de defesa, em respeito aos princípios da verdade material, ensejando pleno exercício do direito de defesa;
2. Impertinente a alegação de existência de saldo credor de ICMS anterior, pois não foi comprovado com a apresentação dos respectivos documentos fiscais e do livro Registro de Apuração do ICMS, devidamente escriturado à época dos fatos geradores, sendo desconsiderado o saldo credor consignado na DMA retificadora, relativa ao mês de dezembro de 2006, conforme consignado na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, como também em razão de o contribuinte não ter atendido a intimação para comprovar a existência do referido saldo credor, conforme fl. 19 do PAF, visto que a reconstituição da escrita fiscal para utilização extemporânea

de créditos fiscais, relativos a exercícios anteriores de 2005 e 2006, implica em rito processual próprio, com a devida autorização da repartição fiscal, nos termos previstos no art. 319, § 6º, do RICMS/97, então vigente, de forma a legitimar seus lançamentos fiscais.

3. Ao refazer o conta corrente fiscal o autuante desconsiderou os créditos irregulares a título de devolução de vendas e de mercadorias com fase de tributação encerrada, cujos demonstrativos foram entregues ao autuado, não tendo o mesmo comprovado documentalmente a legitimidade dos referidos créditos fiscais. Assim, concordo com a Decisão recorrida de que as infrações 1 e 2 estão caracterizadas.
4. No tocante à infração 4, concordo com o entendimento da JJF de que as multas aplicadas estão de acordo com o previsto no art. 42, XIV, da Lei nº 7.014/96, visto que corresponde ao valor de R\$ 920,00 por livro fiscal extraviado, no total de seis, perfazendo o montante de R\$ 5.520,00, cuja penalidade de caráter formal não deve ser absorvida pela multa da obrigação principal, por não resultar esta uma consequência direta daquela. Mantida a exigência.

Contudo, no que diz respeito à alegação recursal relativa à infração 3, cabe razão ao recorrente, pois, após diversas intervenções de defesa, o autuante considerou os valores dos documentos fiscais que tinham vinculação com a receita fornecida pela administradora de cartões e apurou o valor remanescente de R\$ 57.263,67, conforme demonstrativos às fls. 3.509, 3.604 e 3.648, sintetizado à fl. 3.649 dos autos. Assim, remanesce a infração 3 no valor de 57.263,67.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$ 120.317,83, sendo: R\$ 42.291,39 para a infração 1; R\$ 15.242,77 para a infração 2; R\$ 57.263,67 para a infração 3, e R\$ 5.520,00 para a infração 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298618.0010/11-0**, lavrado contra **RETICÊNCIAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (ELEMENTAIS & CIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$114.797,83**, acrescido das multas de 50% sobre R\$42.291,39; 60% sobre R\$15.242,77 e 70% sobre R\$57.263,67, previstas no art. 42, incisos I, “a”; II, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor de **R\$5.520,00**, prevista no art. 42, XIV, da mesma lei, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS