

A. I. N° - 207185.0041/10-4
AUTUADO - GRAPIÚNA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0042-01/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR CREDITADO. Somente é admitido o crédito fiscal do valor corretamente calculado e destacado no documento fiscal. Infração caracterizada. **b)** CRÉDITO DETERMINADO EM FUNÇÃO DE APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA INCORRETA SOBRE A BASE DE CÁLCULO APURADA NO LEVANTAMENTO DE ESTOQUE. Restou comprovado que o contribuinte apurou incorretamente o crédito fiscal a que fazia jus quando do seu desenquadramento do Regime SimBahia para o Regime Normal de apuração. Diligência realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito permitiu identificar a existência de equívoco no levantamento. Refeitos os cálculos pelo próprio autuante. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. 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 elidida parcialmente. 3 DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. Infração caracterizada. 4. LIVROS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/12/2010, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$101.743,69, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, nos meses de abril, julho, setembro, novembro e dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.133,70, acrescido da multa de 60%;
2. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela 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, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto e dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.398,94, acrescido da multa de 70%;
3. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$8.348,67;
4. Deixou de apresentar livro(s) fiscal (s), quando regularmente intimado, em 07/11/2010, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$920,00. Consta que após receber a segunda intimação;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, em razão de aplicação incorreta de alíquota sobre as mercadorias sujeitas ao ICMS, constantes no levantamento das mercadorias em estoque, no último dia útil do mês em que recebeu a comunicação de desenquadramento da condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte para Normal, em 31/07/2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$83.942,38, acrescido da multa de 60%;

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 111 a 118), afirmando que é inconcebível a acusação fiscal, conquantos, jamais se colocaria inerte ou atuaria dolosamente, no intuito de burlar os ditames legais, lesionando os cofres públicos.

Rechaça a infração 01, sustentando que esta não procede, uma vez que em cada nota fiscal expedida, especificamente, no campo “Dados Adicionais” – “Informações Complementares”, especifica o uso de crédito de ICMS correspondente à alíquota prevista no art. 23 da Lei Complementar nº 123/06 e o art. 2º da Resolução CGSN nº 53/2008, cujo teor reproduz. Salienta que, de fato, consta nas notas fiscais emitidas, no período apurado, a descrição conforme prevista em lei do uso correto de tais créditos, descabendo falar-se em uso indevido destes.

Diz que dessa forma, o cálculo realizado pelo autuante à fl. 02, não deve proceder.

Quanto à infração 05, menciona a existência de outro equívoco incorrido pelo autuante, pois a empresa foi desenquadrada do “Simples Estadual” em 30/06/2007, entretanto, possuía estoque no valor de R\$1.212.180,15, ao qual foi aplicada a alíquota preponderante de 17%. Observa que o recolhimento era feito pelo regime de Antecipação Tributária, já que as mercadorias eram oriundas do Sul e Sudeste.

Diz que desse modo, os créditos gerados no período em que se encontrava no Simples, e que não haviam sido utilizados à época, foram então aproveitados como saldo do estoque, o que não impediu no recolhimento por antecipação do tributo devido, na alíquota aproximadamente de 10,8%. Registra que tal entendimento foi corroborado através de Consulta realizada a SEFAZ/BA, conforme Parecer que anexa, ratificando a sua conduta, apontando a regra do art. 330-A, inciso III, do RICMS/BA.

Assevera que possuía mercadorias em estoque que à época de sua aquisição foram tributadas á alíquota de 17%, razão pela qual a alíquota a ser utilizada como base para cálculos dos créditos fiscais deve ser a anteriormente utilizada, só em que cima do valor mais recente da mercadoria, sendo este exatamente o seu procedimento.

Sustenta que nesse diapasão não merece prosperar este item da autuação.

No tocante à infração 02, afirma que jamais omitiu saída de mercadorias e que estas foram escrituradas devidamente nos livros competentes, razão pela qual não há ICMS a ser exigido.

Destaca que o imposto relativo às vendas foi devidamente recolhido, sendo que neste procedimento foram emitidos tanto Cupom Fiscal como Notas Fiscais das séries D-1 e S-1, conforme documentos acostados aos autos.

Invoca o princípio da tipicidade, para dizer que exigência fiscal somente será legítima se o fato ocorrido no mundo das coisas estiver em completa harmonia com a hipótese descrita na norma abstrata, sob pena de violação do aludido princípio. Acrescenta que o processo administrativo fiscal exige a busca da verdade material dos fatos, cabendo a autoridade administrativa o ônus de perquirir se os fatos ocorridos no mundo social, de fato, realizaram a hipótese de incidência da norma tributária.

Salienta que na tentativa de demonstrar a veracidade de suas alegações junta as Notas Fiscais de venda com cartão de crédito, bem como as Reduções Z e as respectivas planilhas.

Assevera que toda documentação colacionada vem em conjunto com a exposição realizada, corroborar as suas razões, caindo por terra a acusação fiscal.

Relativamente à infração 03, diz que é cediço que a utilização da NFVC da série D-1, a qual é anterior ao do equipamento citado, é permitida, mais ainda quando se trata de uso e do costume de cidades do interior, onde se dá preferência a estes talões, que não “apagam” com o tempo.

Assinala que o art. 824-B, §4º, do RICMS/BA, dispõe sobre quais situações o contribuinte ali enquadrado “somente será obrigado ao uso do ECF”.

No respeitante à infração 04, afirma que a acusação fiscal é frágil, uma vez que o próprio autuante informa que tal solicitação foi devidamente cumprida pelo autuado quando de uma nova intimação.

Diz que a acusação é frágil no sentido de que não se fez prova concreta da intimação eficaz, uma vez que quando realmente intimado apresentou toda a documentação solicitada pela Fiscalização. Acrescenta que os Termos de Apresentação de Livros e/ou Documentos dão conta da apresentação de toda a documentação exigida, inclusive dos livros fiscais.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 511 a 513 – vol. II), consignado que os argumentos defensivos não têm fundamentos e provas concretas, portanto, sendo insuficientes para elidir as infrações apontadas no Auto de Infração caracterizando um mero expediente protelatório.

Afirma que a discussão, no mérito, levantada pelo autuado, mostra-se inócua e carente de provas do quanto afirmado, já na descrição dos fatos.

No que tange à infração 01, diz que o impugnante sustenta os seus argumentos com juntada de photocópias de Notas Fiscais arroladas na autuação, que não identificam a real situação tributária dos fornecedores de origem; apresentam várias rasuras e anotações dúbias, além de registros de consistência duvidosa. Acrescenta que quando do exame das referidas Notas Fiscais, no curso da ação fiscal, optou pela glosa dos citados créditos fiscais, em face da precariedade das informações nelas registradas. Mantém integralmente este item da autuação.

Quanto à infração 02, frisa que o autuado juntou ao processo, photocópias de Notas Fiscais Mod. I e NFVC(cuja utilização é vedada, por se tratar de usuário de ECF), que, supostamente, teriam sido pagas com cartões de crédito/débito.

Ressalta que no curso da ação fiscal ao examinar as referidas notas fiscais, registrou no “ANEXO I – Demonstrativo de Débitos Apurados” (fls. 11 a 15, do PAF), no “Item 2”, das observações relativas à infração 02: “*O contribuinte não informou nas N. Fiscais de Saidas, Mod. I e, NFVC emitidas no período, a forma de pagamento, razão de serem excluídas da apuração mensal.*” Acrescenta que observação similar, constou no “Item 3”, das “Observações”, no “Recibo de Devolução de Livros e Documentos”, conferido e assinado pelo Gerente do estabelecimento, senhor Francisco Francismar Pereira, em 17/12/2010, conforme consta à fl. 104 dos autos.Aduz que se pode concluir naturalmente

que o autuado recorreu ao expediente de juntar fotocópias de Notas Fiscais, fls. 370 a 508, nas quais, posteriormente, houve a aposição de carimbo com os dizeres: “VENDA CARTÃO”, com objetivo de tentar provar que tais Notas Fiscais, teriam sido pagas com cartões de crédito/débito. Acrescenta que várias Nota Fiscais de Venda ao Consumidor Final - NFVC, não contêm identificação do consumidor, nem indicação da forma de pagamento; há Notas Fiscais Mod-1, destinadas a empresas, que obviamente, não pagam com cartões como: Igreja Batista de Itabuna (fl. 486), e empresas, como nos casos das identificadas às fls. 488, 492 e 505 dos autos.

Ressalta, ainda, que as planilhas juntadas pelo impugnante sob título “Demonstração das Vendas no Cartão de Credito”, não permitem uma clara e segura identificação dos documentos a que correspondem, isto é, se Notas Fiscais ou Cupons Fiscais; as totalizações não conferem com os valores apurados no Auto de Infração; e não há uma correta sequência cronológica de datas e numeração de documentos.

Aduz que, principalmente, o autuado não juntou à peça de defesa, os “tickets” emitidos pelas respectivas máquinas das administradoras, que comprovariam a correspondência entre o “ticket/recibo” emitido e o documento fiscal emitido. Diz que não há também na defesa, qualquer prova concreta de registros na escrita contábil (livro Diário, Caixa e Razão), a respaldar seus argumentos. Mantém integralmente a infração.

No tocante à infração 03, observa que o autuado, efetivamente, não refutou a exigência fiscal, inclusive, reconhecendo o uso irregular de NFVC, quando já estava obrigado ao uso de ECF. Mantém integralmente este item da autuação.

No respeitante à infração 04, assevera que a descrição dos fatos constantes do Termo de Início de Fiscalização e Termos de Ocorrência – fls. 06 e 07 -, além das cópias de Intimações expedidas em 19/10/2010, 29/10/2010 e 08/11/2010, atestam a procedência da multa apontada.

Afirma que as fotocópias de Protocolos de documentos na Repartição Fazendária, fls. 134 a 144, juntadas à peça de defesa, comprovam que efetivamente o contribuinte somente iniciou a entrega de livros e documentos, a partir de 11/11/2010, ou seja, após expedição da Terceira Intimação.

Salienta que as cópias de extratos do INC, fls. 30 e 31, comprovam que o autuado não declarou valores dos estoques de 31/12/2008 e 31/12/2009, nas DMAs de fevereiro de 2009 e 2010. Mantém integralmente a infração.

Relativamente à infração 05, manifesta o entendimento de que a “Descrição dos fatos e Exposição de Motivos”, constante às fls. 12 a 15, esclarecem os fundamentos da exigência suficientemente. Acrescenta que o próprio contribuinte se contradiz, quando reconhece no “Inventário de Estoques Existentes em 30/06/2007”, fls. 58 a 97, que a alíquota predominante nas aquisições de mercadorias, foi de 7% e, não, 17%, como sugere em sua defesa. Diz que além disso, não comprovou nem efetuou qualquer pagamento do imposto atinente à Antecipação Parcial, por ocasião do Inventário, em 30/06/2007. Mantém integralmente a exigência fiscal.

Finaliza opinando pela procedência do Auto de Infração.

A 1^a JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência a INFRAZ/ITABUNA (fls. 517/518), a fim de que fosse designado Auditor Fiscal estranho ao feito para efetuar revisão do lançamento atinente às infrações 02 e 05, adotando as seguintes providências:
Infração 02 - intimasse o sujeito passivo para apresentar demonstrativo comparativo entre os boletos de cartões e os documentos fiscais respectivos, guardando correspondência de valores e datas, juntando a documentação fiscal, e com base na documentação apresentada na forma acima referida e nos demais elementos já acostados ao processo, elaborasse, se fosse o caso, novas “Planilhas Comparativas de Vendas por meio de Cartões de Crédito e de Débito”;

Infração 05 – confrontasse os elementos apresentados pelo autuado, inclusive a alegação de que possuía mercadorias em estoque que à época de aquisição foram tributadas à alíquota de 17%, assim como que efetuou o pagamento da antecipação parcial, por ocasião do inventário, em 30/06/2007, e

os fundamentos da exigência fiscal descritos na “Exposição de Motivos” de fls. 12 a 15 dos autos. Elaborasse, se fosse o caso, novo demonstrativo com as correções e ajustes porventura realizados.

O Auditor Fiscal estranho ao feito designado para cumprir a diligência se pronunciou (fls. 522/523), consignando quanto à infração 02, que considerando que o autuante preferiu fazer a avaliação das vendas por cartão utilizando os somatórios mensais que dispensam a avaliação diária, apurou que as vendas por notas fiscais D-1 preenchem boa parte das diferenças apresentadas no comparativo da planilha de fl. 17 do PAF.

Esclarece que elaborou dois anexos, sendo “Relatório Comparativo das Vendas por NF D-1 e as Diferenças da Planilha”, fl. 17 do PAF, no qual relacionou todos os R\$32.258,50, destas vendas, analiticamente, conferidos pelas vias-talão, cujas cópias se encontram acostadas aos autos.”Quadro Resumo” – Novos Valores da Infração 2”, no qual aponta as repercussões em cada mês, registrando as diferenças remanescentes, que constituirão, no seu entender, as novas bases de cálculo desta infração e os respectivos valores do imposto devido.

Assinala que por este procedimento, o ICMS devido resulta no valor total de R\$2.157,12, dispersos entre os meses indicados no documento.

No que tange à infração 05, registra que examinados todos os itens que constituíram suporte à infração, verificou o seguinte:

1. O crédito de R\$206.070,63 foi lançado na apuração do mês de julho de 2007, conforme cópia do RAICMS, fl. 32, tendo o autuado indicado no campo do lançamento “Crédito Ref. Ao Levantamento de Estoque”;
2. Conforme o relatório Histórico de Condição da cadastral da empresa, obtido no sistema SEFAZ/INC, cópia anexa, não houve qualquer alteração espontânea em julho de 2007;
3. Manifesta o entendimento de que cabe ao autuado as disposições do art. 5º da Lei nº 10.646/07, cuja redação transcreve;
4. Em razão de ter adotado legalmente a apuração imposto mediante o sistema de conta-corrente fiscal, mesmo se tratando de empresa de pequeno porte, coube-lhe o direito de apurar e lançar o crédito fiscal sobre os estoques em julho de 2007;
5. No que tange ao valor do crédito fiscal de R\$84.252,61, declarado pelo autuado, referente aos créditos do estoque, diz que se entende que esse valor advém da aplicação de 7% sobre os estoques, a preço de custo;
6. Quanto à alegação referente à parcela de R\$121.218,02, observa que não foi esclarecida pelo contribuinte por ocasião do lançamento e muito menos na defesa apresentada;
7. Independentemente de ter permanecido na condição de normal até outubro de 2006, o contribuinte nunca foi dispensado de apurar e recolher o ICMS devido por antecipação parcial, conforme fez, de acordo com o demonstrativo “Quadro Resumo dos Recolhimentos da Antecipação Parcial, que anexa aos autos;
8. Até os valores pagos em outubro de 2006, que puderam e foram lançados na apuração do mesmo mês, afirma que nenhum dúvida remanesce;
9. Em novembro de 2006 houve o pagamento referente a outubro de 2006, contudo, sem aproveitamento do crédito fiscal posteriormente. Entende que esse crédito fiscal no valor de R\$12.648,23 é legítimo para quando voltasse a sistemática de conta-corrente fiscal;
10. Assinala que desde então, todas as antecipações parciais pagas referentes ao período de novembro de 2006 a junho de 2007 não puderam ser utilizadas em razão do impedimento de utilização de crédito fiscal, atinente às empresas de pequeno porte. Registra que o valor total é de R\$51.566,75, conforme o demonstrativo que elaborou, acima aduzido;
11. Assevera que é inegável que a interferência da antecipação parcial elevar o direito ao crédito para 17%, após o seu recolhimento efetivo, pois, é como se fosse uma compra interna;
12. Diz que no mês de julho de 2007, com a reiniciação da conta-corrente fiscal, o contribuinte poderia lançar adicionalmente ao crédito fiscal mencionado no item 5, bem como os valores referidos nos itens 9 e 10, ou seja, R\$64.214,98, perfazendo o total de R\$148.467,59;
13. Conclui dizendo que do valor efetivamente lançado de R\$206.070,63, sendo, portanto, R\$57.603,04, o valor do crédito fiscal indevido lançado naquela data.

Constam às fls. 524 a 526, demonstrativo “Relação de Pagamentos da Antecipação Parcial em 2006 e 2007”, concluindo num “Quadro Resumo”, o seguinte:

“Lançamento “Outros Créditos” Em Julho/2007	R\$206.070,63
Crédito Estoque – 7% e 17%, cfe. O caso.....	R\$ 84.252,61
Créditos de Ant Parcial aptos ao uso, até a data.....	R\$ 64.214,98
Créditos Indevidos Remanescentes:	R\$ 57.603,04”

Cientificado sobre o resultado da diligência o autuado se manifestou (fls. 534 a 536), consignando, relativamente à infração 02, que é louvável o procedimento do diligenciador, quando apresenta um novo quadro resumo referente esta infração com ICMS devido no valor total de R\$2.157,12, todavia, como na defesa inicial, vem provar e anexar de maneira clara e objetiva, que nada deve.

Diz que caso haja alguma dúvida, que seja solicitado nominalmente e diariamente durante os períodos e os valores de cada compra e o nome dos clientes à Administradora de cartão de crédito, onde se verificará que tem razão, inclusive verificando junto as Operadoras de Cartão para que se pronunciasse sobre essas suas novas informações.

Registra que anexou tabelas demonstrativas entre os valores das vendas e os cupons fiscais e as notas fiscais de venda ao consumidor e as reduções Z, onde as mesmas totalizam as vendas diárias para que não haja dúvida, fls.05 a 378.

Afirma que não procede, portanto, que os valores totais das vendas nos meses de janeiro, fevereiro, julho e dezembro não são iguais ao da Administradora, sendo que, no mês de julho o seu valor de R\$800,00 é maior.

No que tange à infração 05, registra que desde 2003 e 2004 quando a SEFAZ/BA instituiu a Antecipação Parcial, segundo a qual todas as mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, foram, obrigadas a pagar o complemento da alíquota para atingir os 17% que é alíquota interna do Estado do Bahia sendo esta preponderante.

Frisa que o Auditor Fiscal revisor afirma que a empresa pagou todas as antecipações parciais durante o período em que era Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte. Afirma que nunca deixou de pagar qualquer antecipação também no período em que era “Conta Corrente Fiscal”.

Salienta que foi excluído de ofício pela SEFAZ da condição de Empresa de Pequeno Porte, contudo, não deu motivo para o desenquadramento. Questiona como pode ter um estoque no valor de R\$1.212.180,15 e ter o crédito fiscal reduzido.

Assinala que a lei determina que havendo mudança de regime de apuração, proceder-se-á o balanço, apurar-se-á o estoque e baseado nesse estoque, aplicar-se-á a alíquota vigente, no caso 17%, constituindo o crédito fiscal. Acrescenta que foi dessa forma que procedeu, apresentando o balanço da época do mês 30/06/2007 do desenquadramento, o valor de R\$1.212.180,15 que multiplicado por 17% resulta R\$206.070,63.

Aduz que não sabe de onde o autuante achou o valor de R\$493.778,70 como base de cálculo. Salienta que tem escrita regular e todos os meios de provar, pois tem estoque na sua Loja e Depósito, não tendo este valor nada a ver com a sua contabilidade, com o balanço da empresa e o seu estoque da época de mudança de regime.

Ressalta que conforme anexado à defesa, o autuante teve ciência, estando em sua contabilidade, uma cópia do balanço e também do seu protocolo.

Assinala que enviou cópia do balanço e dos protocolos às fls. 379 a 433.

Conclui requerendo a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou sobre o resultado da diligência (fls. 969 a 972), consignando, no que diz respeito à infração 02, que o diligenciador não procedeu ao exame acurado da documentação exibida pelo autuado, tendo se limitado a processar uma listagem apresentada pelo impugnante, conforme registra em seu Relatório.

Reitera que do exame das Notas Fiscais Mod I e NFVC citadas e examinadas, no curso da ação fiscal, registrou no “ANEXO I – Demonstrativo de Débitos Apurados” (fls. 11 a 15, do PAF), no “Item 2”, das Observações relativas à Infração 02: “O contribuinte não informou nas N. Fiscais de Saídas, Mod. I e, NFVC emitidas no período, a forma de pagamento, razão de serem excluídas da apuração mensal.” Diz que observação similar, constou no “Item 3”, das Observações, no “Recibo de ACÓRDÃO JF N° 0042-01/12

Devolução de Livros e Documentos”, conferido e assinado pelo Gerente do estabelecimento, senhor Francisco Francismar Pereira, em 17/12/2010 (fl. 104), donde se pode concluir que, em sua defesa, o autuado recorreu ao expediente de juntar photocópias de Notas Fiscais, fls. 370 a 508, nas quais, foi aposto a posteriori, o carimbo com os dizeres: “VENDA CARTÃO”, com objetivo de tentar provar que tais Notas Fiscais, teriam sido pagas com cartões de crédito/debito. Acrescenta os fatos de várias NVFC, não conterem identificação do consumidor, nem indicação da forma de pagamento; a existência de Notas Fiscais Mod-1, destinadas a empresas, que obviamente, não pagam com cartões: Igreja Batista de Itabuna (fl. 486), e empresas, como nos casos das fls. 488, 492 e 505.

Ressalta ainda, que as planilhas juntadas pelo defendant, sob o título “Demonstração das Vendas no Cartão de Credito”, não permitem uma clara e segura identificação dos documentos a que correspondem, se Notas Fiscais ou Cupons Fiscais; as totalizações não conferem com os valores apurados no Auto; e não há uma correta sequência cronológica de datas e numeração de documentos. Afirma que também não há na defesa, qualquer prova concreta de registros na escrita contábil, isto é, livro Diário, Caixa ou Razão, especificando as formas diárias de pagamentos recebidos pela empresa, a respaldar seus argumentos. Observa que no “Relatório Comparativo das Vendas por NF-D-1 e as Diferenças Remanescentes da Planilha” apresentado pelo diligenciador, fls. 527 a 529, pode-se constatar que há flagrantes divergências de valores entre as NFVC e os valores de pagamentos c/cartões, o que não permite comprovar a relação de pertinência entre os documentos. Conclui mantendo integralmente este item da autuação.

No que concerne à infração 05, observa que o diligenciador elaborou às fls. 524 a 526, o demonstrativo “Relação de Pagamentos da Antecipação Parcial em 2006 e 2007”, concluindo num “Quadro Resumo” o seguinte:

“Lançamento “Outros Créditos” Em Julho/2007	R\$206.070,63
Crédito Estoque – 7% e 17%, cfe. O caso.....	R\$ 84.252,61
Créditos de Ant Parcial aptos ao uso, até a data.....	R\$ 64.214,98
Créditos Indevidos Remanescentes:	R\$ 57.603,04”.

Diz quanto ao “Quadro Resumo” que:

- reconhece o direito ao crédito fiscal de estoque, no valor de R\$84.252,61, em conformidade com o já demonstrado à fl. 12, do PAF;
- fica claro a partir do quadro resumo, que o autuado não comprovou, efetivamente, aquisições em estoque, com alíquota de 17%, como equivocadamente aludiu em sua defesa, portanto, os créditos de estoque inventariado a reconhecer têm a alíquota de 7%;
- não concorda quanto ao total de “Créditos de Antecipação Parcial” aptos para uso, até a data de 30/06/2007, citados pelo diligenciador, no total de R\$64.214,98, porque comprovadamente há equívocos neste total, conforme diz, passa a demonstrar a seguir:

1 – No demonstrativo à fl. 526 consta um sub-total referente a pagamentos efetuados em julho/2007, a partir do dia 25/07, de R\$7.658,40, que foram incluídos equivocadamente naquele total indicado pelo diligenciador (R\$64.214,98). Diz que o referido valor, por razões óbvias, não poderia ser computado como “apto p/uso em 30/06”. Por outro lado, o diligenciador não observou que no livro RAICMS, em julho/2007, o autuado lançou como “Outros Créditos – Crédito Refer. A Levantamento de Estoque” o total global de R\$206.070,63, em 09/07/2007 - data de apuração mensal, quando ainda não havia efetuado o pagamento dos valores que totalizam R\$7.658,40 – ocorridos somente a partir de 25/07/2007, e que estariam aptos p/uso no mês de agosto/2007 , conforme photocópias do livro RAICMS/2007, fls. 31 a 35, valor este que deve ser excluído do total apurado pelo diligenciador;

2 – Ressalta que no mesmo mês de julho/2007, o autuado fez lançamento adicional de “ICMS pago a titulo de Antec Parcial”, supostamente dos meses de abril, maio e junho de 2007, num total de R\$7.658,40, sendo R\$5.992,63 + R\$1.665,77, o que configura lançamento em duplicidade, a ser excluído do total apurado pelo diligenciador;

3 – Observa ainda que, na apuração do mês de agosto/2007, consta no RAICMS, outro lançamento em duplicidade, no valor de R\$5.992,62, a título de “ICMS pago a título de Antec Parcial, Refer. A 05/2007”; valor este também a ser excluído do total apurado pelo diligenciador, porque

comprovadamente foi utilizado pelo autuado em data posterior e, a responsabilidade pelo lançamento intempestivo é do sujeito passivo;

4 – Registra também que na apuração do mês de setembro/2007, consta no RAICMS, outro lançamento em duplicidade, no valor de R\$2.703,49, a título de “ICMS pago a título de Antec Parcial, Refer. A 06/2007”; valor este também a ser excluído do total apurado pelo diligenciador, porque comprovadamente foi utilizado pelo autuado em data posterior e, a responsabilidade pelo lançamento intempestivo cabe ao sujeito passivo;

5 – Diz que se pode concluir, portanto, que, efetivamente, do total de créditos aptos p/uso, o autuado utilizou a mais ou em duplicidade, um total de (R\$7.658,40 + R\$7.658,40 + R\$5.992,62 + R\$2.703,49) = R\$24.012,91, que deve ser deduzido do total de R\$64.214,98, apontado pelo diligenciador.

Observa que dessa forma, tem-se um total de créditos legítimos e não utilizados de R\$64.214,98 – R\$24.012,91 = R\$40.202,07. Em consequência, o cálculo correto de “Créditos Indevidos Remanescentes”, utilizados em julho/2007, importa em R\$206.070,63 – R\$84.252,61 – R\$40.202,07 = R\$81.615,95.

Registra que o total de créditos indevidos exigidos no Auto de Infração, em 31/07/2007, foi de R\$83.942,38, devendo prevalecer o novo total apurado de R\$81.615,95.

Diz que desse modo, a exigência deve ser mantida parcialmente no novo valor apurado.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

A 1^a JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência a INFRAZ/ITABUNA(fls. 976/977), a fim de que o Inspetor Fazendário designasse o autuante ou outro Auditor Fiscal para que adotasse as seguintes providências:

1. Intimasse o autuado para receber, mediante recibo específico, os Relatórios de Informações TEF – Diário, contendo todas as operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito/débito, assim como para que o autuado apresentasse demonstrativo comparativo entre os boletos de cartões e os documentos fiscais respectivos, guardando correspondência de valores e datas, juntando a documentação fiscal, com a finalidade de comprovar as suas alegações; 2.. Caso o contribuinte atendesse a intimação, deveria o diligenciador examinar o demonstrativo apresentado pelo autuado e, se fosse o caso, elaborar novo demonstrativo de débito em relação aos valores não comprovados.

O autuado se manifestou (fls. 982 a 1.042) dizendo que, conforme informado anteriormente, em nenhum momento deixou de contabilizar e pagar os impostos através das vendas com cartões de crédito, o que é de fácil comprovação. Diz que está colocando na relação que lhe foi entregue, o número do Cupom Fiscal e/ou Nota Fiscal, correspondente as vendas com cartão de crédito. Esclarece na relação consta, também, a data e o valor das vendas; o código de autorização da administradora de cartão de crédito, onde os mesmos são iguais ou equivalentes às vendas efetuadas. Acrescenta está anexando cópia dos cupons fiscais, onde poderá ser observado no livro Registro de Saídas e livro de Apuração de ICMS, os valores oriundos dessas vendas. Apresenta relação das vendas com cartão de crédito, na qual consta, data, tipo de operação, valor, código de autorização da administradora e o número da Nota Fiscal e/ou Cupom Fiscal, sendo o total do período R\$1.525.752,75.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou (fls. 1.457 a 1.459) registrando, preliminarmente, que para atendimento ao solicitado no “item 1”, da citada diligencia, o autuado foi regularmente intimado em 10/02/2012, conforme “Termo de Intimação para Apresentação de Informações, Livros e Documentos”, à fl. 980 dos autos, documentando e detalhando a entrega ao sujeito passivo dos seguintes documentos:

- um CD, com arquivo gravado de “Relatório de Informações TEF – Diário”, contendo todas as operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartões de crédito/debito, relativas ao exercício de 2009;
- 71 (setenta e uma) vias impressas do “Relatório de Informações TEF – Diário”, relativo ao período de 01/01/2009 a 31/12/2009.

Quanto aos resultados da diligência e nova manifestação do autuado, ressalta que este protocolou em 12/03/2012, na INFRAZ/FEIRA DE SANTANA, uma nova peça fiscal, com folhas numeradas juntadas ao PAF, de 981 a 1455, contendo:

- uma breve manifestação do autuado (fls. 982 e 1042);
- uma reprodução do “Relatório Diário de Operações TEF”, referente ao exercício de 2009, cuja cópia original lhe fora fornecida em 10/02/2012, no qual, procedeu alterações, incluindo uma coluna com demonstração das operações que conseguiu documentar, com emissão de cupons fiscais e Notas Fiscais, relacionando-os aos dados informados pelas administradoras de cartões de crédito/debito (fls. 983 a 1041);
- photocópias de documentos fiscais não claramente explicitados, que diz supor, se referirem a cupons fiscais emitidos pelo autuado (fls. 1043 a 1454), não tendo sido encontradas photocópias de Notas Fiscais;
- um CD com arquivo gravado dos itens “a e b”.

Registra que a manifestação do autuado, diz respeito tão somente à infração 02, conforme solicitado na diligencia.

Referindo-se ao que denomina de mérito, firma que esta última diligencia, a seu ver, encerra a questão, por entender que nada mais resta ao autuado para alegar em sua defesa, após a apresentação do “Relatório/Demonstrativo” de fls. 983 a 1041 dos autos, com o detalhamento que lhe foi possível adotar.

Salienta que corroborando o acerto da exigência contida nesta infração, é o próprio autuado, que ao final de todas as verificações e demonstrações que lhe foi possível produzir, chegou ao resultado (fl. 1041) de total do período de R\$1.525.752,75. Ou seja, o autuado somente conseguiu comprovar com documentos que relaciona no citado Demonstrativo, um TOTAL DE OPERAÇÕES, no exercício de 2009, no valor de R\$1.525.752,75.

Diz que de acordo com o “Relatório de Informações TEF – Anual – Operações ocorridas em 2009”, obtido a partir do Sistema INC/SEFAZ e juntado ao PAF, à fl. 18, as Administradoras de Cartões de Credito/Debito, informaram e comprovaram através do Relatório TEF – Diário também juntado ao PAF, um TOTAL DE OPERAÇÕES, em 2.009, no montante de R\$1.575.945,75.

Aduz que dessa forma, o valor total, informado e comprovado pelo autuado, após todas as diligências e manifestações havidas no processo, é notoriamente inferior ao informado pelas administradoras de cartões de crédito/debito.Ou seja: total comprovado pelo autuado R\$1.525.752,75 (fl. 1.041); total informado pelas Administradoras R\$1.575.945,75 (fl. 18).

Assevera que restou comprovada, nesse caso, uma diferença a menos de R\$1.575.945,75 - R\$1.525.752,75 = R\$50.193,00.

Diz que considerando que conforme Planilha à fl. 17, do PAF, apurou-se um “Índice de Proporcionalidade (IP)” – relação entre saídas tributadas e totais, no exercício de 2009 – da ordem de: 0,99916714, tem-se um total de ICMS devido por omissões de saídas de 17% de (R\$50.193,00 X 0,99916714) = R\$8.525,70, valor de débito este, superior ao exigido no Auto na ordem de R\$7.398,94.

Finaliza dizendo que considerando que não cabe nesta circunstância, elevar o valor do débito apurado e demonstrado no Auto de Infração, opina pela manutenção integral da exigência, conforme descrita no Auto de Infração e seus anexos, no valor original de R\$7.398,94.

A 1^a JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF - ASTEC/CONSEF (fls. 1.463 a 1.464), a fim de que adotasse as seguintes providências: 1 – Designasse Auditor Fiscal para cotejar as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito/débito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, acostados aos autos pelo autuado, resumindo-os, mensalmente, nos períodos indicados no Auto de Infração, isto é, janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto e dezembro de 2009; 2. Após a verificação referida no item anterior, deveria o diligenciador, se fosse o caso, elaborar novos demonstrativos com as correções e ajustes que se fizessem necessários.Em seguida, deveria o PAF ser encaminhado à INFRAZ/ITABUNA, para que o órgão competente intimasse

o autuado, entregando-lhe no ato, mediante recibo específico, cópia do resultado da diligência e do termo de diligência.

Através do Parecer ASTEC Nº. 00098/2012 (fls. 1.467 a 1.469), o diligenciador esclareceu que verificou as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito/débito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, acostados aos autos pelo autuado, resumindo-os, mensalmente, nos períodos indicados no Auto de Infração, isto é, janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto e dezembro de 2009, conforme fls. 1.471 / 1.482 (apenas os totais). Diz que após efetuadas as devidas verificações, foi elaborado novo demonstrativo com as devidas correções e ajustes que se fizeram necessários.

Concluiu dizendo que conforme solicitado, foram confrontados os levantamentos TEF com os documentos fiscais, juntamente com o demonstrativo elaborado pelo autuado, tendo sido elaborado demonstrativo do cálculo do imposto remanescente, conforme fl. 1.470, referente aos meses de janeiro, fevereiro, maio e junho de 2009, nos valores de R\$18,00, R\$162,00, R\$8,10 e R\$4.367,52, respectivamente, totalizando o ICMS devido o valor de R\$4.555,62.

Cientificado sobre o Parecer ASTEC Nº 00098/2012, o autuado se manifestou (fls. 1.488 a 1.503), afirmando que em nenhum momento deixou de contabilizar e pagar os impostos através das vendas com cartões de crédito, o que é de fácil comprovação. Registra que anexou relatório onde constam o numero do Cupom Fiscal e/ou Nota Fiscal correspondente ás vendas com cartão de crédito, constando também na relação, a data e o valor das vendas, onde os mesmos são iguais ou referentes ás vendas efetuadas. Salienta que anexou ás fls. 17 a 74, cópia dos cupons fiscais onde poderá ser observado que os impostos foram apurados.

Menciona que caso estivesse errado, discordaria também do crédito presumido de 8%, haja vista que comercializa mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, precisamente do Sul e Sudeste, e somente de antecipação recolhe 10,8% sobre os valores das mercadorias mais o crédito fiscal que vem na Nota Fiscal. Alega que o ICMS a pagar seria somente do “Lucro”, ou seja, a diferença da operação de custo e venda, contudo, está convicto que pagou corretamente o imposto.

Ressalta que está sempre à disposição em qualquer momento, com o intuito que seja apurado a verdade, pois todas as suas vendas estão contabilizadas e o imposto devido pago.

Consigna que anexou relação das vendas com cartão de crédito, na qual consta data da venda, valor, tipo de operação e o número da Nota Fiscal e/ou Cupom Fiscal, em Excel e mídia, bem como cópia dos DAEs (doc. 35).

Informa que as suas vendas no mês de fevereiro/2009 foram na ordem de R\$96.760,00, sendo Visa R\$ 40.373,00; Master R\$31.993,00 e Hiper R\$24.394,00. As vendas no mês de junho/2009 forma de R\$125.182,00; sendo Visa R\$50.193,00; Master R\$45.423,00 e Hiper R\$29.566,00. Como mostra relação abaixo detalhada de cada venda.

Observa que algumas dessas vendas mediante cartão de crédito foram emitidas através de Notas de Fiscais séries D-1 e S-1, conforme cópia de fls. 36 a 74.

Consigna que pede ao revisor que lhe solicite os documentos para que possa demonstrar e comprovar a verdade.

Assevera que na relação entregue pelo diligenciador nos meses de janeiro a dezembro de 2009, o total não bate com os valores, sendo conveniente que ele indicasse nos meses em que houve diferença, o nome do cliente, o valor de cada venda, o código de autorização do cartão, a bandeira do cartão e a data, no caso do mês de janeiro de 2009, que falta R\$200,00; mês de fevereiro de 2009, que falta R\$1.800,00; mês de maio de 2009, que falta R\$ 90,00, e mês de junho de 2009, que falta R\$48.528,00, pois do contrário o lançamento será nulo.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou (fls. 1.566/1.567), ressaltando, preliminarmente, que o autuado vem protelando a decisão do presente processo, em cada oportunidade, trazendo alternativas distintas, mas sem a devida comprovação.

Reporta-se sobre os resultados trazidos pelo diligenciador no Parecer ASTEC N° 0098/2012, afirmando que mais uma vez ficou comprovada a ocorrência de divergências entre os valores escriturados pelo autuado e os informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

No que tange ao valor do imposto devido apurado, manifesta sua discordância em relação à aplicação de “Credito Presumido de 8%”, haja vista que, no período considerado o autuado se encontrava na condição de “Normal”, conforme já esclarecido.

Sustenta que o valor do débito remanescente a ser considerado é de R\$8.605,06, sem aplicação do redutor de 8%.

Salienta que considerando ainda que o débito apurado originariamente no Auto de Infração, foi de R\$7.398,94, deve prevalecer este valor, com recomendação de nova ação fiscal para apurar a diferença, se for o caso.

Assinala que é importante registrar em relação à infração 02, que esta faz parte do Auto de Infração, lavrado em 17/12/2010, cuja “ciência” ocorreu em 22/12/2010, conforme fls. 01, e 109, do PAF.

Observa que esta infração diz respeito à exigência de ICMS, no valor histórico de R\$7.398,94, e que exercendo seu inalienável direito de defesa, ao longo dos últimos dois anos, o autuado apresentou argumentos, alegações, mas, em nenhum momento, produziu provas materiais convincentes, suficientes para elidir a exigência fiscal.

Diz que isso se deveu ao fato, já constatado e registrado no curso da ação fiscal, que o autuado, não mantinha, à época, controle rigoroso e eficiente das operações TEF, inclusive, por falta de registro da forma de pagamento em NFVCs.

Consigna que essa nova diligencia, a seu ver, corrobora a exigência contida no Auto de Infração, e encerra a questão, porque entende, nada mais restar ao autuado em sua defesa, após a apresentação do Relatório/Demonstrativo, fls. 1.467 a 1.482, dos autos.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, com a correção de débito apurado na infração 05, conforme o resultado apresentado nas diligências anteriores.

VOTO

Inicialmente, observo que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, especialmente o seu art. 39, inexistindo vício ou falha capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício, portanto, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do mencionado Diploma regulamentar processual.

No mérito, no que tange à infração 01, verifico que a acusação fiscal de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS se apresenta correta, haja vista que diz respeito a aquisições realizadas pelo autuado junto a empresas optantes pelo Simples Nacional, sendo certo que é vedada tal utilização consoante estabelece o art.97, inciso XI, do RICMS/BA/97.

“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

(...)

XI - nas aquisições de mercadorias e serviços efetuadas junto a microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional, ou junto a ambulantes;”

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

Quanto à infração 02, trata-se de levantamento realizado pela Fiscalização, no qual o autuante comparou os valores fornecidos pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito/débito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Cabe registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de alcançar a verdade material, converteu o feito em diligência em três oportunidades, sendo que, na última diligência o autuante consignou que, a seu ver, a questão estava encerrada, por entender que nada mais restava ao autuado para alegar em sua defesa, após a apresentação do “Relatório/Demonstrativo” de fls. 983 a 1.041 dos autos, com o detalhamento que lhe foi possível adotar.

Isso porque, o autuado ao se manifestar sobre a diligência o final de todas as verificações e demonstrações que lhe foi possível produzir, chegou ao resultado (fl. 1.041) de total do período de R\$1.525.752,75.

Ocorre que, em conformidade com o “Relatório de Informações TEF – Anual – Operações ocorridas em 2009”, acostado pelo autuante à fl. 18 dos autos, as Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, informaram e comprovaram através do Relatório TEF – Diário, também acostado aos autos, a realização pelo autuado de operações em 2009, no valor total de R\$1.575.945,75.

Portanto, restou comprovada, no presente caso, uma diferença de saídas omitidas no valor de R\$50.193,00, resultante do confronto do valor de R\$1.575.945,75, informado pelas administradoras de cartões de crédito/débito, com o valor de R\$1.525.752,75, declarado pelo contribuinte.

Observo que, de acordo com a Planilha de fl. 17, o autuante apurou um “Índice de Proporcionalidade (IP)”, que diz respeito à relação entre saídas de mercadorias tributadas e as saídas totais, no exercício de 2009, no percentual de 0,99916714, tendo corretamente apurado o valor do ICMS devido ao aplicar a alíquota de 17% sobre o resultado de ($R\$50.193,00 \times 0,99916714$) = R\$8.525,70, valor este superior ao exigido originalmente no Auto de Infração de R\$7.398,94.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, considerando a necessidade e indispensabilidade de que o valor da diferença de saídas omitidas fosse identificado nos meses indicados no Auto de Infração, no caso, janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto e dezembro de 2009, dado o impedimento legal de inserção de outros meses no lançamento original, converteu o feito em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF - ASTEC/CONSEF, a fim de que o diligenciador, após as verificações, elaborasse novo demonstrativo nesse sentido.

O resultado apresentado pelo diligenciador, nos termos do Parecer ASTEC Nº 00098/2012, trouxe como débito remanescente nos meses de janeiro, fevereiro, maio e junho de 2009, os valores de R\$18,00, R\$162,00, R\$8,10 e R\$4.367,52, respectivamente, totalizando o ICMS devido o valor de R\$4.555,62.

Entretanto, considerando que o mês de junho de 2009, originalmente não fora objeto da autuação, descabe a exigência quanto a este mês no valor de R\$4.367,52, razão pela qual o valor efetivamente devido passa para R\$188,10, referentes aos meses de janeiro, fevereiro, maio.

Dessa forma, este item da autuação é parcialmente subsistente.

No respeitante à infração 03, observo que se refere à aplicação de multa de 2% sobre o valor das operações, pelo fato de o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal, ter emitido outro documento fiscal (notas fiscais de venda a consumidor) em lugar daquele decorrente do uso do ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, nas situações em que está obrigado.

O RICMS/97 disciplina o uso de ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, nos dispositivos abaixo transcritos:

Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal

(ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação à mesma operação e/ou prestação:

I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;

II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens.

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

§ 2º Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação.

Pela análise da legislação, verifica-se que o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente está autorizado a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impossibilitados de emitir o cupom fiscal.

Quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal pode emitir nota fiscal, porém, neste caso, deve ser emitido, concomitantemente, o cupom fiscal e anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

Verifico, da análise dos autos, que o próprio autuado reconheceu a irregularidade, isto é, que emitiu notas fiscais de venda a consumidor de forma concomitante à utilização do equipamento ECF, todavia não trouxe provas de que o procedimento adotado estava de acordo com a disposição regulamentar.

Desse modo, a infração resta caracterizada.

No tocante à infração 04, constato que o autuado foi intimado para apresentar livros fiscais em três oportunidades, no caso, em 19/10/2010, 29/10/2010 e 08/11/2010, e não atendeu as intimações, razão pela qual a autuação se apresenta correta. Infração mantida.

No que tange à infração 05, verifico que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal, em razão de aplicação incorreta de alíquota sobre as mercadorias sujeitas ao ICMS, constantes no levantamento das mercadorias em estoque, no último dia útil do mês em que o contribuinte recebeu a comunicação de desenquadramento da condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte para o regime normal, em 31/07/2007.

Vale registrar que esta infração também foi objeto de diligência, para que Auditor Fiscal estranho ao feito efetuasse revisão fiscal, sendo que o diligenciador esclareceu que elaborou um demonstrativo referente à “Relação de Pagamentos da Antecipação Parcial em 2006 e 2007”, concluindo num “Quadro Resumo”, o seguinte:

“Lançamento “Outros Créditos” Em Julho/2007	R\$206.070,63
Crédito Estoque – 7% e 17%, cfe. O caso.....	R\$ 84.252,61
Créditos de Ant Parcial aptos ao uso, até a data.....	R\$ 64.214,98
Créditos Indevidos Remanescentes:	R\$ 57.603,04”

Verifico que o autuado ao ser cientificado sobre o resultado apresentado pelo diligenciador, na forma acima aduzida, consignou que o revisor afirma que a empresa pagou todas as antecipações parciais durante o período em que era Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte. Diz que nunca deixou de pagar o imposto relativo à antecipação também no período em que se encontrava na condição de apuração do imposto pelo regime normal “Conta Corrente Fiscal”.

Aduz que a lei determina que havendo mudança de regime de apuração, deve ser apurado o estoque e sobre este aplicada a alíquota de 17%, o que resulta no crédito fiscal a ser apropriado.

Esclarece que foi dessa forma que procedeu, apresentando o balanço da época do mês 30/06/2007 do desenquadramento, o valor de R\$1.212.180,15 que multiplicado por 17% resulta em R\$206.070,63.

Aduz que não sabe de onde o autuante achou o valor de R\$493.778,70 como base de cálculo.

Já o autuante ao se pronunciar sobre o resultado da revisão fiscal, consignou que reconhece o direito ao crédito fiscal de estoque, no valor de R\$84.252,61, em conformidade com o já demonstrado à fl. 12, do PAF.

Diz que resta claro a partir do quadro resumo apresentado pelo revisor, que o autuado não comprovou, efetivamente, aquisições em estoque, com alíquota de 17%, como equivocadamente aludiu em sua defesa, portanto, os créditos de estoque inventariado a reconhecer têm a alíquota de 7%.

Afirma que discorda do total de “Créditos de Antecipação Parcial” aptos para uso, até a data de 30/06/2007, citados pelo diligenciador, no total de R\$64.214,98, tendo em vista que comprovadamente há equívocos neste total, conforme aponta.

1 – No demonstrativo à fl. 526, consta um sub-total relativo a pagamentos efetuados em julho/2007, a partir do dia 25/07, de R\$7.658,40, que foram incluídos equivocadamente naquele total indicado pelo diligenciador (R\$64.214,98). Diz que o referido valor, por razões óbvias, não poderia ser computado como “apto p/uso em 30/06”. Por outro lado, o diligenciador não observou que no livro RAICMS, em julho/2007, o autuado lançou como “Outros Créditos – Crédito Refer. A Levantamento de Estoque” o total global de R\$206.070,63, em 09/07/2007 - data de apuração mensal, quando ainda não havia efetuado o pagamento dos valores que totalizam R\$7.658,40 – pagos somente a partir de 25/07/2007, e que somente estariam aptos p/uso, no mês de agosto/2007, conforme fotocópias do livro RAICMS/2007, fls. 31 a 35, valor este que deve ser excluído do total apurado pelo diligenciador;

2 – Ressalta que no mesmo mês de julho/2007, o autuado fez lançamento adicional de “ICMS pago a título de Antec Parcial”, supostamente dos meses de abril, maio e junho de 2007, num total de R\$7.658,40, sendo R\$5.992,63 + R\$1.665,77, o que configura lançamento em duplicidade, a ser excluído do total apurado pelo diligenciador;

3 – Ressalta ainda que, na apuração do mês de agosto/2007, consta no RAICMS, outro lançamento em duplicidade, no valor de R\$5.992,62, a título de “ICMS pago a título de Antec Parcial, Refer. A 05/2007”; valor este também a ser excluído do total apurado pelo diligenciador, porque comprovadamente foi utilizado pelo autuado em data posterior e, a responsabilidade pelo lançamento intempestivo é do sujeito passivo;

4 – Ressalta ainda que, na apuração do mês de setembro/2007, consta no RAICMS, outro lançamento em duplicidade, no valor de R\$2.703,49, a título de “ICMS pago a título de Antec Parcial, Refer. A 06/2007”; valor este também a ser excluído do total apurado pelo diligenciador, porque comprovadamente foi utilizado pelo autuado em data posterior e, a responsabilidade pelo lançamento intempestivo cabe ao sujeito passivo;

5 – Diz que se pode concluir, portanto que, efetivamente, do total de créditos realmente aptos p/uso, o autuado utilizou a maior ou em duplicidade, um total de (R\$7.658,40 + R\$7.658,40 + R\$5.992,62 + R\$2.703,49) = R\$24.012,91, que devem ser deduzidos do total de R\$64.214,98, apontados pelo diligenciador.

Observa que dessa forma, tem-se um total de créditos aptos e não utilizados de R\$64.214,98 – R\$24.012,91 = R\$40.202,07. Em consequência, o cálculo correto de “Créditos Indevidos

Remanescentes”, utilizados em julho/2007, importa em R\$206.070,63 – R\$84.252,61 – R\$40.202,07 = R\$81.615,95.

Observa que o total de créditos indevidos exigidos no Auto de Infração, em 31/07/2007, foi de R\$83.942,38, devendo prevalecer o novo total apurado de R\$81.615,95.

A análise do resultado da revisão fiscal, juntamente com os argumentos defensivos e contestação do autuante e os demais elementos acostados aos autos atinentes a esta infração, permite concluir que, de fato, assiste razão ao autuante.

Isso porque, efetivamente, do total de créditos legítimos para utilização, restou comprovado que o autuado utilizou a mais ou em duplicidade, conforme explicitado acima, o total de R\$24.012,91, sendo $R\$7.658,40 + R\$7.658,40 + R\$5.992,62 + R\$2.703,49 = R\$24.012,91$, valor este que deve ser deduzido do total de R\$64.214,98, apontado pelo diligenciador no quadro resumo, o que resulta no valor de crédito fiscal legítimo de R\$40.202,07.

Diante disso, o valor correto de “Créditos Indevidos Remanescentes”, utilizados em julho/2007, é de R\$81.615,95, sendo decorrente da seguinte operação, R\$206.070,63 – R\$84.252,61 – R\$40.202,07 = R\$81.615,95.

Dessa forma, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$81.615,95.

Diante do exposto, as infrações 01, 03, e 04 são subsistentes e as infrações 02 e 05, parcialmente subsistentes.

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 **207185.0041/10-4**, lavrado contra **GRAPIÚNA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.937,75**, acrescido das multas de 60% sobre R\$82.749,65 e de 70% sobre R\$188,10, previstas no artigo 42, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$9.268,67**, previstas no art. 42, XIII-A, alínea “h” e XX, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR