

A. I. Nº - 108883.0017/11-8
AUTUADO - CENTRAL DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ELÉTRICOS E HIDRÁULICOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO JOSÉ ARAPONGA DÓRIA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 25. 04. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0077-01/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR CONSUMIDORES FINAIS. FALTA DE COMPROVAÇÃO. As notas fiscais de devolução isoladamente não servem como prova inequívoca do desfazimento do negócio, de forma a permitir o crédito fiscal, nos termos art. 653, § 2º, RICMS/BA. Infração caracterizada. 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS PAGAMENTOS EFETUADOS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O contribuinte recolheu a menos imposto declarado através de parcelamento. Infração subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10%. Exclusão dos valores cujas notas fiscais não foram acostadas aos autos. Penalidade em parte procedente. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%. Infração reconhecida. 4. CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AQUELE FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. 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 autoriza a presunção legal de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração subsistente. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença apurada mediante levantamento quantitativo de estoques que comprova a realização de operações sem emissão da documentação fiscal não será exigida. A infração está compreendida na omissão de receita tributável apurada através dos cartões de crédito e débito, nos termos do art. 60, § 1º, RICMS/BA. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/09/2011, para exigir crédito tributário, no valor total de R\$24.177,05, através das seguintes infrações:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação. Valor R\$9.382,39 e multa de 60%;
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais capturadas através dos sistemas CFAMT/SINTEGRA. Multa de 10%, no valor de R\$1.060,34;
3. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Valor R\$ 4.877,75 e multa de 70%;
4. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Valor R\$ 3.973,07 e multa de 70%;
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais capturadas nos sistemas CFAMT/SINTEGRA. Multas de 1% no valor de R\$55.17;
6. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Valor R\$4.828,33 com multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, fls. 452/459. Reconhece à infração 5. Impugna as demais.

Na infração 1 reclama do lançamento que acusa a utilização indevida de créditos de ICMS, na devolução de mercadorias sem comprovação, que não esclarece se houve o descumprimento de obrigação acessória ou se tais operações inexisteram, de forma a permitir adequadamente a sua defesa. Em não sabendo qual das condutas lhe foi imputada, não pode rebater as acusações e limitou seu direito da ampla defesa. Conclui que não pode prosperar a autuação, exceto se na informação fiscal se esclareça o fato apurado; admite uma eventual multa, mas não a cobrança do imposto, em razão do estorno do valor lançado na contabilidade.

No item 2, alegou que não houve um levantamento quantitativo de mercadorias, mas apenas uma consulta ao CFAMT, com a identificação de algumas notas que não estão registradas nos livros do autuado. Diz que a omissão de entradas não foi fruto de levantamento de estoques. Acusa que não recebeu cópia do demonstrativo das notas fiscais não registradas, não sabendo se as mercadorias supostamente comercializadas eram tributadas ou se isentas ou substituídas.

Na terceira infração diz que os livros e documentos fiscais atestam em seu favor, mas houve omissão na análise de tais documentos, o que acabou por prejudicar o acerto entre os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito e aqueles contabilizados pelo autuado. Requer revisão fiscal para análise dos documentos.

Na infração 04, diz que não foi observado o ramo da atividade do estabelecimento, que é loja de material de construção, onde parte dos produtos é adquirida com tributação antecipada.

Cita em favor de sua tese o acórdão JF nº 0491-04/04 e o art. 356, RICMS/BA, que estabelece: ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes. Conclui que o roteiro de fiscalização utilizado pelo autuante não é apropriado na atividade do autuado e que a presunção do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96 não deve ser aplicada para cobrança de ICMS. Pede revisão fiscal para comprovar a existência de produtos da substituição tributária.

Aduz que pela leitura da infração 06, não se pode identificar se o erro apontado foi recolhimento de ICMS a menos ou desencontro entre as informações e cabível, no caso, a aplicação da multa do inciso XVIII, alínea “c”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, devido à declaração incorreta de seus dados nas informações econômico-fiscais exigidas e jamais a cobrança de imposto.

Requer a revisão fiscal, a fim de permitir a desconstituição dos lançamentos improcedentes.

O autuante presta informação fiscal de fls. 463/467 e atesta o reconhecimento da infração 5. Diz que ao receber devolução de mercadorias vendidas a consumidor final (infração 1), que não possui obrigação de emitir documentos fiscal, o autuado deveria apor declaração do motivo da devolução por escrito no verso da primeira via da nota fiscal de venda ou utilizar um documento onde constasse a identificação do comprador e o motivo da devolução, apensando à nota fiscal original (§ 2º do art. 653 do RICMS). Observa que na documentação fiscal apreendida e juntada ao PAF às fls. 14 a 209, o procedimento adotado pela empresa não está de acordo com a legislação, pois não há nenhuma observação nas notas fiscais nem constam documentos assinados pelos adquirentes das mercadorias. Inexiste a prova inequívoca da devolução, como garante o autuado.

Esclarece que ao apropriar créditos pela emissão da nota fiscal de entrada sem comprovação da real devolução das mercadorias vendidas, o contribuinte está utilizando o crédito indevidamente ficando, portanto, passível do estorno efetuado através da lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto à falta de registro de notas fiscais, diz o auditor, ocorreu nos exercícios de 2008 e 2009 e a aplicação da multa de 10% beneficia o autuado, pois não há presunção de omissão de saída, cuja multa é de 70%. Diz que aplicou, no caso, o art. 915, inciso II do RICMS/97.

Diz que a acusação não é “insegura e limitativa” de direito, como afirma a defesa, pois entregou ao contribuinte demonstrativo com as notas não registradas, conforme recibo, fl. 448; que cópias das notas fiscais e demonstrativos foram anexados, fls. 211/215, e o autuado não se pronunciou. Observa ainda que, na infração 5, foi aplicada multa de 1% para a falta de registro de mercadorias não tributáveis e o autuado também não se pronunciou, reconhecendo o débito apontado.

Na infração 3, omissão de saídas através das vendas com cartões de crédito/débito, aduz que o levantamento tomou por base a documentação apresentada pelo autuado, redução Z do ECF, confrontado com os valores informados pelas administradoras de cartões, conforme fls. 218/223, originando crédito tributário, demonstrativos fls. 219/226. Diz que entregou um disco compacto (CD) contendo toda movimentação diária das vendas efetuadas pelos equipamentos ECF, que não analisou seu conteúdo, preferindo pedir revisão fiscal.

Afirma que na quarta infração, o levantamento quantitativo considerou apenas as mercadorias tributadas, conforme pode ser visto do relatório das mercadorias selecionadas, fls. 229/238 – 2008 e 261/271 – 2009, descabendo a alegação defensiva de revisão fiscal ou que o roteiro não poderia ser aplicado em função do ramo de atividade do autuado.

Diz que a infração 06 cobra recolhimento a menos de ICMS. O contribuinte de fato parcelou parte do débito. Em março de 2008, apurou imposto no valor de R\$18.351,83 e um pagamento através do PAF 850000162090 em três parcelas de R\$4.956,50, totalizando o valor de R\$14.869,50, restando a apagar o valor de R\$3.482,33. No mês de outubro/2009, apurou a quantia de R\$14.036,05 com pagamento através do PAF 8500000512104, no valor de R\$12.690,05, tendo que saldar um débito de R\$1.346,00. Completa que não houve desencontro de informações, e sim recolhimento a menos.

Explica que houve plena transparência no desenvolver da ação fiscal; todos os demonstrativos foram submetidos previamente para análise do contribuinte.

Conclui que as infrações não foram debatidas, nem houve análise dos levantamentos efetuados, contestação dos valores dos débitos apurados, apenas um pedido de revisão fiscal, que não se justifica, visto que o processo está revestido das formalidades legais e contém todos os elementos necessários para análise e julgamento pela procedência da autuação.

Os membros da 5ª JJF convertem o PAF em diligência a fim de que sejam entregues documentos fiscais que lastrearam o processo, fl. 475.

O Auditor Fiscal, responsável pela ação fiscal, empreendeu a diligência, retirou dos autos as notas fiscais, cuja exigência, não restou devidamente comprovada, elaborou novo demonstrativo fiscal e

entregou ao sujeito passivo cópias dos documentos recém produzidos, reduzindo a exigência para R\$ 23.921,21.

O sujeito passivo, através de seu advogado, volta a manifestar-se, fls. 487/493. Com relação a infração 01, diz que o Auditor Fiscal não esclareceu se houve o descumprimento de alguma obrigação acessória, o que cerceou seu direito de defesa. Entende que no caso, não caberia a cobrança do imposto. Na infração 02, reclama que a alegada omissão de entrada de mercadoria não foi fruto de um levantamento de estoque. Pede nova revisão fiscal para o deslinde da infração 03.

Na quarta infração alega que foi desprezado um aspecto de suma importância, qual seja o ramo de atividade do estabelecimento autuado: loja de material de construção, em que grande parte das mercadorias já são tributadas antecipadamente. Cita em seu favor o acórdão JF 0491-04/04 que conclui, em condições semelhantes, que as saídas subsequentes estão desoneradas de tributação pelo ICMS. Pede nova revisão fiscal.

Na infração 06, diz que não consegue identificar se o erro apontado foi de recolhimento de ICMS a menos ou apenas desconcontro entre as informações. Pede a desconstituição do lançamento tributário.

O Auditor Fiscal presta nova informação, fl. 498, aduzindo que o autuado não apresentou argumento novo, insistindo apenas em nova revisão fiscal, que, a seu modo, não se justifica.

Em 19 de junho de 2012, a 5ª JF julgou com a unanimidade de seus membros pela procedência em parte do presente Auto de Infração, conforme Acórdão JF nº 0184-05/12, fls. 501 a 508 (volume II). Intimado para conhecer acerca da decisão constante do acórdão supra referido, fls. 514/515, o autuado apresenta Recurso Voluntário, fls. 520/527.

Alega que das seis infrações lançadas, resolveu pagar a de nº 5 e apresentar impugnação em face às demais infrações, exceto a de nº 3, julgada improcedente no acórdão combatido.

Na infração 01, diz que, inobstante o entendimento dos julgadores *a quo* que não houve cerceamento do direito de defesa, não foi esclarecido se houve descumprimento de obrigação acessória ou se entendeu que tais operações inexistiram, de forma a permitir adequadamente a defesa.

Com relação à infração 04, alega que foi desprezo o aspecto de suma importância para o deslinde da questão, o ramo de atividade do autuado, loja de material de construção, em que grande parte das mercadorias já é tributada antecipadamente, sendo inadmissível tributar novamente mercadorias substituídas. Cita o acórdão JF 0491-04/04 em favor de sua tese. Aduz, de acordo com o art. 356, RICMS/BA, ocorrido pagamento de ICMS-ST, ficam desoneradas as operações internas subsequentes. Destaca que o roteiro desenvolvido pela Fiscalização não é apropriado ao ramo da atividade do autuado. Pede revisão fiscal para comprovar a existência de mercadorias do regime da substituição tributária.

Na infração 06, diz que pela leitura da infração não consegue identificar se o erro apontado foi de recolhimento de ICMS a menos ou apenas desconcontro entre as informações. Pede a desconstituição do lançamento tributário.

Requer provimento ao recurso para anular as infrações 01 e 04, além da conversão da infração 06 em multa por descumprimento de obrigação acessória.

Na apreciação do Recurso Voluntário, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0010-11/13, de 15 de janeiro de 2013, fls. 531/535, votou pela nulidade da decisão de primeira instância, no fundamento que a decisão impugnada padece de contradição no resultado do julgamento de duas das infrações. No item 03, considerou subsistente a exigência para nas linhas seguintes, concluir pela improcedência. Semelhante equívoco ocorreu na infração 04. No início, julgada improcedente; em momento posterior, considerada subsistente.

Firmou o julgamento de segunda instância comprovado prejuízo à constituição do crédito tributário e cerceamento do direito ao direito de defesa do contribuinte, na provocação adequada do recurso administrativo. O voto é pela decretação da nulidade da decisão de primeiro grau, retorno dos autos para novo julgamento e prejudicado o Recurso ofertado pelo contribuinte.

Cientificados o autuante (fl. 540) e o autuado (fl. 543) a decisão contida no Acórdão CJF 0010-11/13, não houve novas manifestações.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$24.177,05, tendo em vista as infrações antes relatadas e que serão objetos de nova apreciação por órgão julgador de primeira instância, exceto a infração 05, multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$55,17, não impugnada pelo autuado, estando, pois, devidamente caracterizada.

Alega o sujeito passivo que houve limitação no seu direito de defesa em virtude de não saber a acusação que lhe estava sendo dirigida, na infração 01, não restando esclarecido se ocorreu o descumprimento de obrigação acessória ou se entendeu que tais operações inexistiram, de forma a permitir adequadamente a defesa. Requer a revisão do lançamento fiscal para verificação da presença de mercadorias já alcançadas pela substituição tributária, na infração 04.

Não observei quaisquer situações que implicassem cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, no item 01 do presente Processo Administrativo Fiscal – PAF, conforme o questionamento do autuado, posto que a infração trata de forma clara da exigência de obrigação tributária de pagar, em função da utilização indevida de crédito fiscal, nas operações de devolução de vendas, sem a comprovação necessária, não se cogitando, em absoluto, cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória, no caso. Documentos e demonstrativo de débito, que sustentam a exigência, acostados atestam o motivo da autuação; descabida, portanto, a arguição do autuado de desconhecimento da imputação que lhe estava sendo dirigida. Indefiro o pedido para revisão do lançamento, na infração 04, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de juízo de valor; a verificação de possíveis mercadorias da substituição tributária será apreciada, no mérito. Diante da necessidade da entrega de documentos, em obediência ao devido processo legal, foi designada diligência fiscal específica, fl. 475. O Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, conforme requisitos constantes no art. 39, RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), inexistindo qualquer justa causa para a sua lavratura ou qualquer erro ou vício especificado no art. 18, RPAF/BA, que possibilite decretação de nulidade do lançamento.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0010-11/13, votou pela nulidade da decisão de primeira instância, no fundamento da existência de contradições no resultado do julgamento das infrações 03 e 04, o que constituiu prejuízo à constituição do crédito tributário e cerceamento do direito de defesa do contribuinte. Afastadas as arguições de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, tais imperfeições serão observadas na apreciação de mérito das alegações defensivas.

Na primeira infração, o contribuinte é acusado da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, tendo em vista as notas fiscais de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, no valor total de R\$ 9.382,39. O auditor Fiscal elaborou demonstrativo de fl. 13, acostando ao processo as notas fiscais de entradas e as respectivas notas fiscais das vendas, ambas emitidas pelo próprio autuado (fls. 14 a 209).

Ao dispor sobre a devolução de mercadoria efetuada por pessoa não obrigada a emissão de nota fiscal, o RICMS-BA, no seu art. 653, assim dispõe:

Art. 653. O estabelecimento que receber, em virtude de garantia, troca, inadimplemento do comprador ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de Nota Fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja

prova inequívoca da devolução (grifo nosso).

[...]

§2º Nas hipóteses deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:

I - emitir Nota Fiscal, na entrada das mercadorias, mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso;

II - obter, na Nota Fiscal (entrada) referida no inciso anterior ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade;

[...]

Conforme consignado no *caput* do artigo 653 do RICMS-BA, a legislação tributária estadual prevê a hipótese de utilização de crédito fiscal de ICMS nos casos de devoluções realizadas por consumidores finais, pessoa física ou pessoa jurídica não obrigada à emissão de nota fiscal. Todavia, o estabelecimento recebedor das devoluções deverá comprovar a efetividade dessas devoluções mediante o cumprimento das obrigações previstas no §2º transcrito acima.

No caso em tela, o autuado emitiu a nota fiscal de entrada citada no inciso I do §2º do artigo 653 (fls. 14 a 209); contudo, o exame desses documentos fiscais evidencia que eles, por si só, não atendem determinações contidas no inciso II do mesmo dispositivo regulamentar. O atendimento de tais obrigações é fundamental para se comprovar a devolução e, assim, resguardar a Fazenda Pública de prejuízos referentes a operações que não representem reais devoluções.

Portanto, não se tratam de exigências que se deva fazer menoscabo. Nas devoluções de mercadorias feitas por adquirente pessoa física ou pessoa jurídica, não obrigada à omissão de documentos fiscais, uma vez que esses adquirentes não emitem suas próprias notas fiscais referentes ao desfazimento dos seus negócios, é absolutamente necessário que haja autorização para que outro o faça em seu nome.

As notas fiscais de devolução acostadas aos autos não suprem a exigência prevista na norma, consistente na declaração assinada da pessoa que efetuou a devolução, com a indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade.

Dessa forma, no caso concreto, as citadas notas, isoladamente, não servem como ***prova inequívoca da devolução*** e não se acomodam ao querer do legislador, uma vez que uma e a outra, nota fiscal de venda e nota fiscal de devolução, sendo emitidas pelo próprio contribuinte, precisaria do aval do titular de cada operação de devolução.

Observo ainda que não é razoável que a devolução de uma venda realizada em 08.11.05 (nota fiscal 79.655, fl. 16) seja feita somente em 02.01.2008 (nota fiscal 88.104, fl. 14); em outra situação, a devolução da venda realizada com a nota fiscal nº 67.568, de 04.09.05, fl. 20, somente foi feita através da nota fiscal nº 88.106, de 02.01.2008; ainda, a nota fiscal de devolução nº 88.115, de 02.01.2008, fl. 26 faz referência à nota fiscal de venda nº 74.817, de 10.11.04, fl. 28.

Claramente, cumpre ao autuado observar as orientações que comprovem as devoluções com a chamada “prova inequívoca”. Na eventual impossibilidade de obter a declaração das pessoas que não emitam suas próprias notas fiscais, nas operações de devolução de vendas, devem ser providenciados outros conjuntos de provas, à guisa de exemplo: o lançamento fiscal e contábil das operações de venda e o correspondente desfazimento; saída e retorno ao estoque da mesma mercadoria; conhecimento de transporte relativo à operação da devolução; a aposição, na nota fiscal que acobertou a operação, de carimbos de repartições fazendárias do trajeto percorrido no retorno

Entendo que a mera escrituração das operações, nos livros fiscais e mesmo o acostamento aos autos das notas fiscais de origem são insuficientes para elidir a acusação fiscal de utilização indevida de crédito fiscal. Ao decidir agir em desconformidade com o previsto na legislação, o autuado assumiu o ônus de seu procedimento irregular e não descaracterizou a exigência.

Impertinente ainda a alegação da defesa de que não lhe ficou claro se houve o descumprimento de alguma obrigação acessória, incorrendo o procedimento fiscal em cerceamento do direito de defesa. Conforme fiel indicação na inicial dos autos e a análise retro mencionada, o autuado incorreu na situação ensejadora da cobrança do imposto, nos termos do art. 653, §2º, RICMS/BA e não houve qualquer menosprezo aos direitos do contribuinte, acorde discorrido preliminarmente. Infração subsistente no valor de R\$9.382,39.

Na infração 02, a exigência é de penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista a falta de registro na escrita fiscal de mercadorias tributáveis. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias que tenham entrado sem registro, totalizando R\$1.060,34;

A exigência repousa no demonstrativo elaborado pelo Auditor Fiscal, fl. 211, discriminando as notas fiscais, data de entrada e valor, que não foram registradas, no livro REM (registro de entradas de mercadorias), e não em acusação de omissão de entradas de mercadorias, como é a alegação defensiva.

Diz ainda o autuado que não lhe foram entregues as notas fiscais constantes do demonstrativo fiscal a fim de que pudesse identificar se as respectivas mercadorias são tributadas, isentas ou substituídas.

Diante dos óbices apresentados, foi designada pelos membros da 5ª JF, diligência fiscal, no sentido de proceder à entrega de cópias das notas fiscais que instruíram a exigência. Os valores relativos às notas fiscais 156956 e 64421 (não acostadas aos autos) foram excluídos; a nota fiscal 307022, cuja cópia não fora juntada, inicialmente, o autuante anexou aos autos, fl. 479 e o valor da multa respectiva permanece sendo exigida, após a devolução do prazo ao autuado para possível nova impugnação.

Após tais alterações, a multa pecuniária da infração 02 é reduzida de R\$ 1.060,34 para R\$ 804,49, conforme consta do demonstrativo de fls. 478. Descabido, por completo inoportuno, o reclame do autuado de que a omissão de entrada de mercadoria não foi fruto de um levantamento de estoque, posto que a exigência é de multa por descumprimento de obrigação acessória, que resta caracterizada no valor de R\$ 804,49

Na terceira infração, a fiscalização apura omissão de saídas através das vendas com cartões de crédito/débito, nos termos do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 4.877,75.

Foi apurado que o sujeito passivo recolheu a menos ICMS, a partir da constatação da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, considerando que o autuado ofereceu à tributação valores menores que os informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, por meio de documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, nos exercícios 2008 e 2009, conforme demonstrativo de fls. 219 e 224, cujas cópias foram entregues ao sujeito passivo, inclusive o TEF (Transferência Eletrônica de Fundos) por operações diárias, fl. 445.

A omissão de receita, então, foi apurada a partir do confronto dos documentos fiscais que mantinham correspondência de valor e data com os boletos de cartão de crédito / débito, discriminados no relatório TEF.

Posto isso, na infração 03, a declaração de vendas do contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, o que não foi feito. Limitou-se apenas a solicitar revisão fiscal, incabível na situação presente. Resta, então, caracterizada a omissão de receitas tributáveis, no valor de R\$ 3.010,54 (exercício 2008) e R\$ 1.867,21 (exercício 2009), totalizando o valor de R\$ 4.877,75.

A quarta infração cuida da apuração de omissão de saídas tributáveis, através de levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios 2008 e 2009, respectivamente, nos valores de R\$ 2.646,95 e

R\$ 1.326,12, que totaliza R\$ 3.973,07.

A alegação do sujeito passivo repousa no fato de que, na condição de estabelecimento comercial de material de construção, grande parte das mercadorias que comercializa já fora tributada.

Examinando os autos do processo, constato que o autuante elaborou demonstrativos de auditoria de estoque, às fls. 229/312, com a exclusão de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, selecionando apenas mercadorias tributadas normalmente e caracterizando a infração 04, no valor de R\$ 3.973,07.

Ocorre que dispositivo regulamentar do ICMS (art. 60, § 1º) ensina que na apuração da base de cálculo do imposto, nos casos de presunção de omissão de saídas, quando forem constatadas, simultaneamente, irregularidades no disponível e no exigível, bem como entradas ou pagamentos não registrados ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência ou diferença de maior valor monetário, configurando a presunção de que as demais (omissões) nela estejam compreendidas.

Nesse caso, entendo presente a exigência simultânea das infrações 03 (presunção de omissão de saída - cartões) e 04 (omissão de saída – estoques) e decido pela não exigência da infração 04, no valor de R\$ 3.974,07, por se tratar de omissão de menor valor monetário, em relação à infração 03, de valor R\$ 4.877,74, nos mesmos exercícios de 2008 e 2009, em consonância com o disposto no art. 60, § 1º, RICMS/BA.

Posto isso, ainda que isoladamente esteja caracterizada, a infração 04, no valor de R\$ 3.973,07, não será exigida, levando-se em conta apenas a ocorrência de maior valor monetário da infração 03, no valor de R\$ 4.877,75, configurando-se a presunção de que as omissões da infração 04, nela estejam compreendidas.

Na sexta e última infração, alega o impugnante, em suas razões, não conseguir identificar se o erro apontado foi de recolhimento de ICMS a menos ou apenas desconhecimento entre as informações.

A infração acometida ao sujeito passivo se refere ao recolhimento do imposto a menos, tendo em vista o desconhecimento existente entre o imposto efetivamente recolhido e o valor informado no Registro de Apuração de ICMS, nos meses de março 08 e outubro de 09.

Verifico presentes nos autos, demonstrativo fiscal elaborado pelo Auditor Fiscal evidenciando a divergência nos recolhimentos, acompanhado das cópias do livro de Apuração de ICMS, fls. 325/443.

Constato o débito referente o mês de março 08, no valor de R\$18.351,83 e parcelamento com pagamento através do PAF 850000162090 em três parcelas de R\$4.956,50, totalizando o valor de R\$14.869,50, restando a pagar o valor de R\$3.482,33. No mês de outubro/2009, a situação se repete, apurada a quantia de R\$14.036,05 com pagamento através do PAF 8500000512104, no valor de R\$12.690,05, tendo que saldar um débito de R\$1.346,00.

Antes o exposto, resta caracterizada a infração 06, no valor de R\$ 4.828,33.

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 **108883.0017/11-8**, lavrado contra **CENTRAL DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ELÉTRICOS E HIDRÁULICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$19.088,47**, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.210,72 e de 70% sobre R\$4.877,75, previstas no art. 42, VII, alínea “a”, II “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$859,66**, prevista nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR