

A. I. Nº - 028924.0004/13-7
AUTUADO - IZA AUXILIADORA BRITTO PRESAS
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 15/10/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0244-03/13

EMENTA: ICMS 1. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Comprovada a inclusão no levantamento fiscal aquisições de mercadorias não destinadas a comercialização, com o expurgo dessas operações ficou reduzido o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. 2. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Vícios substanciais do lançamento. Não houve o cotejamento das operações informadas pelas administradoras de cartão com as “reduções Z” dos emissores de cupons fiscais. Não entrega efetiva dos relatórios TEF Diários por operações ao autuado. Configurada a falta de certeza e liquidez. Infração nula. 3. ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Divergência entre a acusação fiscal e o levantamentos fiscal que apurou o cometimento da infração. Há falta de segurança na determinação da infração e do montante devido, o que acarreta a nulidade da infração, a teor do disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/03/2013, exige ICMS no valor total de R\$168.345,05, em decorrência dos seguintes fatos:

Infração 01 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de abril e julho de 2009, janeiro a agosto, outubro e novembro de 2011, janeiro e fevereiro, maio a dezembro de 2012. Exigido valor de R\$4.880,02, decorrente da aplicação do percentual de 60% sobre o valor do imposto recolhido extemporaneamente.

Infração 02 - Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, no valor inferior ao informado por instituição financeira e administração de crédito, nos meses de julho e dezembro de 2009, janeiro,

junho, julho e outubro de 2010, janeiro, abril a julho e outubro a dezembro de 2011, abril e maio de 2012. Valor de R\$14.034,40, sendo R\$944,94 acrescido de multa de 70% e R\$13.089,46 de 100%;

Infração 03 - Omissão de saída de mercadoria e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de maio a dezembro de 2009, e de janeiro de 2010 a dezembro de 2012. Exigido o valor R\$149.430,63, acrescido de multa de 100%;

O sujeito passivo apresenta defesa, fls. 87 a 89, articulando as seguintes ponderações.

Com relação à infração 01 ao não recolhimento de ICMS, na antecipação parcial por aquisição de produtos fora do estado, esclarece que pagou rigorosamente e de acordo com RICMS-BA/97, os impostos devidos sobre as aquisições que efetuou no citado período.

Diz que ao conferir os demonstrativos de apuração verificou que o autuante cometeu equívoco ao considerar Notas Fiscais relativas a outras saídas, na sua base de tributação, enumera as notas fiscais nessa condição: Nota Fiscal n°s 51340, 55475, 26295, 26294, 0516, 0638, 1167, 14423, 2245, 15612 e 37588; e NFe n°s 20503, 22112, 22147, 8420, 27182, 34959, 91712, 38196 e 38197, cujas cópias anexa às fls. 92 a 111.

Quanto à infração 02 que trata da omissão de saída de Mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento com cartão de crédito ou débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de 31/07/2009 a 31/05/2012, declara que discorda da cobrança, pois todas as suas vendas foram devidamente registradas através da emissão de Notas Fiscais ou Cupons Fiscais, conforme informado através de DMAs (Cópia Anexa) no citado período, mas não obteve até a presente data informação das administradoras de cartão de crédito quanto a valores informados em determinados meses, que discorda pois não corresponde a realidade registrada nos seus arquivos, e que aguarda resposta as suas solicitações quanto a composição dos valores informados ao fisco, para esclarecer possíveis erros.

No que diz respeito à infração 03, refuta a acusação fiscal asseverando discordar da cobrança, pois foram apresentados ao autuante, os livros de registro de entrada, registro de saídas e registro de apuração de ICMS (cópia anexa de páginas dos citados livros), assim como DMAs dos referidos períodos (cópia anexa).

Observa que informou ao autuante que tinha optado pelo regime do Simples Nacional, e que em determinado momento foi excluído, e que não concordou com a sua exclusão, que vem, via processo administrativo, solicitando a sua reinclusão no sistema, para tanto junta a presente cópia dos DAS pagos, fls. 114 a 163, assim como as Declarações do Simples devidamente transmitidas para Secretaria da Receita Federal, por tanto, todo o imposto gerado por vendas neste período foi recolhido através do Regime do Simples.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fl. 302, o autuante mantém parcialmente a ação fiscal aduzindo os argumentos a seguir sintetizados.

Inicialmente esclarece que não procede a alegação da defesa de que tinha optado pelo Simples Nacional tendo em vista que em determinado momento foi excluído e discordando da exclusão encontra-se em processo de reinclusão. Ressalta que de acordo com o “Relatório dos Períodos do Simples Nacional, fl. 301, o impugnante permaneceu no Simples Nacional no período de 01/07/2007 a 31/12/2008, quando foi descredenciado e que o período fiscalizado foi de 31/05/2009 a 31/12/2012.

Quanto à infração 02 informa que o autuado alega que no período fiscalizado não obteve informações das administradoras quanto aos valores informados em determinados meses.

Esclarece que está anexando aos autos através de mídia o Relatório TEF Diário das vendas mensais com cartão de crédito e de débito no período apurado.

Frisa que o impugnante contesta na apuração do ICMS - Antecipação Parcial sobre as mercadorias adquiridas fora do estado por se tratar de material de promoção e exposição, cessão de comodato e remessa de bonificação. Sustenta que ao analisar as notas fiscais apresentadas constatou a veracidade dos fatos, e que algumas se enquadram em diferenças de alíquota.

Assegura que retificou e abateu os valores cobrados indevidamente e atualizou os valores dos débitos conforme demonstrativo às fls. 303 a 306.

Intimado via postal e em seguida por edital para tomar ciência da informação fiscal, entrega do Relatório TEF e reabertura do prazo de defesa, fls. 309 a 317, o impugnante não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS, no valor total de R\$168.345,05, em razão da constatação de três infrações apuradas no período de abril de 2009 a dezembro de 2012.

A exigência materializada na infração 01 trata do débito lançado referente a multa percentual, no valor de R\$4.880,02, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, nos de abril e julho de 2009, janeiro a agosto, outubro e novembro de 2011, janeiro e fevereiro, maio a dezembro de 2012, referente à aquisição de mercadoria proveniente de outra unidade da Federação adquirida com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, relativamente às notas fiscais relacionadas nos demonstrativos às fls. 13, 45 a 48 e 66 e 67.

A obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

Já a tipificação da multa indicada no Auto de Infração decorre da aplicação do §1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

“§1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II.”

O autuado em sede defesa apontou equívoco no levantamento fiscal por ter sido incluído operações com mercadorias não destinadas a comercialização e apresentou cópias de diversas notas fiscais, fls. 92 a 111, referentes à entrada de material promocional, bonificação, outra saídas e cessão em comodato.

O autuante depois de examinar a documentação apresentada, afirmou que promoveu à exclusão das entradas que, efetivamente, não eram destinadas a comercialização e elaborou novo demonstrativo de apuração para o mês de maio de 2011, fl. 307, reduzindo o valor do imposto não recolhido tempestivamente de R\$425,96, fl. 01, para R\$221,95, reduzindo assim, o valor da multa de R\$255,58, fl. 01, para R\$133,17. Quanto aos demais meses alterados: abril e julho de 2009, janeiro a abril, junho a agosto, outubro e novembro de 2011 o autuante não colacionou aos autos os correspondentes demonstrativos de apuração, eis que, tão-somente, carreteou os valores por ele obtidos nos ajustes efetuados substituindo pelos originalmente apurados em nova impressão do Auto de Infração, fls. 306 a 306, na qual mantém inalterados os valores apurados no exercício de 2012, consoante demonstrativo original, fls. 66 e 67. Tais alterações resultaram na redução do item 01 da autuação para o montante de R\$1.213,12, fl.304.

Ao compulsar o novo demonstrativo elaborado pelo autuante atinente ao mês de maio de 2011 e cotejar com as notas fiscais apresentadas pelo impugnante constato que os ajustes procedidos estão corretos, uma vez que resultaram da exclusão das Notas Fiscais de nº 27182, 516, 1167, e 638, fl. 100 a 103, por se tratar de material promocional, displays, expositores e bonificações em quantidades mínimas e compatíveis, portanto, não destinados a comercialização.

Nestes termos, acolho o novo demonstrativo elaborado para o mês de maio de 2011, fl. 307, pelo autuante com base nas comprovações carreadas aos autos pelo autuado em sua impugnação e colacionado às fls. 100 a 103, que reduz o valor da multa de R\$255,58, para R\$133,17. Deve também ser mantida a apuração relativa ao exercício de 2012, originalmente lançada, por não ser alcançada por inconsistência alguma, conforme demonstrativo às fls. 66 e 67, cuja exigência é de R\$757,62.

Quanto aos meses de abril e julho de 2009, e aos demais meses de 2011, cujas exigências foram afastadas pelo autuante sem, contudo, apresentar os correspondentes demonstrativos explicitando a origem dessas exclusões, entendo que diante da incerteza na apuração dessa desoneração deve ser anulada a exigência nesse período. Represento a autoridade fazendária competente para avaliar a possibilidade de, mediante novo procedimento fiscal, apurar, a salvo de erro, a irregularidade objeto desse item da autuação.

Assim, concluo pela subsistência parcial da infração 01, valor de R\$856,71.

No que diz respeito à infração 02 que cuida da omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, no valor inferior ao informado por instituição financeira e administração de crédito o impugnante, em sede de defesa, alegou que todas suas vendas foram realizadas com a emissão de documentação fiscal conforme informado nas DMAS e que não recebera informação das administradoras de cartão e financeiras.

O autuante ao proceder à informação fiscal informou que anexou aos autos arquivo com cópia do Relatório TEF diário por operações, fls. 308, e verifica-se às fls. 309 a 317 que não se logrou êxito nas intimações realizadas ao autuado por via postal no endereço do estabelecimento e no endereço da sócia, sendo devolvidas por ausência do destinatário no local, em seguida por edital.

Depois de examinar os elementos que embasam e apuram a acusação fiscal desse item da autuação, verifico que além da ausência do Relatório TEF diário por operações, também não constam dos autos o cotejo entre os documentos fiscais (cupons e notas fiscais) e os pagamentos com cartões de crédito/débito informadas pelas administradoras e financeiras, arrolados no levantamento fiscal, imprescindíveis para discriminar os valores totalizados mensalmente indicados nas planilhas “Apuração Mensal”, acostadas às fls. 17, 34, e 44.

Assim, diante da ausência, desde a origem do lançamento de ofício, de elementos indispensáveis para se precisar de forma inequívoca essa infração e como consequência limitando o exercício da ampla defesa pelo autuado cabe considerar nulo esse item da autuação.

Logo, com amparo no art. 18, IV, “a” do RPAF-BA/99, ante a inexistência nos autos de elementos suficientes para se determinar, com segurança, o seu cometimento pelo impugnante, considero nula a infração 02.

No que tange à infração 03 trata da omissão de saída de mercadoria e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, conforme teor expressamente estampado no Auto de Infração, fl. 02.

Os demonstrativos de apuração e de débito desse item da autuação se embasam nas planilhas “Cálculo do Conta Corrente” e “AUDIF 201 - Auditoria da Conta Corrente do ICMS” acostados às fls. 12, e 14 a 16 - exercício 2009, fls. 32 a 33 - exercício 2010, fls. 42 e 43 - exercício 2011, e fls. 64 e 65 - exercício 2012, constato que

Depois de examinar os demonstrativos de apuração e de acostados pelo autuante, constato que para a obtenção do débito exigido nesse item da autuação foi efetuado o cálculo do “Conta Corrente” no período fiscalizado, elaborado com base nas informações obtidas nas DMAs dos valores declarados como sendo creditados nas aquisições e os débitos declarados nas saídas, confrontado os valores recolhidos obtidos no INC - Informação do Contribuinte, fl.18, em cada período de apuração. Não constam dos autos qualquer comprovação ou discriminação da correspondente documentação fiscal para convalidar a fidedignidade das declarações do impugnante constantes das DMAs.

Como se depreende do acima enunciado, fica patente que, apesar da acusação fiscal atribuir ao impugnante o cometimento da omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento de documento fiscal nos livros fiscais próprios presunção estatuída na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96, não é o que resta inequivocamente configurado nos demonstrativos elaborados pelo autuante para consubstanciar o lançamento. Já que os demonstrativos, de forma oblíqua, uma vez que não se comprovou nos autos a fidedignidade das informações fornecidas na DMAs pelo autuado mediante exame das correspondentes documentações fiscais, indicam a apuração de imposto declarado e não recolhido, prevista no inciso I do art. 42 da Lei 7.014/96, portanto, irregularidade inteiramente distinta da constante na acusação fiscal.

Em suma, configura-se evidenciada a dissociação entre a acusação fiscal e a apuração levada a efeito para sustentar o cometimento da infração pelo autuado resta caracterizada a prática de ato com preterição do direito de defesa, bem como a manifesta falta de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Nesses termos, não havendo como sanar o vício assinalado, por não ser admissível a mudança do fulcro da autuação no curso do processo, haja vista a forma como o fato foi descrito nos autos, ressentindo-se, portanto, o lançamento de falta de certeza e liquidez, implicando sua nulidade, consoante expressa determinação dos incisos II e IV do art. 42 do RPAF-BA/99.

Concluo pela nulidade da infração 03, cabendo à repartição fiscal providenciar a renovação do procedimento a salvo da falha apontada. Remanesce, portanto, a faculdade do contribuinte de se eximir de sanções sanando as pendências existentes mediante denúncia espontânea, antes do início de nova ação fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **028928.0004/13-7**, lavrado contra **IZA AUXILIADORA BRITTO PRESAS.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$856,71**, prevista no inciso II, “d” do art. 42 da Lei 7.104/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA