

A. I. Nº - 118973.0310/10-1
AUTUADO - LUCCIOLA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - THILDO DOS SANTOS GAMA
ORIGEM - INFAS/VAREJO
INTERNET - 25.04.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0073-04/14

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADA. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO; b) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. O contribuinte encontrava-se, à época dos fatos geradores da autuação enquadrado no regime simplificado de apuração do imposto - SIMBAHIA. Neste caso, estava desobrigado a escriturar o livro Registro de Entradas. Infrações não caracterizadas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas aquisições de mercadorias para comercialização, não enquadradas na substituição tributária. Exigência fiscal subsistente em parte, após ajustes realizados por estranho ao feito. 3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração confessada pelo contribuinte. 4. CARTÃO DE CRÉDITO OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valores inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito ou débito, enseja a presunção legal de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Estranho ao feito reduziu os valores originalmente lançados. Infração parcialmente procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de agosto de 2011 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 91.509,50, além de multa percentual, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada multa por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 10%, totalizando R\$ 2.314,30, ocorrência constatada nos meses de janeiro, abril, junho, setembro e dezembro de 2005, janeiro, fevereiro e maio de 2006, fevereiro e junho de 2007.

Infração 02. Recolheu a menor o ICMS na condição de EPP enquadrada no SIMBAHIA, no mês de abril de 2006, totalizando R\$ 61,28, além da multa proposta de 50%.

Infração 03. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro e outubro de 2005, no montante de R\$ 14,09, correspondente à multa percentual de 1% sobre os valores omitidos.

Infração 04. Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridos com fins de comercialização, no total de R\$ 3.320,10, além de multa de 60%, infração ocorrida nos meses de janeiro a abril, junho, julho, setembro a dezembro de 2005, janeiro, fevereiro e maio de 2006, janeiro e junho de 2007.

Infração 05. 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, no valor de R\$ 85.799,73, bem como multa de 70%, para as ocorrências dos meses de janeiro a dezembro de 2006, janeiro a junho de 2007.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 44 a 50, onde argüi em sua defesa, que não concorda com o mesmo, pelas razões que exporá.

Inicialmente pede que, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos advogados regularmente constituídos os quais são os legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa ora instaurada.

Reconhece, de pronto, as imputações das “infrações 02 e 03”. No que tange à infração 01, alega ser improcedente, vez que a Autuada não se encontrava obrigada a cumprir a obrigação que gerou a sanção. Conforme consta do próprio lançamento, no período descrito na infração a empresa encontrava-se cadastrada no SIMBAHIA como empresa de pequeno porte (EPP), não sendo obrigada a escriturar o livro Registro de Entradas de Mercadorias, e nessa hipótese o CONSEF tem firmado posição neste sentido, de acordo com as decisões que colaciona.

Com relação à infração 04, argumenta que além de incidir sobre notas que também compõem o item 01, o que de logo demonstra a impropriedade da cobrança, outros pontos merecem destaque. Os demonstrativos das infrações 01 e 04 mostram a insegurança nas cobranças, pois aquele relativo a “antecipação parcial” expressa que as notas teriam sido identificadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, quando a planilha referente à infração 01 estaria amparada pela “*falta de registro da entrada na escrita fiscal*”, sendo que em ambos constam notas fiscais idênticas.

Em verdade, informa ser a maior parte das notas relativa a operações não reconhecidas pela empresa, o que justificaria, se obrigação houvesse, a falta de lançamento fiscal. Além disso, não constam nos autos cópias das notas cobradas nos itens 01 e 04, o que também denota a ineficácia da autuação, transcrevendo, mais uma vez, decisões do CONSEF em situação análoga.

Reconhece que poucas notas se reportam a operações efetivamente realizadas pela empresa, a exemplo da NF 4845, de 27/08/2007, sendo, nesse caso, a antecipação, conforme DAE que anexa, foi devidamente recolhida. Informa que fará rigorosa conferência, nota a nota, e efetuará o pagamento do imposto das notas cujas operações sejam efetivas. Entretanto, aquelas que não constam do processo não podem gerar a obrigação, devido a falta de prova da efetividade das operações.

Quanto à infração 05, relativa a omissão de saídas apurada mediante levantamento de vendas com pagamentos com cartões, o lançamento entende ser o mesmo nulo e improcedente. Nulo porque a Autuada não recebeu de forma completa os demonstrativos concernentes a acusação, o que gera ofensa ao artigo 46, do RPAF/99, cerceamento do direito de defesa e insegurança da determinação da ocorrência.

Alega que de acordo com a anexa cópia de “CD”, entregue à Autuada, não foram ofertados os demonstrativos sintéticos da cobrança, os quais foram substituídos por dados relativos a outro

contribuinte (um restaurante). Diante desse vício, sanável, solicita cópia dos demonstrativos sintéticos pertinentes ao item 05, com a consequente reabertura do seu prazo de defesa.

A mesma infração também é nula, em decorrência da impropriedade do roteiro de apuração utilizado. Tudo indica que o Autuante considerou que todas as vendas realizadas e declaradas pela Autuada, em 2006 e 2007, foram em espécie, sendo todas as vendas em cartões sonegadas, o que se sabe ser impossível. No ramo de atividade da Autuada, entre 70% e 85% das vendas são realizadas por meio de cartões.

Assevera que, por equívoco, de acordo com as “reduções Z” em poder da empresa, as operações vinham sendo registradas nos seus equipamentos como se fossem pagas em “espécie”. Assim sendo, o roteiro de auditoria de vendas através de cartões, que sequer foi sugerido na Ordem de Serviços nº 507876/10, não é o meio apropriado para a conferência dos lançamentos realizados pela Autuada, diante do fato de que o método adotado torna a apuração inteiramente insegura, devendo ser determinada a nulidade da exigência.

Contudo, observada a regra do artigo 155, parágrafo único, do RPAF, entende que a improcedência de tal item poderá ser declarada, vez que, de acordo com o livro Registro de Saídas de Mercadorias que anexa, e que foi escrutinado para maior controle das vendas, realizou operações acobertadas por notas e cupons fiscais, sendo tais vendas regularmente declaradas e tributadas.

Como revelam as DME's apresentadas à fiscalização, no exercício de 2006, informa ter vendido R\$ 570.283,71. Já as vendas informadas pelas administradoras, conforme Relatório de TEF fornecido ao Fisco, foi de R\$ 400.782,19, valor inferior, em 30%, aos declarados e tributados pela Autuada, o que significa que ela declarou o total de suas vendas, sendo 70% em cartões e 30% em espécie, cheques etc. Para prevalecer a presunção instalada através do lançamento, necessário seria se provar que a Autuada vendeu, além dos R\$ 570.283,71, declarados, os valores que serviram de base de cálculo no presente Auto.

Afirma ser isso impossível e nos documentos que compõem o feito existem fortes indícios de prova, que levam, no mínimo, à necessidade de uma completa revisão fiscal, o que requer. Cita que conforme DME em poder do Fisco, as compras totalizaram R\$ 395.780,85. Questiona, como então poderia ter vendido, além dos R\$ 570.283,71, declarados, mais o montante total adotado como base de cálculo no lançamento? E responde que para tanto, teria que adquirir mercadorias numa quantidade enorme sem nota fiscal e vender sem emissão de nota fiscal, o que não encontra qualquer respaldo. Pelo contrário, sendo grande parte das compras realizadas, conforme DME, isso seria ainda mais impossível.

Mesma situação ocorre em 2007, quando, de acordo com a DME, comprou R\$ 453.817,78 (sendo R\$ 108.543,60, fora do Estado) e vendeu e declarou R\$ 625.461,31. O Relatório TEF apresentado à SEFAZ indicada venda total, no mesmo período, de R\$ 520.629,57, que se encontra englobado no total declarado na DME. Nesse exercício, a Autuada, então, vendeu cerca de 80% com pagamento em cartões, e 20% através de outros meios, dentro dos padrões de mercado para o setor (venda de materiais de construção no varejo).

Diante dos dados acima, assegura não se poder dizer que somente declarou vendas em espécie, em 2006 e 2007, e que sonegou todas as vendas em cartões, sendo justamente tais vendas suscetíveis a maior controle pelo Fisco, devido às informações fornecidas pelas administradoras. Como já demonstrado, as vendas declaradas via DME sempre foram superiores às apresentadas pelas administradoras e englobam tais informações. Diante dos elementos que tinha à sua disposição, o Autuante deveria fazer uma investigação mais aprofundada, adotando outros roteiros de fiscalização, objetivando provar que a Autuada vendeu o que formalmente não possuía (omissão de receita).

Se não o fez, como parece ter considerado todas as vendas declaradas como pagas em espécie, deve o CONSEF determinar uma completa revisão, visando apurar como as vendas foram lançadas pelo Contribuinte e, especialmente, se a presunção utilizada pode ser aplicada no caso

concreto, ou seja, se é possível afirmar que a Autuada omitiu da tributação todas as suas vendas concretizadas com pagamento em cartões de crédito e de débito. Transcreve, mais uma vez, decisão administrativa em matéria similar.

Solicita, em conclusão, revisão por fiscal estranho ao feito, e, ante a confusão na oferta dos elementos necessários para o regular exercício da defesa, pede a nulidade da intimação e a reabertura do prazo de defesa, protestando, ao final, pela nulidade ou improcedência dos itens contestados.

Informação fiscal prestada às fls. 162 a 165 por estranho ao feito, diante do falecimento do autuante, argumenta que após a análise do processo verificou uma série de inconsistências nos demonstrativos acostados ao Auto de Infração, os quais, após retificados, serão relatadas conjuntamente com os argumentos da defesa apresentada pela autuada, através do seu patrono, às fls. 43 a 50.

Para a infração 01, argumenta que o fato da empresa não estar obrigada à escrituração do livro fiscal, embora os tenha apresentado à fiscalização conforme cópias acostadas ao processo, exercícios de 2005 (fls. 28 a 36), 2006 (fls. 76 a 83) e 2007 (fls. 103 a 112), não desobrigaria a empresa autuada da obrigação de manter arquivadas, em ordem cronológica, todas as notas fiscais de entradas de mercadorias para exibição ao fisco, quando solicitadas.

Quanto ao fato da maioria das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos elaborados pelo autuante e acostados ao processo às fls. 16, 52 e 91 entende pertinente as alegações da defesa e elabora novos demonstrativos onde foram consideradas apenas as notas fiscais acostadas ao processo, os quais estão anexados às fl. 166 a 168.

Registra o fato de que a nota fiscal nº 44633 acostada à fl. 49-A, encontrava-se registrada no livro Registro de Entrada de Mercadorias na página 2, (fl. 20 do PAF) onde consta, também, a apuração da antecipação parcial, e após tais retificações, um novo demonstrativo da infração 01 foi elaborado e anexado à fl. 175.

Relativamente à infração 02, indica que a defesa reconhece a procedência do procedimento fiscal, consoante demonstrativo anexo à fl. 64 dos autos. Já na infração 03, assevera que embora a defesa tenha reconhecido o débito apurado, refez todos os demonstrativos, utilizando os mesmos critérios adotados para a infração 01, e verificou que o autuante não incluiu valores apurados no exercício de 2007, constantes no demonstrativo de fl. 91. Elaborou novos demonstrativos onde foram consideradas, apenas, as notas fiscais acostadas ao processo, os quais estão anexados à fl. 168, e que após tais retificações, um novo demonstrativo da infração 03 foi confeccionado e anexado à fl. 175, os quais, foram os mesmos utilizados para a apuração da Infração 01.

Para a infração 04, afirma ter realizado o refazimento de todos os demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 14 e 15, 51 e 90) nos quais foram utilizados os mesmos critérios adotados para a infração 01, anexando os mesmos às fls. 169 a 171.

Quanto à argumentação defensiva da cobrança incidir sobre os valores das notas fiscais constantes na infração 04 e da Infração 01, esclarece tratar a Infração 04 de cobrança de imposto por falta de cumprimento de obrigação principal, enquanto a Infração 01 trata de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. Uma não exclui a outra, e que após tais retificações, um novo demonstrativo da infração 04 foi elaborado e anexado à fl. 175 dos autos.

Finalmente, frente à infração 05, informa que todos os demonstrativos que serviram de base ao Auto de Infração foram entregues ao contribuinte, tanto em meio eletrônico (CD anexo à fl. 136), e cuja relação de arquivos encontra-se anexada à fl. 172, quanto em formulário plano conforme recibos às fls. 137 e 138. Desse modo, não pode prosperar a alegação de cerceamento de defesa posta pelo patrono da autuada.

Quanto à alegação de que todas as vendas foram registradas como dinheiro, tal fato foi reconhecido pela defesa sob o argumento de ter havido um equívoco por parte do contribuinte,

não corresponde à verdade uma vez que desde 20 de janeiro de 2004, através da alteração 51 que introduziu o parágrafo 7º ao artigo 238 do RICMS vigente à época, o contribuinte passou a ser obrigado a discriminar no cupom fiscal o meio de pagamento. O RICMS atual manteve tal obrigação no seu artigo 113, inciso § 4º, conforme transcrição.

Após a análise dos demonstrativos que deram suporte à infração 05, anexados às fls. 84 e 128, indica que o autuante cometeu equívocos de formatação das fórmulas utilizadas nas planilhas, a saber: para o exercício de 2006 e 2007 – Apuração Mensal: ao copiar a fórmula do mês de janeiro, correspondente à aplicação da alíquota do ICMS sobre o valor da diferença apurada após o índice de proporcionalidade, fez a mesma incidir, de fevereiro a dezembro, sobre a diferença antes da aplicação do índice de proporcionalidade das mercadorias tributadas, elevando substancialmente o valor do imposto.

Foram elaboradas novas planilhas de apuração corrigindo as falhas acima descritas e anexadas às fls. 173/174 do PAF. Após tais retificações, esclarece que um novo demonstrativo da infração foi elaborado e anexado à fl. 175.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado parcialmente procedente, acatando-se parte da alegação defensiva.

Cientificado da informação fiscal (fl. 180), o contribuinte retorna ao processo, manifestando-se acerca da mesma (fls. 182 e 183), inicialmente, renovando o pedido de que, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos advogados regularmente constituídos, sendo os mesmos os legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa.

Reitera, também, todos os termos de sua defesa, no que tange às infrações 01, 04 e 05, renunciando apenas ao ponto prejudicial, referente à questão dos demonstrativos do item 05, mantido, contudo, o pleito pertinente à impropriedade do roteiro de apuração utilizado, mantendo o pedido de nulidade ou improcedência dos itens contestados.

VOTO

O lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, das quais as de número 02 e 03 foram reconhecidas pelo sujeito passivo.

Quanto às preliminares aventadas pela defesa, inicialmente me posiciono no sentido de que nada obsta que as intimações e comunicações processuais também sejam dirigidas aos patronos da empresa autuada. Todavia, isso não ocorrendo, não invalida os atos praticados, não havendo, pois, que se aventar a possibilidade de nulidade.

Já aquela suscitada na infração 05, de que não recebeu de forma completa os demonstrativos concernentes a acusação, o que geraria ofensa ao artigo 46, do RPAF/99, cerceamento do direito de defesa e insegurança da determinação da ocorrência, ficou prejudicada, diante do fato do estranho ao feito responsável pela informação fiscal, ter sanado tal fato, ao realizar a entrega dos arquivos eletrônicos que motivaram a autuação e planilhas elaboradas, consoante documento de fl. 180, sendo dada a oportunidade da empresa autuada manifestar-se, o que ocorreu (fls. 182 e 183).

Quanto ao argumento de que o roteiro de verificação de operações com cartões de crédito/débito ser inaplicável, o que ao entender da defesa importaria nulidade do lançamento, também não posso acolher, isto por que sendo a autuada usuária de equipamento emissor de cupom fiscal, o roteiro aplicado pelo autuante é indicado para tais casos. O fato do mesmo não estar previsto na Ordem de Serviço emitida, não invalida a fiscalização, sequer a torna nula, diante do comando contido no artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN), ao estabelecer que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da

obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível, bem como que tal atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Tal lançamento constitui o crédito tributário declarando a preexistência da obrigação tributária, nascida em virtude da ocorrência do fato gerador definido na lei, especialmente no artigo 113, § 1º c/c artigo 114 do CTN, e representa o momento final do procedimento administrativo a que alude o mencionado artigo 142 do CTN, no qual haverá sempre a emissão de um documento formal que confere à obrigação tributária preexistente o caráter de liquidez e certeza, antes inexistente, o que evidencia a modificação da situação jurídica anterior. É o lançamento que representa o título jurídico que confere à Fazenda a exigibilidade do crédito. Assim, o autuante agiu segundo o comando legal, não se podendo aventure nulidade sob tal aspecto. Louve-se o trabalho do estranho ao feito, no sentido de sanear o processo das eventuais discrepâncias contidas no lançamento original, fazendo os ajustes necessários, e adequando a autuação à verdade dos documentos nela contidos.

Também fica prejudicada a solicitação de revisão por estranho ao feito, tendo em vista o fato de que em função do falecimento do autuante, foi designado preposto fiscal estranho à lide para a elaboração da informação fiscal, o qual, consoante observação acima, esmerou-se na incumbência recebida, agindo com critério, e realizando, de fato, não somente saneamento do processo, como, de igual modo, ajustes que entendeu necessários, elaborando novos demonstrativos que reduziram o valor originalmente lançado.

Da mesma forma, não há de se falar em nulidade por cerceamento de defesa, pela falta de entrega de documentos basilares da autuação à empresa, tendo em vista que a informação fiscal assim o fez, sendo dada ao contribuinte a oportunidade de contradizer todos os termos da acusação, o que o fez nas diversas manifestações ao curso do processo. Não acolho, portanto, as arguições de nulidades levantadas pela defesa.

No mérito, as infrações 02 e 03 foram reconhecidas pela autuada. Para a infração 02, diante da disposição normativa inserida no artigo 140 do RPAF/99, segundo o qual o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, julgo a mesma procedente, no valor de R\$ 61,28.

Quanto à infração 03, a abordarei conjuntamente com a infração 01, diante da similitude das mesmas (falta de registro de notas fiscais tributadas -infração 01- e não tributadas - infração 03- nos livros fiscais próprios), o argumento defensivo é o de que, estando à época dos fatos geradores na condição de contribuinte optante do regime de apuração do SIMBAHIA, e consequentemente dispensado da manutenção e escrituração do livro Registro de Entrada de Mercadorias, a autuação quanto a este aspecto seria inválida.

A respeito, em momento algum do processo foi contestado o fato da empresa, à época dos fatos arrolados na autuação não se encontrar na condição de optante pelo regime de apuração do denominado SIMBAHIA, regime este que visava propiciar tratamento tributário diferenciado e simplificado para as pequenas e médias empresas do Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia.

As empresas optantes de tal regime, para efeito do ICMS, estavam desobrigadas da escrituração dos livros fiscais, exceto do livro Registro de Inventário e, em substituição à apresentação da escrita mercantil, do livro Caixa, tratando-se de empresas de pequeno porte e microempresas com Receita Bruta Ajustada superior a R\$ 30.000,00, na forma da redação contida no artigo 408-C, inciso VI, alínea "a" do RICMS/97 então vigente.

Era exigido, ainda, das mesmas, a título de obrigação acessória, o arquivamento, em ordem cronológica, durante cinco anos, dos documentos relativos a entradas de mercadorias no estabelecimento; saídas de mercadorias efetuadas pelo estabelecimento; fretes pagos; água,

energia elétrica, fax e telefone; documentos de aquisição de bens do ativo permanente, bens de uso e materiais de consumo; demais comprovantes de despesas; atos negociais em geral.

Estavam obrigadas, ainda, a apresentação anual à Secretaria da Fazenda da Declaração de Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME), e emissão dos documentos fiscais correspondentes às operações e prestações do estabelecimento.

Para a resolução da questão, pouco importa se o contribuinte escriturasse ou não o livro Registro de Entradas, ou o tivesse apresentado à fiscalização. Sob o ponto de vista legal, não poderia o autuante imputar-lhe pena por obrigação tributária à qual não estava obrigatoriamente sujeito ao cumprimento. Neste caso, a autuação não poderia ocorrer tal como feita, o que invalida o lançamento quanto a tais aspectos, tornando-os improcedentes, sendo que na infração 03, o declaro de ofício, diante do fato de que, nos termos do artigo 140 do RPAF/99 já mencionado, *in fine*, as provas dos autos levam ao sentido contrário ao da acusação fiscal, em que pese o seu reconhecimento por parte da autuada.

Ademais, como bem posto pela defesa, o entendimento deste órgão, pelas suas Câmaras, é o de que não sendo legalmente exigida a escrituração do livro fiscal, não há de ser imputada cominação dela decorrente, ou a ela relacionada.

Por oportuno, cito trecho do voto proferido pela conselheira Denise Mara Andrade Barbosa, mencionado pela defesa em sua peça, a respeito de tema, no mencionado Acórdão 0019-11/07 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal: *"Efetivamente, restou comprovado que o autuado era inscrito, à época dos fatos geradores, como microempresa e empresa de pequeno porte, estando obrigado a manter, tão somente, os livros Registro de Inventário e o Caixa. Por essa razão, entendo que não pode a fiscalização exigir o ICMS em razão da presunção insculpida no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 com base na falta de lançamento de notas fiscais de entradas de mercadorias num documento denominado pelo contribuinte de "Registro de Entradas", uma vez que: 1. o sujeito passivo não estava obrigado a escriturar o livro Registro de Entradas, ainda que o tivesse feito de forma espontânea; 2. pela razão acima, o fato de ter escriturado, por processamento de dados, um documento denominado "Registro de Entradas", o qual não se encontrava autenticado pela repartição fazendária, não o eleva, a meu ver, à condição de livro fiscal, constituindo-se em mero indício da existência de irregularidade tributária"*. Por tais razões, as duas infrações são julgadas improcedentes.

No tocante à infração 04, inicialmente observo que não se confunde com a infração 01, consoante invocado na peça defensiva, vez esta tratar de imposição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, e aquela dizer respeito a descumprimento de obrigação tributária principal.

A obrigação de recolhimento da antecipação parcial pela autuada, decorre de disposição da Lei 7.014/96, especialmente o artigo 12-A, sendo o fato gerador as entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do artigo 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. (Artigo 352-A RICMS/97), com efeitos a partir de 01 de março de 2004.

Observo que a própria autuada reconhece notas que se reportam a operações efetivamente realizadas pela mesma, não trazendo a seu favor, nenhum fato ou elemento que se contraponha à acusação fiscal, de forma contundente. Dessa forma, estando patente o não recolhimento de tal parcela, e diante igualmente do acurado trabalho desenvolvido pelo estranho ao feito quando da prestação da informação fiscal, cujo resultado acolho sem qualquer restrição, julgo a mesma procedente em parte, conforme demonstrativo retificador de fl. 175, no montante de R\$ 253,26.

Analizando a infração 05, a mesma diz respeito a 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, a qual tem a sua previsão legal no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96,

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

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

(...)

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

c) "shopping centers", centro comercial ou empreendimento semelhante;

VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras."

Como visto, a autuação embasa-se em uma presunção legal, que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite, diante da possibilidade do sujeito passivo possa contrapor-se ao lançamento no sentido de que, através dos meios e elementos de prova disponíveis, possa demonstrar que não cometeu a infração que lhe foi imputada via lançamento.

A legislação estadual do ICMS, em especial o 4º, § 4º da Lei 7.014/96 anteriormente já citada, determina que considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento em que o fato da 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, implicam em presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

No caso concreto, observo que na situação ora analisada foi constatada diferença entre os valores informados pelas empresas administradoras de cartão e o registrado na leitura Z do ECF do estabelecimento autuado para caracterizar o cometimento da infração apurada.

A alegação defensiva de que todos os valores recebidos foram lançados como "dinheiro", não pode ser acolhida, pelo fato de que o parágrafo 7º ao artigo 238 do RICMS/97 vigente à época, obrigava o contribuinte a discriminá-lo no cupom fiscal o meio de pagamento, não podendo, neste momento, a empresa autuada pretender se beneficiar de seu erro confessadamente ocorrido.

O contribuinte teve pleno acesso aos demonstrativos da autuação, sem que carreasse aos autos qualquer elemento objetivo que pudesse se contrapor de forma objetiva ao lançamento, diante do fato de que os valores informados no TEF e os valores de vendas com cartões declarados pelo contribuinte apresentaram diversas discrepâncias, não tendo a autuada acostado aos autos qualquer prova a seu favor.

Dessa forma, à vista do fato de não estarem nos autos quaisquer elementos que pudessem se contrapor à acusação fiscal, devidamente retificada por ocasião da informação fiscal, deve ser aplicada a regra contida nos artigos 140, 142 e 143 do RPAF/99, os quais determinam que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

A infração, pois, é parcialmente procedente, na forma do demonstrativo de fl. 175 elaborado quando da informação fiscal, no valor de R\$ 16.370,50.

Por tais razões, voto no sentido de que o Auto de infração é procedente em parte, de acordo com a seguinte discriminação: Infração 02, R\$ 61,28; infração 04, R\$ 253,26, e infração 05, R\$ 16.370,50.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. 118973.0310/10-1 lavrado contra **LUCCIOLA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 16.685,04**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 61,28, de 60% sobre R\$ 253,26, e de 70% sobre R\$ 16.370,50, previstas no artigo 42, incisos I, alínea "b", 3, II, alínea "d", e III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala de Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - JULGADOR