

A. I. N° - 151301.0003/13-3
AUTUADO - ORUABO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTES - DAVI BORGES AZEVEDO
ORIGEM - INFACRUIZ DAS ALMAS
INTERNET - 02.06.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0102-04/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL, NAS AQUISIÇÕES DAS MERCADORIAS. SAÍDAS TRIBUTADAS NORMALMENTE. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Realizados ajustes pelo autuante, em atenção ao pleito defensivo, bem como excluído documento destinado a outro contribuinte, a infração é parcialmente procedente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. O contribuinte não conseguiu elidir a acusação. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Lançamento de documentos fiscal em duplicidade na escrita fiscal. Infração não contestada. 4. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPON FISCAL – ECF. FALTA DE PEDIDO PARA CESSAÇÃO DE USO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação prevê a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória ao contribuinte que deixar de cumprir as exigências legais para a cessação de uso de equipamento de controle fiscal. Infração subsistente. Não acolhidas as preliminares. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unâime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de setembro de 2013 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 41.704,05, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada, no valor total de R\$ 1.090,17, ocorrências constatadas nos meses de fevereiro a maio, julho e novembro de 2009 e abril de 2010;

Infração 02. Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada, no valor total de R\$ 1.489,22, fatos relatados nos meses de junho de 2009, janeiro, março, maio e outubro de 2010.

Infração 03. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89, totalizando R\$ 6.819,53, além da multa de 60%, nos meses de abril e maio de 2009 e maio de 2010.

Infração 04. Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, por ter adquirido mercadorias relacionadas nos anexos 88 e 89, provenientes de outras unidades da Federação nos exercícios de 2009 e 2010, no montante de R\$ 18.369,89, além da

multa de 60%, para ocorrências nos meses de janeiro a março, junho a outubro e dezembro de 2009, janeiro a abril, junho a agosto, outubro e novembro de 2010.

Infração 05. O contribuinte não solicitou a cessação de uso de equipamento de controle fiscal – ECF com impossibilidade de uso por mais de 120 dias, sendo aplicada a penalidade por cada equipamento em uso, sendo cominada multa de R\$ 13.800,00, em julho de 2013.

Infração 06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade no mês de dezembro de 2010, totalizando R\$ 135,24, bem como multa de 60%.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 315 a 321, onde argüi em sua defesa, que não concorda com o lançamento, diante dos seguintes argumentos:

Preliminarmente, solicita a nulidade do lançamento, pelo fato de que as infrações 01 a 05, são desprovidas de elementos comprobatórios, como exige o RPAF, Decreto nº 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 18, inciso IV, alínea “a” e 41 inciso II, que transcreve.

Observa ser indispensável a apresentação das provas relativas aos fatos argüidos, e a sua falta conduz à nulidade da exigência fiscal. Sem as provas das infrações relacionadas ao Auto de Infração não pode o Fisco estadual exigir o pagamento de tributo.

Independentemente da necessidade de todo e qualquer ato da autoridade fiscal que exige o pagamento de um tributo/multa, isto é, indicar as causas que estão motivando a exigência do tributo, as particularidades das provas indiciárias, com suas regras de experiência e outras especialidades que conduzem ao raciocínio lógico, para presunção da verdade, exigem uma explícitação expressa dos seus motivos, para permitirem um adequado direito de defesa, sob pena de invalidação do lançamento do tributo, transcrevendo Acórdão de Junta de Julgamento Fiscal, ao amparo de sua tese.

Assevera que, contrariando uma vez mais os princípios que regem os atos administrativos, a saber, o da segurança jurídica e da moralidade, dentre outros, o autuante, vendo-se impossibilitado de proceder a uma adequada averiguação dos fatos, lavrou Auto de Infração totalmente destituído de elementos comprobatórios, invertendo o ônus da prova para o contribuinte que se vê obrigado a fazer prova do que não fez, contudo demonstrará a realidade dos fatos, senão vejamos:

Nas infrações 01 e 02, salienta que a empresa se encontra descredenciada, ou seja, o ICMS é recolhido no momento da compra junto ao fornecedor ou nos Postos da SEFAZ de fronteira. Confirma que no decorrer da fiscalização deixou de apresentar os comprovantes de recolhimentos do ICMS, por motivo de extravio, assim o autuante fez toda a verificação dos recolhimentos do ICMS pelos extratos extraídos do sistema SEFAZ.

Tal verificação, ao seu sentir, deixa a desejar em matéria de segurança jurídica pelo fato dos referidos extratos apresentarem os recolhimentos sem referência das notas fiscais a que se reportam. Aponta enganos do autuante, ao afirmar que houve falta de recolhimento da antecipação parcial, até porque os recolhimentos constam dos extratos, assim como, constam os devidos lançamentos dos créditos tributários no seu livro de Registro de Apuração do ICMS.

Como frisou anteriormente, indica estar a autuada descredenciada ocorrendo sempre à antecipação dos recolhimentos do ICMS no momento das saídas das mercadorias ou nos postos de fronteira, o que deixa claro que o autuante deveria utilizar métodos que não restassem quaisquer dúvidas quanto ao correto procedimento, sem penalizá-la com multa absurda por falta de recolhimentos que não deixou de fazer.

Assegura que o autuante deixou de anexar aos autos a folha de demonstrativo da infração 01, assim como verificou na planilha da infração 02 que constam lançamentos equivocados, conforme aponta:

a) A Nota fiscal 199 de 12/05/2010 foi lançada na planilha sem recolhimento do ICMS, no entanto, o recolhimento consta do extrato do dia 17/10/2010, conforme extrato e cópia do DAE;

- b) Ao seu turno, a Nota fiscal 068 de 03/09/2010 foi lançada na planilha sem recolhimento do ICMS, no entanto, o mesmo consta do extrato de recolhimento no dia 09/09/2010, conforme extrato e cópia do DAE;
- c) A Nota fiscal 976232 de 08/10/2010, lançada na planilha sem considerar o crédito do ICMS no valor de R\$ 31,70;
- d) Já a Nota fiscal 000945 de 17/10/2009, lançada como 17/10/2010, não bastasse o erro a referida nota fiscal tem como destinatário a empresa José Augusto Sampaio dos Reis, portanto é de outro contribuinte.

Daí entende ter ficado clara a total insubsistência da cobrança da infração 01 pela falta da planilha e também pelo fato de todos os recolhimentos terem sido feitos antes das saídas das mercadorias da sede do fornecedor ou nos postos de fronteira da SEFAZ e infração 02 pela grande quantidade de erros cometidos, graves e insanáveis.

Para as infrações 03 e 04, discorda totalmente, vez que não ocorreu recolhimento a menor tampouco falta de recolhimento de ICMS relativo à Substituição Tributária. Como já relatado anteriormente, reitera que as guias de recolhimento foram extraviadas, fato que dificultou as conciliações, dessa forma discorda do modelo adotado pelo Auditor que apenas visou o lado dos cofres públicos deixando de agir com o perfeito equilíbrio entre valores a pagar e valores pagos.

Assim refez as planilhas de tal forma que ficou claro que recolheu valores acima do devido, lembrando, mais uma vez, que recolhe o ICMS antecipadamente seja antes das saídas das mercadorias ou no primeiro posto de fronteira.

Dessa forma os resultados apontam que recolheu a maior no ano de 2009 a importância de R\$ 3.408,64 e 2010 a importância de R\$ 5.133,01, tudo registrado em planilhas anexas à defesa.

Na infração 05, concorda com o relato do Auditor quanto à aquisição da máquina ECF com permissão de uso pela SEFAZ em dezembro de 2006, todavia, discorda da narrativa no AI onde consta que há vários anos o equipamento não é usado por impossibilidade técnica e não solicitou a cessação de uso.

Ocorre que esta máquina sequer entrou em operação, nunca foi usada, à época manteve contato com o fornecedor e como não houve acordo das partes requereu que fossem adotadas pelo fornecedor as medidas cabíveis para aquela situação.

Com a autuação foi surpreendido, no entanto faz lembrar que nunca deixou de cumprir suas obrigações com o Fisco, principalmente quanto à emissão de notas fiscais de vendas de mercadorias, fato que se pode verificar quando da fiscalização anterior em que alcançou o período de 01/01/2006 a 31/12/2008, realizada pelo Auditor Fiscal José Lima de Menezes, onde o mesmo relata no Termo de Encerramento de Fiscalização o seguinte: *“Em data, hora e local acima indicado, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, não tendo apurado irregularidades”*.

Não sendo suficiente a argumentação acima, anexa o presente o Termo de Devolução de Livros e Documentos para provar que nos anos de 2006, 2007 e 2008, a máquina ECF não entrou em operação, fazendo o Auditor referência a devolução de notas fiscais de saídas de mercadorias em caixas de papelão e classificadores.

Tal fato prova que na fiscalização anterior sequer fez menção à referida máquina ECF, pois alega não ter agido de má fé, recolhendo suas obrigações em dia, e que a cessação de uso caso tivesse ocorrido, seria a 07 (sete) anos atrás. Dessa forma, não concorda com a aplicação da multa por não ter causado qualquer prejuízo aos cofres públicos, assim como também se estar diante de caso claro de prescrição, pois o fato gerador ocorreu no ano de 2006, e a manutenção da multa contraria frontalmente o que dispõe a CTN no seu artigo 173.

No tocante à infração 06, concorda com a mesma, vez que após verificação, constatou que houve sim, a duplicidade de lançamentos.

Encerra, solicitando o acatamento de sua peça, e o julgamento pela procedência parcial do lançamento.

Informação fiscal prestada às fls. 371 a 373 pelo autuante argumenta que o levantamento fiscal foi feito através de informações constantes dos extratos de recolhimentos da SEFAZ e com a documentação apresentada pelo contribuinte. Houve intimação para a apresentação dos documentos e em nenhum momento o contribuinte alegou extravios de documentos nem apresentou Boletim de Ocorrência. Quanto à questão do descredenciamento, anexa um Relatório de Descredenciamento/Credenciamento Especial, onde mostra que o contribuinte não ficou descredenciado em todo período fiscalizado, embora de uma forma ou de outra não impede que o mesmo tenha posse dos Documentos de Arrecadação e os apresente à fiscalização.

A defesa declara uma inverdade por não ter observado que o demonstrativo da Infração 01 está no PAF às folhas 08 e 09.

Quanto ao equívoco de lançamentos na planilha da Infração 02, esclarece que:

- a) A nota fiscal 199 de 12/05/2010 consta do levantamento como também o recolhimento no valor de R\$ 228,67, como se pode ver na folha 32 do PAF.
- b) Já a nota fiscal 068 de 03/09/2010 consta também do levantamento com o recolhimento no valor de R\$ 228,67, como se pode ver na folha 32 do PAF .
- c) Ao seu turno, a nota fiscal 976232 de 08/10/2010 realmente foi lançada sem considerar o crédito fiscal no valor de R\$ 31,70, cujo valor do imposto indica será corrigido na planilha, passando de R\$ 76,98 para R\$ 45,28.

Por último, a nota fiscal 000945 de 17/10/2009, embora esteja em nome de outro destinatário, que é o sócio José Augusto Sampaio dos Reis, detentor de 99% do capital da autuada, além de ser apresentada juntamente com as demais notas fiscais na pasta referente ao mês outubro de 2010, foi também lançada no arquivo eletrônico apresentado pelo próprio contribuinte como se pode ver na cópia do arquivo texto – folhas 5 e 6 da informação fiscal.

Para as infrações 03 e 04, informa que no cálculo da substituição tributária o contribuinte levou em conta os valores constantes das notas fiscais relativas às aquisições do outros estados de produtos de cerâmicos, utilizando a MVA de produtos de materiais de construção e calculando o crédito fiscal a título de crédito presumido, não considerando a pauta fiscal interna estabelecida na Instrução Normativa nº 49/12, DOE de 03/10/12. Assim, os cálculos do imposto devido resultam sempre em valores menores ao corretamente calculado.

Observando as planilhas "antecipação total – falta de recolhimento e recolhimento a menor – exercícios de 2009/2010", folhas 56 e 83 a 89 do PAF pode-se ver que o imposto antecipado foi calculado com base na pauta fiscal do Estado da Bahia, prevista na Orientação Normativa nº 49/12. Dessa forma os valores do imposto resultaram em montantes superiores. Nos valores do imposto calculado no demonstrativo da folha 56 não foi identificado nenhum recolhimento e o contribuinte por sua vez não anexou os comprovantes dos recolhimentos como prova em sua defesa. Portanto tal alegação não procede. Mantém os valores de R\$ 6.819,53 (seis mil, oitocentos e dezenove reais e cinqüenta e três centavos) e R\$ 18.369,89 (dezoito mil, trezentos e sessenta e nove reais e oitenta e nove centavos).

Para a infração 05, informa que no dia 12 de dezembro de 2006 o contribuinte entrou com pedido de uso – iniciação para uso da ECF BE 0506692000110BEMATECH MP-2100 TH FI (folha 307 do PAF), não constando no sistema da SEFAZ pedido de cessação de uso, a ser feito nos termos do artigo 824-H, inciso III do RICMS/97, combinado com o Artigo 42 inciso XIII-A “h”, da Lei 7.014/96.

De acordo com tudo que foi acima exposto, afirma que o débito total reclamado, que era de R\$ 41.704,05, passa a ser de R\$ 41.685,03, conforme discriminado abaixo:

1 – Multa percentual p/falta de recolhimento da Antecipação Parcial	R\$ 1.090,17
2 – Multa percentual p/recolhimento a menor da Antecipação Parcial	R\$ 1.470,20

3 – Falta de recolhimento da Antecipação Total	R\$ 6.819,53
4 – Recolhimento a menor da Antecipação Total	R\$ 18.369,89
5 – Multa pela falta de pedido de cessação de uso de ECF não utilizada	R\$ 13.800,00
6 – Uso indevido de crédito fiscal referente a lançamento em duplicidade	R\$ 135,24

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado procedente em parte, diante dos ajustes realizados.

A empresa autuada foi intimada do resultado da informação fiscal, de acordo com documentos de fls. 388 e 389, todavia, não se manifestou.

Constam às fls. 391 e 392 demonstrativos de recolhimento de parcela do lançamento, realizada pela autuada.

VOTO

O lançamento constitui-se em seis infrações arroladas pela fiscalização, das quais, apenas a de número 06 não integra a lide.

Analizando as preliminares invocadas pelo contribuinte, não as acolho, pois, contrariamente ao seu entendimento, o feito encontra-se devidamente instruído, sendo que os elementos de prova estão devidamente presentes, além do fato de que, tendo sido o lançamento realizado a partir dos elementos fornecidos pelo sujeito passivo, estando em seu poder, não há que falar em qualquer violação, quer do artigo 18, quer do artigo 39 do RPAF/99.

Também não consigo vislumbrar qualquer ato que venha a se constituir em cerceamento de defesa, consoante alegação, diante do fato de que o contribuinte autuado teve acesso a todos os elementos que ensejaram a autuação, veio ao feito, produziu a devida prova, argumentou segundo o seu entendimento acerca da matéria em discussão, enfim, praticou todos os atos processuais para o exercício de seu direito constitucionalmente previsto, sem de forma objetiva, trazer concretamente qualquer ato ou prática que viesse a se caracterizar como cerceamento do seu direito de defesa.

Quanto à alegação, relativamente à falta de entrega do demonstrativo da infração 01, não posso acolher, vez que às fls. 08 e 09 dos autos, encontra-se não somente o demonstrativo relativo à mesma, como de igual forma, o recibo firmado por preposto da empresa, dando a devida ciência e recebimento de cópia do mesmo, em 09 de outubro de 2013.

Quanto ao argumento da existência de "prescrição", de igual forma não posso acolher, diante do fato de que a própria definição da figura jurídica da "prescrição" embora muitas vezes confundida com a decadência, como parece ser o caso presente, se referir, como inclusive posto na peça defensiva, a direito de cobrança, de se satisfazer da exigência fiscal, ao passo que a decadência refere-se ao nascimento do direito de ação e cobrança, no âmbito tributário.

Ressalto que não é tarefa das mais fáceis obter-se consenso acerca da delimitação entre prescrição e decadência, embora muito se discuta na doutrina acerca dos critérios diferenciadores, vez que os pontos propostos para a distinção dos dois são falíveis. Mesmo que a finalidade dos dois institutos seja igual, ambos possuem diferenças suficientes para que o modo de atuação e a produção dos efeitos sejam reconhecíveis, devendo-se, para isto, então, analisar-se caso a caso.

Todos os autores, seguem assim, o mesmo raciocínio o qual aponta que uma das características da prescrição é que a ação tenha nascido. Já no caso da decadência, o direito é extinto antes de tornar-se efetivo pelo exercício, impedindo, desse modo, o nascimento da ação.

Há ainda diferenças marcantes, como por exemplo, o fato da decadência não poder ser suspensa nem interrompida, e só é impedida pelo exercício do direito a ela submetido, contrariamente à prescrição que pode, sim, ser suspensa ou interrompida pelas causas expressamente previstas em lei.

Por outro lado, a prescrição admite renúncia por parte do interessado, depois de consumada. A decadência, não pode ter renúncia sob qualquer aspecto, ao passo que a decadência opera contra to e a prescrição tem algumas exceções, previstas nos artigos 197 a 201 do Código Civil Brasileiro.

Quanto ao aspecto de prazo, o de decadência pode ser estabelecido por lei, ou vontade unilateral ou ainda bilateral, uma vez que se tem em vista o exercício do direito pelo seu titular; já o prazo da prescrição é fixado por lei para o exercício da ação que o protege, e a decadência pressupõe ação cuja origem é idêntica à do direito, sendo por isso simultâneo o nascimento de ambos. A prescrição pressupõe ação cuja origem é distinta do direito, sendo também posterior ao nascimento de determinado direito.

Além disso, a decadência deve ser reconhecida de ofício e independe de argüição ao interessado enquanto a prescrição de ações patrimoniais não pode ser decretada de ofício, dependendo sempre de provocação ou alegação do interessado.

Na hipótese concreta de lançamento de ofício, o contribuinte não participa do ato, sendo esse tipo de lançamento efetuado diante da omissão do contribuinte em prestar a declaração na forma e prazos estipulados pela legislação, dentre outras hipóteses, previstas no artigo 149 do CTN.

Caso o sujeito passivo não tenha apresentado a declaração no devido tempo, a autoridade administrativa efetuará o lançamento de Ofício, e não o fazendo no tempo oportuno estará sujeita à decadência. Por sua vez, se efetuado o lançamento, e notificado o contribuinte o lançamento se torna eficaz, sendo incabível a argüição de decadência.

Como expresso no parágrafo único do mencionado CTN, a revisão do lançamento de ofício somente caberá se não estiver extinto o direito da Fazenda Pública, enquanto não decaído o crédito tributário.

Notificado o contribuinte, inicia-se com este o prazo prescricional previsto no artigo 174 do CTN, para a cobrança do crédito tributário. o que significa dizer, que para que haja prescrição, indispensável a existência de lançamento.

No entendimento do Ministro do STJ Humberto Martins (BDJUR – revista do Superior Tribunal de Justiça): “*no direito tributário, o Código Tributário Nacional diferenciou decadência e prescrição, tratando da primeira no art. 173 e da segunda no art. 174. A concepção dominante é de que existe a decadência do direito de lançar, ou seja, de constituir o crédito tributário, nos prazos estabelecidos no primeiro dispositivo acima, enquanto a prescrição relaciona-se, posteriormente, com o exercício da ação de cobrança pelo Fisco do crédito tributário já devidamente constituído.*”

Nesta linha de entendimento, concluo que não há que se falar, no caso em apreço, que esteja presente a figura da prescrição, tampouco há de se falar em decadência.

Dessa forma, reitero o não acolhimento da argüição preliminar de nulidade, adentrando no exame do mérito.

De plano, verifico que inexiste lide em relação à infração 06, a qual fica mantida, diante da confissão do sujeito passivo.

Quanto à infração 01, se reporta a cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de recolhimento dos valores devidos por antecipação parcial, sendo irrelevante o fato da empresa autuada estar ou não descredenciada, vez que, tal situação apenas influiria no prazo de recolhimento do imposto, ou seja, se na entrada no território do Estado, estando na condição de descredenciado, ou no dia 25 do mês subsequente, estando credenciado. De uma ou outra forma, ainda assim seria devido o recolhimento de tal parcela do tributo.

Quanto aos fatos trazidos pelo sujeito passivo em sua defesa, os analisarei de *per si*, relativamente à infração 02, frente ao fato de que na infração 01 o sujeito passivo argumentou apenas a falta do demonstrativo, o que já foi analisado.

a) No tocante à alegação de que a Nota fiscal 199 de 12/05/2010 foi lançada na planilha sem recolhimento do ICMS, no entanto, e o recolhimento constaria do extrato de recolhimento no dia 17/10/2010, conforme extrato e cópia do DAE. Verifico que está arrolado no demonstrativo de tal infração, à fl. 32, e as provas trazidas aos autos pela empresa, quais sejam, a cópia do documento fiscal (fl. 358) e o extrato de recolhimento realizado (fl. 359) não comprovam que o valor recolhido de R\$ 228,67, no período de 01 de abril a 31 de maio de 2010, se refira a tal documento. Todavia, o documento de fl. 360, que vem a ser o Documento de Arrecadação Estadual correspondente àquele recolhimento, menciona que o mesmo se refere à nota fiscal ora apreciada.

Voltando ao demonstrativo de fl. 32, constato que ao elaborar o demonstrativo, o autuante, apurou no mês de maio de 2010, débito de R\$ 986,24, do qual abateu tal parcela de R\$ 228,67, resultando, pois, numa diferença de R\$ 757,57, valor lançado como não recolhido, o que me faz concluir pelo acerto da autuação, ficando, pois, mantido o valor lançado.

b) Segundo o contribuinte, a Nota fiscal 068 de 03/09/2010 foi lançada na planilha sem recolhimento do ICMS, no entanto, o recolhimento consta do extrato de recolhimento no dia 09/09/2010, conforme extrato e cópia do DAE que apresenta.

Este documento se refere à infração 02, cujo demonstrativo retificado se encontra na fl. 379 dos autos, e pela análise dos documentos acostados pelo sujeito passivo (fls. 361 a 363), que se referem a recolhimento efetuado relativo a esta nota, a título de antecipação parcial de descredenciado, bem como da análise do demonstrativo elaborado pelo autuante, verifico que o valor recolhido (R\$ 225,00) foi devidamente computado no mês de outubro de 2010, o que vai de encontro à argumentação defensiva.

Já a Nota fiscal 976232 de 08/10/2010, lançada na planilha sem considerar o crédito do ICMS no valor de R\$ 31,70, o argumento foi devidamente acatado pelo autuante, o qual realizou o devido ajuste.

Quanto à Nota fiscal 000945 de 17/10/2009, lançada como 17/10/2010, o argumento defensivo e de que a mesma tem como destinatário a empresa José Augusto Sampaio dos Reis, outro contribuinte, o que efetivamente ocorre, pois os dados de endereço, inscrição estadual e CNPJ, além da razão social são diversos do contribuinte autuado, conforme se infere às fls. 356 e 357. E, ainda como afirmado na informação fiscal, pertença a estabelecimento do mesmo sócio da deficiente, diante do princípio da autonomia dos estabelecimentos não poderia ser arrolada neste lançamento, independente até do erro cometido pelo sujeito passivo de lançar na escrituração de outro contribuinte, portanto, deve ser excluída do lançamento no mês de outubro de 2010, reduzindo o valor do débito para tal infração naquele mês para R\$ 572,18 (60% de R\$ 953,64).

Por tais razões, a infração 01 é julgada procedente, e a infração 02, parcialmente procedente, no valor de R\$ 1.056,80.

Nas infrações 03 e 04, de acordo com a autuação, "...no cálculo da substituição tributária o contribuinte levou em conta os valores constantes das notas fiscais relativas às aquisições do outros estados de produtos de cerâmicos, utilizando a MVA de produtos de materiais de construção e calculando o crédito fiscal a título de crédito presumido, não considerando a pauta fiscal interna estabelecida na Instrução Normativa nº 49/12, DOE de 03/10/12", daí as diferenças apuradas.

Não tendo o contribuinte trazido qualquer argumento consistente no sentido de contraditá-las, além da afirmação do extravio dos documentos de arrecadação, nada mais há o que apreciar, motivo pelo qual entendo que as mesmas são procedentes.

Na infração 05, não se há de falar em "prescrição", conforme alegação defensiva já analisada e decidida anteriormente, ao apreciar as questões preliminares.

A previsão de imposição de tal penalidade encontra-se no artigo 42, Inciso XIII-A, alínea "c":

"XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

c) R\$ 13.800,00 (treze mil e oitocentos reais):

1. ao contribuinte que:

1.1. não solicitar cessação de uso de equipamento de controle fiscal com impossibilidade técnica de uso por mais de 120 (cento e vinte) dias ou que esteja tecnicamente impossibilitado de emitir o documento "Leitura da Memória Fiscal" ou de exportar os dados da Memória Fiscal ou da Memória de Fita-detalhe para arquivo eletrônico, aplicada a penalidade por cada equipamento;"

No documento de fl. 307, consta que o sujeito passivo, através do Parecer 68/2005 teve concedida autorização para uso do equipamento ECF BE 0506692000110BEMATECH MP-2100 TH FI.

A expectativa, era a de utilização do equipamento, o que o autuado não confirma, ao contrário, afirma que apesar de autorizado, não chegou a utilizar o mesmo para emitir cupons fiscais, o que já ensejaria a aplicação da penalidade, pois não haveria qualquer razão para que o equipamento não tivesse o pedido de cessação de uso realizado pelo contribuinte.

Por outro lado, a alegação de que fiscalização anterior nada detectou não pode ser considerada, vez que os roteiros aplicados pelo executante podem ter sido diversos dos aplicados neste trabalho de auditoria, e consequentemente, não poderia ele lançar tal penalidade, o que agora foi feito.

Desta forma, a infração fica mantida.

Desta forma, frente a tais argumentos, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, na forma do demonstrativo abaixo:

1 – Multa percentual p/falta de recolhimento da Antecipação Parcial	R\$ 1.090,17
2 – Multa percentual p/recolhimento a menor da Antecipação Parcial	R\$ 1.285,67
3 – Falta de recolhimento da Antecipação Total	R\$ 6.819,53
4 – Recolhimento a menor da Antecipação Total	R\$ 18.369,89
5 – Multa pela falta de pedido de cessação de uso de ECF não utilizada	R\$ 13.800,00
6 – Uso indevido de crédito fiscal referente a lançamento em duplicidade	R\$ 135,24

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. 151301.0003/13-3 lavrado contra **ORUABO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 25.324,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea "d" e VII, alínea "a" da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, da multa variável no total de **R\$ 2.375,84**, bem como da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 13.800,00**, previstas nos incisos II, alínea "d" e XIII-A, alínea "c" do mencionado diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2013.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO- JULGADOR