

PROCESSO	- A. I. N° 300449.0600/11-4
RECORRENTE	- CONLAR MATERIAIS ELÉTRICO HIDRÁULICO E DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0100/02/12
ORIGEM	- INFAS ITABUNA
INTERNET	- 24/03/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0051-11/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 3. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA DE IMPOSTO A RECOLHER. A declaração de vendas, pelo 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 (§4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Infração parcialmente elidida após a realização de diligência por Fiscal estranho ao feito, em segunda instância de julgamento. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Imputação parcialmente elidida. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. a) NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. a.1. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 10%. a.2. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 1%. Imputações parcialmente elididas. Afastadas as preliminares suscitadas. Modificada a Decisão recorrida Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 300449.0600/11-4, lavrado em 30/06/2008 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$34.408,34, acrescido das multas de 60% e de 70%, além de multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor total de R\$6.368,78, em razão de quatorze irregularidades, das quais as imputações 3, 4, 8, e 11 a 14, são o objeto tanto da impugnação originária quanto do Recurso Voluntário:

INFRAÇÃO 3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$2.187,76, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos exercícios de 2006 e 2007, conforme demonstrativos às fls. 55 a 58.

INFRAÇÃO 4. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, no valor de R\$461,55, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de agosto de 2006, março a abril, outubro e dezembro de 2007, conforme demonstrativo à fl. 60.

INFRAÇÃO 8. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$16.606,87, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, nos meses de março, abril, agosto e dezembro de 2006, janeiro, maio a setembro de 2007, conforme demonstrativos às fls. 96 a 101.

INFRAÇÃO 11. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$1.571,23, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de agosto e novembro de 2006, janeiro, outubro e novembro de 2007, conforme demonstrativo à fl. 116.

INFRAÇÃO 12. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, no total de R\$5.837,15, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, correspondentes aos meses de junho, julho e outubro de 2006, maio, julho, setembro e outubro de 2007, conforme demonstrativos às fls. 118 e 119.

INFRAÇÃO 13. Falta de registro fiscal de entradas, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas a tributação, nos meses de fevereiro a outubro de 2006, maio, julho, setembro a novembro de 2007, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$6.123,36, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo às fls. 121 a 122.

INFRAÇÃO 14. Falta de registro fiscal de entradas, no estabelecimento, de mercadorias não sujeitas a tributação, nos meses de agosto e novembro de 2006, janeiro, outubro e novembro de 2007, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$105,42, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo à fl.124.

O Fisco acosta, às fls. 13 a 149, documentos que consistem em Termos de Intimação e de Início de Fiscalização, demonstrativos do levantamento fiscal realizado e vias de notas fiscais. À fl. 150 comprovante de entrega, ao sujeito passivo, dos livros e documentos fiscais arrecadados e de cópia dos demonstrativos fiscais.

O autuado impugnou parcialmente o lançamento de ofício às fls. 154 a 161 (volume II). Acostou documentos às fls. 163 a 297.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 299 a 307 contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações.

À fl. 319 a 2^a JJF converteu o processo em diligência para as providências que solicita em relação à Infração 8:

- fosse anexado ao PAF o Relatório Diário Por Operações TEF do período fiscalizado, com entrega de cópia ao autuado, concedendo-lhe trinta dias para que se manifestasse apresentando demonstrativo, acompanhado de provas, correlacionando as vendas por meio de cartões com as notas fiscais emitidas pelo estabelecimento;
- após o atendimento pelo autuado, o Fisco deveria refazer o demonstrativo do levantamento fiscal e de débito, inclusive considerando os equívocos apontados pelo contribuinte e acolhidos na informação fiscal;
- a INFRAZ científicasse o contribuinte do resultado da diligência.

Em atendimento, foram tomadas as providências documentadas às fls. 322 a 1259 (volumes II a V), tendo o autuante, na data de 23/01/2012, intimado o contribuinte conforme determinado (fl. 323), concedendo-lhe o prazo de trinta dias para cumprimento da Intimação, e entregando-lhe na mesma data o Relatório TEF especificado, consoante recibo do autuado à fl. 324.

Às fls. 327 e 328 o autuante informou ter cumprido as determinações da JJF e também expôs que o contribuinte, intimado, e tendo recebido o Relatório TEF consoante determinado pela JJF, não se pronunciara no prazo de trinta dias que lhe fora concedido.

À fl. 325 a INFRAZ Itabuna remeteu o PAF de volta a este CONSEF, informando não ter havido manifestação do autuado.

O Relatório Diário por Operações TEF foi anexado pelo autuante às fls. 329 a 1258 (volumes III a V).

O processo foi encaminhado pela Coordenação Administrativa deste CONSEF para o Relator de primeira instância.

O julgamento unânime em primeira instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0100-02/12, às fls. 1261 a 1277. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante às fls. 16 a 149.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, de esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas ao autuado, e permitiram ao sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Quanto as preliminares de nulidade argüidas na peça defensiva de que o lançamento das infrações 04, 11, 12, 13 e 14 contém vícios insanáveis, por cerceamento ao direito de defesa, com base no artigo 18, incisos II e IV, “a”, combinado com o artigo 39, inciso I, todos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – aprovado pelo Decreto 7.629/99, por entender que foi utilizado o mesmo código das mercadorias e repetição das mesmas notas fiscais nos levantamentos fiscais, gerando bitributação, verifico que o fundamento de tais preliminares se confundem com o mérito da acusações fiscais, razão porque serão analisadas conjuntamente.

Portanto, o fato de o levantamento fiscal dos itens acima ter sido elaborado utilizando os mesmos documentos fiscais, não é motivo para nulidade do lançamento, por se tratar de imputações diversas, e isto não causou qualquer prejuízo à defesa, inclusive o defendente tanto entendeu as infrações, que delas se defendeu, cujas questões, deixo para apreciar por ocasião do exame do mérito.

No mérito, o Auto de Infração acusa o cometimento de 14 (quatorze) infrações, sendo que, o sujeito passivo na peça defensiva reconheceu e recolheu o débito no valor de R\$7.883,78, referente aos itens 01, 02, 05, 06, 07, 09 e 10, conforme comprova o extrato do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária às fls. 309 a 317.

Isto posto, passo agora a analisar as infrações impugnadas.

Infração 03

Trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos exercícios de 2006 e 2007.

Conforme consta nos demonstrativos às fls. 55 a 58, os produtos descritos nas notas fiscais que foram apropriados os créditos fiscais são “Vedacit, Sika, Argamassa, Massa Plástica, e Silicone Vedante”.

O sujeito passivo sustenta que utilizou os créditos fiscais, pois as mercadorias descritas no levantamento fiscal não sofreram antecipação tributária, pois não se encontravam na época das operações (2006 e 2007), enquadradas no regime de substituição tributária.

Portanto, a questão deve ser dirimida levando-se em consideração se tais produtos no período de 2006 e 2007 se encontravam no regime de substituição tributária.

De acordo com o RICMS, os produtos acima citados estão enquadrados no regime de substituição tributária, ACÓRDÃO CJF Nº 0051- 11/15

tendo em vista que se enquadram como tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, aguarrás, secantes, catalisadores, corantes e demais produtos relacionados no item 16 do inciso II do art. 353.

Reza o artigo 353, II, "16", do RICMS/97, in verbis:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

...
II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

16 - tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, essências de terebintina, secantes, catalisadores, corantes e demais mercadorias da indústria química a seguir especificadas, obedecida a respectiva codificação segundo a NCM (Conv. ICMS 74/94):

16.1 - tintas, vernizes e outros - 3208, 3209 e 3210;

16.2 - preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros - 2707, 2710 (exceto posição - 2710.11.30), 2901, 2902, 3805, 3807, 3810 e 3814;

16.3 - massas, pastas, ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação - 3404, 3405.20, 3405.30, 3405.90, 3905, 3907, 3910;

16.4 - xadrez e pós assemelhados - 2821, 3204.17 e 3206 (exceto pigmentos à base de dióxido de titânio classificados no código NCM/SH 3206.11.19.);

16.5 - piche (pez) - 2706.00.00, 2715.00.00;

16.6 - produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos - 2707, 2713, 2714, 2715.00.00, 3214, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807;

16.7 - secantes preparados - 3211.00.00;

16.8 - preparações iniciadoras ou aceleradoras de reação, preparações catalíticas, aglutinantes, aditivos, agentes de cura para aplicação em tintas, vernizes, bases, cimentos, concretos, rebocos e argamassas - 3815, 3824;

16.9 - indutos, mástiques, massas para acabamento, pintura ou vedação - 3214, 3506, 3909, 3910;

16.10 - corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes - 3204, 3205.00.00, 3206, 3212.

Desta forma, todos os produtos em questão (Vedacit, Sika, Argamassa, Massa Plástica, e Silicone Vedante) têm função impermeabilizante, secante, vedante ou polidora, como se verifica as especificações de cada um dos produtos, e portanto, exercem uma das funções indicadas na legislação, aplicando-se ao caso o disposto no Convênio ICMS 74/94 e 28/95, e no artigo 11 da Lei nº 7.014/96.

Mantida a infração.

Infração 04 e 11

Diante da alegação defensiva, estes itens serão analisados conjuntamente, uma vez que foram descritos no Auto de Infração como "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 e/ou do exterior relacionadas no Anexo 88 e 89 do RICMS/97.

Verifico que realmente ambas as infrações foram codificadas no auto de infração sob o código 07.01.01. A infração 04 está fundamentada no levantamento à fl. 60, cujas notas fiscais objeto da autuação são as de nº 197007; 212249; 213422; 213652; 6172 e 10259, relativas a aquisição de silicone vedante. Já a infração 11, está baseada no levantamento à fl.116, e as notas fiscais indicadas são as de nº 11505; 7913; 14156; 29557; 838409, e se referem a aquisição de pisos e material elétrico.

Logo, os itens acima não se confundem entre si, pois, apesar da mesma acusação fiscal, foram apurados através de produtos específicos, e não poderiam ter outra descrição da infração, fato que não causou qualquer prejuízo a ampla defesa e ao contraditório, inclusive no caso da infração 11, consta na descrição do fato à fl.05 que as notas fiscais foram obtidas junto ao CFAMT da SEFAZ.

Assim, não acolho a preliminar de nulidade a pretexto de cerceamento de defesa, visto que através do respectivo levantamento fiscal é perfeitamente possível saber a origem de cada item, não encontrando a argüição do autuado amparo no artigo 39 combinado com o artigo art. 18, incisos II e IV, "a", que inquira em nulidade o lançamento de tais itens.

Quanto a alegação de que as notas fiscais de nº. 11.505, 7.913, 14.156, 29.557 e 838.409, também compõem a infração 14 e foram consideradas como não tributáveis, não modifica o lançamento das infrações 04 e 11, visto que a dita infração diz respeito a falta de escrituração das notas fiscais no Registro de Entradas, e são consideradas como mercadorias com fase de tributação encerrada pelo regime de substituição de tributária, para fins de aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória.

No mérito, não há dúvidas que as mercadorias objeto da autuação estão enquadradas no regime de substituição tributária, razão porque, mantendo o lançamento tributário do item 04.

Infração 08

O fato que ensejou o lançamento deste item, diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas por instituição financeira e administradora de Cartões de Crédito/Débito.

O débito da infração encontra-se devidamente especificado nas planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito” (docs.98 e 101), nas quais, foram considerados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito e de débito informados pelas administradoras, os valores mensais das vendas líquidas extraídas da Redução Z; as vendas apuradas em notas fiscais, diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; e finalmente, o ICMS devido.

Verifico que o autuante indicou o índice de proporcionalidade de 0,71533117 e 0,75795383, para os anos de 2006 e 2007, respectivamente, a aplicou sobre a diferença encontrada para determinação da base de cálculo, cumprindo, assim as disposições contidas na Instrução Normativa nº 56/2007.

A autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei n 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê in verbis: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Visando elidir a presunção prevista no § 3º do artigo 2º do RICMS/97, o autuado alegou que o autuado alegou que houve erro nos valores da Redução Z consignados na planilha fiscal nos dias 05/02/07; 05/03/07; 05/04/07/ 16/05/07/ e 11/08/07, bem como, que foi desconsiderada a totalidade dos valores registrados como cartão de crédito/débito no dia 29/06/07; e que parte das vendas com cartão de crédito/débito foram realizadas por suas filiais.

Além disso, na fase de instrução verifiquei que a informação fiscal não foi prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, conforme determina o § 6º do artigo 127 do RPAF/99, visto que concordou com os equívocos apontados na defesa, porém, não corrigiu o levantamento fiscal e o demonstrativo do débito; bem como, que não constava no processo comprovante de entrega dos “Relatório Diário por Operações – TEF” (Transferência Eletrônica de Fundos) fornecidos pelas Administradoras de Cartão de crédito.

Diante disso, na Pauta Suplementar do dia 24/11/2011, o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem, para que o autuante adotasse as seguintes providências:

- a) Entregasse, mediante recibo, os Relatórios TEF Operações fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito, e intime o autuado, concedendo prazo razoável, para apresentar demonstrativo acompanhado das respectivas provas, correlacionando as vendas realizadas no modo de pagamento cartão de crédito/débito pelo estabelecimento autuado e pela filial, com as informações constantes no Relatório TEF por Operações.
- b) Após o atendimento por parte do autuado, refizesse a planilha às fls.96 a 101, inclusive considerando os equívocos apontados às fls.159/160 e acolhidos na informação fiscal, relativamente aos dias 07/02/2007; 05/03/2007; 05/04/2007; 16/05/2007; 29/06/2007; e 11/08/2007.

c) Elaborasse o demonstrativo de débito resultante das modificações efetuadas por força do item anterior.

No tocante ao item “a” acima, o autuante comprovou ter entregue ao autuado cópia do Relatório Diário por Operações TEF do período fiscalizado (2006 e 2007), constantes às fls. 327 e 328, conforme recibo à fl.324, intimando-o a apresentar o demonstrativo acompanhado das respectivas provas, correlacionando as vendas realizadas no modo de pagamento cartão de crédito/débito pelo estabelecimento autuado e pela filial, com as informações constantes no Relatório TEF por Operações. Verifico que não houve manifestação do autuado.

Quanto aos itens “b” e “c”, o autuante deixou de atender ao pedido desta 2ª JJF. Considerando que o autuante concordou com os equívocos apontados pelo autuado às fls.159/160, visando maior celeridade processual, passo a efetuar os cálculos apenas nos meses de maio (16/05/2007), junho (29/06/2007) e agosto (11/08/2007), visto que nos meses de fevereiro, março e abril, não foi lançado nenhum débito.

MAIO	JUNHO	AGOSTO
185.602,05	161.621,73	244.262,53
(7.728,79)	-	(10.467,04)
7.951,29	11.763,94	10.699,72
185.824,55	173.385,67	244.495,21

MÊS	REDUÇÃO Z	C.CRÉDITO	DIFERENÇA	INDICE.PROP.	B.CÁLCULO	ICMS 17%
JANEIRO	191.850,25	193.121,55	1.271,30	0,75795383	963,59	163,81
MAIO	185.824,55	211.433,16	25.608,61	0,75795383	19.410,14	3.299,72
JUNHO	173.385,67	213.870,05	40.484,38	0,75795383	30.685,29	5.216,50
JULHO	207.047,21	229.852,34	22.805,13	0,75795383	17.285,24	2.938,49
AGOSTO	244.495,21	255.578,49	11.083,28	0,75795383	8.400,61	1.428,10
SETEMBRO	214.387,79	217.567,03	3.179,24	0,75795383	2.409,72	409,65
					TOTAL	13.456,27

Desta forma, fica mantido o débito do ano de 2006, porquanto não impugnado, e reduzido o débito do ano de 2007 para o valor de R\$13.456,28.

INFRAÇÕES 11, 12, 13 e 14

A infração 11 trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no total de R\$ 1.571,23, nas aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às Notas Fiscais nº 11.505; 7913; 14156; 29557 e 838409; a infração 12 decorre da falta de recolhimento do ICMS – antecipação parcial, conforme notas fiscais discriminadas às fls. 118 a 119. Já as infrações 13 e 14 tratam de multa por descumprimento de obrigação acessória (docs.fls. 121 a 122).

Verifico que as notas fiscais utilizadas na apuração do item 12, também estão inseridas no item 13, porém, os débitos são distintos – descumprimento de obrigação principal e descumprimento de obrigação acessória, cujas notas fiscais são as seguintes: o débito destes dois itens foram apurados através dos mesmos documentos fiscais, quais sejam, as notas fiscais nº 76114; 236077; 247955; 247956; 2135; 178357; 62652; 382; 277544; 3790 e 6816, além das NFs 613; 699896; 710042; 15692; e 727476.

Quanto a alegação de que ocorreu bitributação no lançamento das infrações 11 e 12, verifico que o débito não foi calculado através das mesmas notas fiscais, e, portanto, não há qualquer impedimento para ambas as exigências fiscais, pois a infração 11 diz respeito a descumprimento de obrigação principal pela falta de recolhimento da antecipação parcial, enquanto que a infração 12, concerne a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória decorrente da falta de escrituração dos documentos fiscais no livro de entrada de mercadorias.

No caso, da infração 14, foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, referente a falta de escrituração no Registro de Entradas das notas fiscais nº 11.505; 7913; 14156; 29557 e 838409, mesmos documentos fiscais utilizados na infração 11, relativa a falta de recolhimento do imposto por antecipação (mercadorias relacionadas no Anexo 88). Por se tratar de infrações diversas, foi correto o procedimento da fiscalização em exigir o imposto e aplicar a multa formal.

Quanto a alegação de que ocorreu bitributação no lançamento das infrações apuradas através dos mesmos documentos fiscais, não há qualquer impedimento para ambas as exigências fiscais, pois a infração dizem respeito a descumprimento de obrigação principal pela falta de recolhimento do imposto, e por aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória decorrente da falta de escrituração dos documentos fiscais no livro de entrada de mercadorias.

Passo agora a apreciar as razões defensivas:

a) foi alegado que apesar de constar em algumas notas fiscais, no campo do destinatário, o estabelecimento autuado, as mercadorias foram destinadas e recebidas pelo estabelecimento filial, inscrito na Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, sob nº. 55.903.521, conforme cópias do livro Registro de Entradas deste estabelecimento e nas cópias das cartas de correção (fls.166 a 192) das seguintes notas fiscais: 14156 (infração

14), 178357 (infrações 12 e 13), 62652 (infrações 12 e 13), 11505 (infração 14), 613 (infração 13), 7913 (infração 14), 247955 (infrações 12 e 13) e 247956 (infrações 12 e 13). Realmente tais documentos fiscais foram lançados no livro de entradas do estabelecimento com IE nº 55.903.521: fiscais: 14156 (fl.167), 178357 (fl.168), 62652 (fl.169), 11505 (fl.179), 613 (fl.178), 7913 (infração 14), 247955 (fl.180) e 247956 (infrações 12 e 13). Acolho o argumento defensivo, pois tais documentos fiscais foram objeto de carta de correção para o endereço da filial acima citada, conforme documentos às fls.172, 174, 176, 184, 185, 188, e 190.

b) alegou que ocorreram devoluções e/ou recusa de recebimento de algumas mercadorias, em decorrência, na maioria das vezes, de estarem em desacordo com o pedido, conforme documentos anexados (fl.194 a 204), a saber:

- ✓ cópia da Nota Fiscal nº 279680, emitida em devolução da Nota Fiscal nº 277544 (infrações 12 e 13) e cópia de mensagem enviada por meio de sistema de “correio eletrônico”, por preposto (Sr^a. Elaine Rocha) da empresa Dancor S/A Ind.Mecânica; As cópias dos emails às fls.194 e 195, foram expedidos após a ação fiscal, e por isso, não podem ser acatados para comprovar a alegação defensiva.
- ✓ cópia da Nota Fiscal nº 76114 (infração 13), onde consta em seu verso anotação de recusa de recebimento, acompanhada de “mensagens eletrônicas” enviadas pelo Sr. Cesar Luis, representante do departamento fiscal da empresa Elétrica Danúbio Ind. e Com. De Mat. Elétricos Ltda., e por representante da transportadora Daniella Transportes, além da competente nota fiscal emitida no recebimento do retorno (NF 77021). Realmente restou comprovada a devolução conforme documentos às fls.199 a 202. Cabível a exclusão desta nota no levantamento fiscal.
- ✓ cópia de “mensagem eletrônica” enviada pela Sr^a. Jéssica Borges Ribeiro, Assistente de Cobrança da Intral Reatores e Luminárias, confirmando a devolução total das mercadorias correspondentes à Nota Fiscal nº. 29557 (infração 14). O documento às fls.194 e 195, foi expedido após a ação fiscal, e por isso, não pode ser acatado para comprovar a alegação defensiva.

c) infrações (11, 12, 13 e 14) – foi alegado na defesa que foram identificadas situações em que também ocorreram a recusa do recebimento de mercadorias, dizendo que, apesar de solicitado ao remetente, mesmo procedimento adotado nos casos imediatamente acima descritos, não recebeu as confirmações a tempo de fazer juntada a esta defesa, e pediu dilação de prazo probatório, com base no disposto no inc. I, & 5º, do art. 123, para que tão logo obtenha resposta queira a juntada ao processo, em relação às notas fiscais de nº. 699896, 710042, 727476, 15692 e 6816 (fls.206 a 210). Indefiro o pedido do autuado, pois o mesmo teve prazo suficiente para comprovar sua alegação, não tendo em relação a estas notas fiscais, apresentado qualquer documento a até a data da instrução do processo para julgamento, e mantendo o lançamento destas notas fiscais.

d) alega é comum a compra de mercadorias utilizando de dados de terceiros, e apresenta cópias de comunicados feitos à Secretaria da Fazenda, levando conhecimento que estava sendo vítima de fraude, relação de todas as transportadores que utilizada, e cópias de boletins de ocorrência policial e de termo de declarações (fls.212 a 239). Não acolhido esta alegação, visto que os documentos representados pela cópia do processo às fls.212 referentes a denúncia policial não especificam os documentos fiscais.

Deixei de propor o pedido de diligência requerido pelo autuado, uma vez que através os documentos apresentados na defesa são suficientes para a minha convicção sobre a lide, permitindo chegar a uma conclusão a procedência da acusação fiscal, em relação às notas fiscais citadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 33.514,27, ficando o demonstrativo de débito das infrações 08, 11, 12, 13 e 14 alterados, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	VL.AUTUADOS	VL.JULGADOS	VL.RECONHECIDOS
1	726,29		726,29
2	4.849,31		4.849,31
3	2.187,76	2.187,76	
4	461,55	461,55	
5	1.465,94		1.465,94
6	581,43		581,43
7	38,31		38,31
8	16.606,87	15.032,40	
9	140,00		140,00
10	82,50		82,50
11	1.571,23	682,16	
12	5.837,15	4.863,15	
13	6.123,36	2.370,93	
14	105,42	32,54	
TOTAL	40.777,12	25.630,49	7.883,78

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/03/2006	09/04/2006	4.454,24	17	70	757,22	8

30/04/2006	09/05/2006	564,47	17	70	95,96	8
31/08/2006	09/09/2006	3.858,47	17	70	655,94	8
31/12/2006	09/01/2007	394,18	17	70	67,01	8
31/01/2007	09/02/2007	963,59	17	70	163,81	8
31/05/2007	09/06/2007	19.410,12	17	70	3.299,72	8
30/06/2007	09/07/2007	30.685,29	17	70	5.216,50	8
31/07/2007	09/08/2007	17.285,24	17	70	2.938,49	8
31/08/2007	09/09/2007	8.400,59	17	70	1.428,10	8
30/09/2007	09/10/2007	2.409,71	17	70	409,65	8
TOTAL				15.032,40		

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito	INF.
31/8/2006	9/9/2006	-	17	60	-	11
30/11/2006	9/12/2006	1.177,47	17	60	200,17	11
31/1/2007	9/2/2007	-	17	60	-	11
31/10/2007	09/11/2007	1.869,94	17	60	317,89	11
30/11/2007	09/12/2007	965,29	17	60	164,10	11
TOTAL				682,16		

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito	INF.
30/6/2006	9/7/2006	16.177,94	17	60	2.750,25	12
31/7/2006	9/8/2006	4.435,29	17	60	754,00	12
31/10/2006	9/11/2006	-	17	60	-	12
31/05/2007	09/06/2007	283,76	17	60	48,24	12
31/07/2007	09/08/2007	-	17	60	-	12
30/09/2007	09/10/2007	6.330,59	17	60	1.076,20	12
31/10/2007	09/11/2007	357,41	17	60	60,76	12
30/11/2007	09/12/2007	1.021,76	17	60	173,70	12
TOTAL				4.863,15		

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito	INF.
28/02/2006	09/03/2006	-	-	10	-	13
31/03/2006	09/04/2006	654,40	-	10	65,44	13
30/04/2006	09/05/2006	426,80	-	10	42,68	13
31/05/2006	09/06/2006	707,00	-	10	70,70	13
30/06/2006	09/07/2006	432,00	-	10	43,20	13
31/07/2006	09/08/2006	7.540,00	-	10	754,00	13
31/10/2006	09/11/2006	-	-	10	-	13
31/05/2007	09/06/2007	964,80	-	10	96,48	13
31/07/2007	09/08/2007	-	-	10	-	13
30/09/2007	09/10/2007	10.762,00	-	10	1.076,20	13
31/10/2007	09/11/2007	607,60	-	10	60,76	13
30/11/2007	09/11/2007	1.614,70	-	10	161,47	13
TOTAL				2.370,93		

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito	INF.
31/8/2006	9/9/2006	-	-	1	-	14
30/11/2006	9/12/2006	-	-	1	-	14
31/1/2007	9/2/2007	-	-	1	-	14
31/10/2007	09/11/2007	2.332,00	-	1	23,32	14
30/11/2007	09/12/2007	922,00	-	1	9,22	14
TOTAL				32,54		

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 1288 a 1312, reprisando parte dos argumentos trazidos em sede de impugnação originária.

Tece considerações acerca da Decisão de piso, pedindo a sua reforma integral alegando falta de apreciação de argumentos e documentos.

À fl. 1289, e às fls. 1292 a 1293-A, o recorrente alega, como preliminar de nulidade, que a JJF não teria apreciado seu argumento no sentido de que as notas fiscais de entradas que teriam baseado as infrações 11 a 14 - que segundo diz o contribuinte estaria informado nos autos pelo Fisco - decorreriam de falta de escrituração em seu livro fiscal, referir-se-iam a notas fiscais coletadas no sistema CFAMT/SEFAZ, e o Fisco não teria observado que se trataria de uso fraudulento de seus dados por terceiros, para emitir notas fiscais, ou de mercadorias que teriam sido devolvidas, e a JJF não teria enfrentado este seu argumento.

Que em sua impugnação originária havia acostado documentos [fls. 212 a 239, data de protocolo SIPRO/SEFAZ de 18/11/2009] acerca de protocolização, junto a esta SEFAZ, antes da ação fiscal, de denúncias que fez para apuração policial sobre o uso de seus dados cadastrais indevidamente, por terceiros, para aquisições que ele, contribuinte, não realizara.

Em relação à Infração 3 [demonstrativo fiscal às fls. 55 a 58], uso indevido de crédito fiscal referente a mercadorias sob regime de substituição tributária, às fls. 1295 e 1296 o recorrente aduz que considerou estas mercadorias como se incluídas no regime normal de apuração, com apuração de crédito e de débito em seu conta-corrente fiscal, e que se cobrado o imposto da forma autuada haveria bitributação.

Pede que se a imputação não for julgada improcedente, então seja aplicado o teor do artigo 158 do RPAF/99, que dispõe acerca de dispensa de multa por descumprimento de obrigação tributária acessória.

No que tange à infração 4 [demonstrativo fiscal à fl. 60], falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, às 1289 a 1292 reprisa seu argumento defensivo no sentido de que as infrações 4 e 11 teriam tido o mesmo demonstrativo do levantamento fiscal, que ambas estão sob o código de infração do Sistema Informatizado de Emissão de Auto de Infração – SEAI, 07.01.01, e que isto lhe teria cerceado o direito de defesa porque não teria conseguido identificar a que demonstrativo reportava-se cada uma destas duas imputações 4 e 11, e por isto a infração 4 seria nula.

Que na infração 11, que também trata de falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, há a informação de que refere-se a notas fiscais colhidas no sistema CFAMT desta SEFAZ.

Que, no mérito, as mesmas notas fiscais que embasaram a infração 4, que trata de operações tributadas por substituição tributária, também embasaram a imputação 14, na qual está sendo cobrada multa por falta de escrituração de notas fiscais, sendo informado na imputação 14 que se trata de mercadorias não tributáveis, e isto seria incompreensível.

Que o motivo da autuação, em ambas, seria a entrada de mercadorias em seu estabelecimento, e não poderia haver duas imputações pelo mesmo motivo, ora considerando-se as mercadorias tributáveis, ora não tributáveis.

Pede a dispensa da multa com base no artigo 42, §5º, da Lei nº 7014/96, que trata de absorção de multa pelo descumprimento de obrigação tributária acessória pela multa por descumprimento de obrigação tributária principal.

Quanto à Infração 8 [demonstrativos fiscais às fls. 96 a 101], à fl. 1289, e às fls. 1296 a 1301] o recorrente diz que não teria sido cientificado do resultado da diligência que a JJF informa ter sido realizada, e pede trinta dias para pronunciar-se a respeito, após ser cientificado do resultado da diligência citada no Acórdão pela JJF.

Aduz que a JJF não teria considerado que houve a realização de vendas por um estabelecimento, e o recebimento dos pagamentos, por cartões, em outro estabelecimento, e pede que seja realizada diligência para verificar este seu argumento defensivo, com base nos dados numéricos que expõe às fls. 1300 e 1301.

Quanto à infração 11 [demonstrativo fiscal à fl. 116], falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, às 1289 a 1292 reprisa seu argumento defensivo no sentido de que as infrações 4 e 11 teriam tido o mesmo demonstrativo do levantamento fiscal, que ambas estão sob o código de infração do Sistema Informatizado de Emissão de Auto de Infração – SEAI, 07.01.01, e que isto lhe teria cerceado o direito de defesa porque não teria conseguido identificar a que demonstrativo reportava-se cada uma destas duas imputações, e por isto a infração 11 seria nula.

Aduz que, no mérito, tanto quanto teria ocorrido com a imputação 4, as mesmas notas fiscais que embasaram a infração 11, que trata de operações tributadas por substituição tributária, também embasaram a imputação 14, na qual está sendo cobrada multa por falta de escrituração de notas

fiscais, sendo informado na imputação 14 que se trata de mercadorias não tributáveis, e isto seria incompreensível, porque na infração 11 as mercadorias são consideradas tributáveis no regime de substituição tributária.

À fl. 1291 cita as Notas Fiscais nºs 11505, 7913, 14156, 29557 e 838409 [constantes do demonstrativo fiscal de fl. 116, dados do levantamento fiscal e de débito da infração 11], e diz que estas notas fiscais teriam sido consideradas, em dado momento, como de operações não tributáveis, e em outro momento como se operações tributáveis. Que o motivo da autuação, em ambas, seria a entradas mercadorias em seu estabelecimento, e não poderia haver duas imputações pelo mesmo motivo, ora considerando-se as mercadorias tributáveis, ora não tributáveis.

Pede a dispensa da multa com base no artigo 42, §5º, da Lei 7014/96, que trata de absorção de multa pelo descumprimento de obrigação tributária acessória pela multa por descumprimento de obrigação tributária principal.

Quanto à infração 12 [demonstrativo fiscal às fls. 118 e 119], que cuida de falta de recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, aduz que as Notas Fiscais nºs 2135, 3790 e 382 teriam sido emitidas por fraude de uso de seus dados por terceiros, conforme já denunciara, e a JJJF não acolhera este seu argumento. Que os emitentes não seriam seus fornecedores habituais e a JJJF não teria observado este dado. Que nessas notas fiscais, no campo de identificação do transportador, não constaria os transportadores que ele, contribuinte, relacionara como transportadores autorizados a realizar o transporte das mercadorias que ele, contribuinte, adquire, na listagem que acostara [fls. 218 a 220] quando fizera sua denúncia de uso fraudulento de seus dados.

Ainda em relação à Infração 12, às fls. 1294 e 1295 aduz que as Notas Fiscais nºs 178357, 62652, 247955 e 247956 teriam sido destinadas ao estabelecimento filial, e pela filial recebidas, escrituradas no livro Registro de Entradas da filial, sob IE 55.903.521, neste Estado, e a JJJF não teria considerado este seu argumento.

Que em relação à Nota Fiscal nº 277544 teria havido devolução e recusa de recebimento da mercadoria, conforme correspondência eletrônica, e cópia da Nota Fiscal nº 279680, que refere-se a tal devolução da mercadoria objeto da Nota Fiscal nº 277544.

Que havia pedido dilação de prazo para apresentar novas provas de sua alegação.

Que tratando-se de poucas notas fiscais, em um universo bem maior de compras, não aceitar seu argumento seria ausência de “bom-senso”.

Que deveria ser realizada diligência para averiguar sua assertiva no sentido de que não teria realizado essas aquisições.

Quanto à Infração 13 [demonstrativo às fls. 121 a 122], que trata de falta de escrituração, no livro Registro de Entradas, de notas fiscais referentes a operações tributáveis, às fls. 1291 e 1292 o recorrente expõe que as notas fiscais que a embasaram teriam também embasado a imputação 12, em alguns casos aplicando o mesmo percentual de 10% sobre o valor das operações, e por isto pede a dispensa da multa com base no artigo 42, §5º, da Lei 7014/96, que trata de absorção de multa pelo descumprimento de obrigação tributária acessória pela multa por descumprimento de obrigação tributária principal.

Em seguida aduz, às fls. 1293 a 1295, que as Notas Fiscais nºs 2135, 3790 e 382 teriam sido emitidas por fraude de uso de seus dados por terceiros, conforme já denunciara, e a JJJF não acolhera este seu argumento. Que os emitentes não seriam seus fornecedores habituais e a JJJF não teria observado este dado. Que nessas notas fiscais, no campo de identificação do transportador, não constaria os transportadores que ele, contribuinte, relacionara como transportadores autorizados a realizar o transporte das mercadorias que ele, contribuinte, adquire, na listagem que acostara [fls. 218 a 220] quando fizera sua denúncia de uso fraudulento de seus dados. Que deveria ser realizada diligência para averiguar sua assertiva no sentido de que não teria realizado essas aquisições.

Ainda em relação à Infração 13, às fls. 1294 e 1295 aduz que as Notas Fiscais n^{os} 178357, 62652, 247955 e 247956 teriam sido destinadas ao estabelecimento filial, e pela filial recebidas, escrituradas no livro Registro de Entradas da filial, sob IE 55.903.521, neste Estado, e a JJJF não teria considerado este seu argumento.

Que em relação à Nota Fiscal nº 277544 teria havido devolução e recusa de recebimento da mercadoria, conforme correspondência eletrônica, e cópia da Nota Fiscal nº 279680, que refere-se a tal devolução da mercadoria objeto da Nota Fiscal nº 277544. Que a Nota Fiscal nº 76114 [fl. 199] teria, no verso, anotação de recusa de recebimento, e a Nota Fiscal nº 77021 [fl. 201] teria sido emitida para efeito de retorno da mercadoria para o emitente, conforme correspondência eletrônica que anexou aos autos.

Que tratando-se de poucas notas fiscais, em um universo bem maior de compras, não aceitar seu argumento seria ausência de “bom-senso”.

Que havia pedido dilação de prazo para apresentar novas provas de sua alegação.

Pede que os documentos que anexou sejam analisados.

Aduz que a multa por descumprimento de obrigação acessória da infração 13 deveria ser absorvida pela multa por descumprimento da obrigação principal da infração 12.

Em relação à infração 14 [demonstrativo fiscal à fl. 124], que trata de que trata de falta de escrituração, no livro Registro de Entradas, de notas fiscais referentes a operações não tributáveis, às fls. 1291 e 1292 o recorrente expõe que as notas fiscais que a embasaram teriam também embasado as imputações 04 [demonstrativo fiscal à fl. 60] e 11 [demonstrativo fiscal à fl. 116], referentes a mercadorias tributáveis sob o regime de substituição tributária, portanto sendo consideradas, as operações, nas imputações 04 e 11, como referentes a mercadorias tributáveis, e já na imputação 14 estas mesmas mercadorias estariam sendo vistas como não tributáveis, e isto seria incompreensível.

Afirma que parte das notas fiscais teriam sido emitidas por fraude de uso de seus dados por terceiros, conforme já denunciara, e a JJJF não acolhera este seu argumento.

Ainda em relação à Infração 14, às fls. 1294 e 1295 aduz que as Notas Fiscais n^{os} 14156, 11505 e 7913 teriam sido destinadas ao estabelecimento filial, e pela filial recebidas, escrituradas no livro Registro de Entradas da filial, sob IE 55.903.521, neste Estado, e a JJJF não teria considerado este seu argumento.

Que em relação às outras Notas Fiscais teria havido devolução e recusa de recebimento da mercadoria, e que ele, contribuinte, havia pedido à JJJF dilação de prazo para apresentar novas provas de sua alegação.

Pede que os documentos que anexou sejam analisados.

O recorrente conclui pedindo a abertura de prazo de trinta dias para manifestação a respeito da diligência determinada pela JJJF, da qual não lhe teria sido dada ciência; declaração de nulidade em relação às infrações 4, e 11 a 14; improcedência das infrações 3, 4, 8, e 11 a 14; em relação às infrações 13 e 14, que fosse considerada a previsão do artigo 42, §5, da Lei nº 7.014/96, porque seriam descumprimento de obrigações acessórias direta e respectivamente ligadas às infrações 12, 4 e 11.

O contribuinte acosta, às fls. 1305 a 1466, documentos que consistem em cópias de Relatórios TEF relativos a períodos mensais de atividade de pagamentos por cartões para o estabelecimento autuado (fls. 1305 a 1371) e vias de cupons fiscais e de vias de boleto TEF relativos à inscrição estadual do autuado (IE 30.466.821 e CNPJ 40.499.527/0001-27) e do estabelecimento sob inscrição estadual 55.903.521, CNPJ 40.499.527/0002-08 (fls. 1372 a 1466).

O processo foi encaminhado para julgamento por esta segunda instância, na 3^a CJF, onde então em exercício está a Relatora.

Às fls. 1470 e 1471, em sessão de pauta suplementar, na busca da verdade material a 3^a CJF, após compulsar a documentação trazida pelo contribuinte, deliberou pela conversão do processo em diligência à ASTEC/CONSEF solicitando que Auditor Fiscal designado:

- a) Intimasse o contribuinte a apresentar, anexando à intimação cópia da solicitação de diligência:
 - Em relação à Inscrição Estadual – IE do recorrente, um demonstrativo discriminando, por operação individualizada, as vendas na quais comprovadamente houvera a respectiva emissão de cupom fiscal, realizadas por meio de cartão de crédito/débito, no período autuado, nestes demonstrativo o contribuinte cotejando cada cupom fiscal com a respectiva operação informada pelas administradoras de cartão de crédito/débito, considerando, para efeito da Inscrição Estadual do autuado, apenas os cupons cujos valores e datas estivessem coincidindo com os valores de vendas e mesmas datas informadas nos Relatórios Diários por Operações TEF.
 - Em relação à Inscrição Estadual da filial do recorrente, um demonstrativo discriminando, por operação individualizada, as vendas na quais comprovadamente houvera a respectiva emissão de cupom fiscal, realizadas por meio de cartão de crédito/débito, no período autuado, nestes demonstrativo o contribuinte cotejando cada cupom fiscal com a respectiva operação informada pelas administradoras de cartão de crédito/débito, considerando, para efeito da IE da filial, apenas os cupons cujos valores, datas e horários aproximados de emissão estivessem coincidindo com os valores de vendas e mesmas datas informadas nos Relatórios Diários por Operações TEF.

Estes demonstrativos deveriam ser anexados aos autos.

- b) A partir dos documentos apresentados pelo autuado, o fiscal diligente elaborasse demonstrativo correspondente às diferenças mensais referentemente às quais o contribuinte não comprovasse ter emitido documento fiscal, considerando os termos da Instrução Normativa nº 56/2007, acerca da proporcionalidade, no cálculo do imposto a ser lançado de ofício, conforme índice de proporcionalidade já indicado nos demonstrativos fiscais de fls. 98 e 101 (volume I).

A diligência foi realizada pela Sr^a Coordenadora da Coordenação de Assistência Técnica – ASTEC/CONSEF, que intimou o contribuinte (fl. 1473) conforme solicitado.

À fl. 1474 o contribuinte expõe a impossibilidade de apresentação dos demonstrativos solicitados, tendo em vista que os documentos solicitados haviam sido acostados às fls. 1372 a 1466 dos autos, quando da interposição de Recurso Voluntário. Solicitou a devolução estes documentos para atender à intimação.

À fl. 1475 a Diligente informou à 3^a CJF quanto à impossibilidade de atendimento da solicitação de diligência face ao informado pelo contribuinte, e sugeriu o encaminhamento do processo à INFRAZ de origem para desentranhamento daqueles documentos do processo e a sua devolução ao sujeito passivo, com a substituição dos documentos originais por cópias.

Às fls. 1478 e 1479, em nova sessão de pauta suplementar a 3^a CJF deliberou pelo atendimento da sugestão de desentranhamento e demais providências administrativas, para prosseguimento do atendimento da diligência solicitada.

Conforme documentos de fls. 1371-A a 1466, e de fls. 1481, os documentos originais foram desentranhados e entregues ao autuado, e substituídos por cópias.

O contribuinte, em atendimento à intimação da ASTEC/CONSEF, acostou documentos às fls. 1484 a 1495.

A Diligente emitiu o Parecer ASTEC/CONSEF nº 95/2014, às fls. 1497 a 1499, e planilha à fl. 1500.

Neste Parecer, após explicitar os trabalhos realizados, a Diligente concluiu expondo que cumprida a diligência, inclusive com a aplicação do critério de proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, os argumentos do contribuinte foram parcialmente comprovados,

e o débito histórico total de ICMS relativo à imputação 08 restou reduzido de R\$16.606,87, lançado no Auto de Infração, para o valor de R\$7.364,11, conforme demonstrativo de débito que elabora à fl. 1499.

Cientificado, e tendo recebido cópia da documentação acostada, conforme documentos de fls. 1502 e 1503, o contribuinte manteve-se silente.

À fl. 1504, a INFRAZ de origem reencaminhou o processo a este Conselho de Fazenda, para prosseguimento regular do feito.

O processo foi encaminhado pela Coordenação Administrativa do CONSEF a esta Relatora, agora em exercício na 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário que tem como objeto as infrações 03, 08, 11, 12, 13 e 14 do Auto de Infração.

Preliminarmente, quanto à alegação do recorrente no sentido de que a JJF não teria enfrentado todos os seus argumentos, e não teria analisado toda a documentação acostada ao processo em sua impugnação, constato que esta afirmativa colide frontalmente com o texto do voto que lastreia o Acórdão recorrido, em especial nos itens “a” a “d” do mencionado voto, além das análises objetivas a cada análise individualizada de infração, conforme lê-se do voto da Decisão *a quo*, que transcrevi no Relatório que antecede este meu voto.

Quanto às alegações de nulidade da autuação, todas já foram rechaçadas em sede de análise pela JJF, mas as analisarei novamente.

Em relação à pretensa incerteza quanto aos demonstrativos das imputações 4 e 11, sob o raso argumento de que estas imputações trazem o mesmo código de infração do Sistema Informatizado de Emissão do Auto de Infração – SEAI, observo que o contribuinte reporta-se seguidamente aos demonstrativos de cada uma destas imputações, chegando a citar, individualizadamente, as notas fiscais que os compõem.

Conforme já dito na Decisão de base, e explícito no Auto de Infração, as imputações 04 e 11 dizem respeito a falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, portanto o código de infração no sistema SEAI obrigatoriamente é o mesmo.

A infração 4 traz como objeto as operações com as notas fiscais descritas no levantamento fiscal de fl. 60, e a infração 11 traz como objeto as operações com as notas fiscais descritas no levantamento fiscal de fl. 116.

Impossível confundir as duas imputações, até mesmo porque os valores mensais e totais lançados no Auto de Infração para cada uma destas duas acusações são os valores lançados em cada um destes dois demonstrativos para cada uma destas duas acusações. Inexiste cerceamento de defesa, sendo este argumento meramente protelatório.

Quanto ao argumento no sentido de que algumas mercadorias ora foram consideradas tributáveis, ora não tributáveis, no Auto de Infração, ressalto que, tal como já exposto de forma clara e didática no voto da Decisão de piso, as notas fiscais que são citadas nas imputações 4 e 11, referentes a falta de recolhimento de imposto devido por substituição tributária, quanto à cobrança do imposto lançado no Auto de Infração objeto desta lide, evidentemente dizem respeito a operações tributadas pelo regime de substituição tributária, e por conseguinte a redação da imputação não poderia expor situação diversa, trata-se de mercadorias tributáveis por substituição naquelas operações de aquisição, objeto das notas fiscais citadas nos demonstrativos fiscais que o contribuinte recebeu e sobre os quais pronuncia-se.

Contudo, quando estas mesmas notas fiscais, não escrituradas pelo contribuinte em seu livro Registro de Entradas, foram objeto de outra imputação, dizendo esta respeito à aplicação de penalidade pelo descumprimento da obrigação tributária acessória de escriturar os documentos

fiscais, então a Lei nº 7014/96, em seu artigo 42, XI, citado no campo “Multa Aplicada” da infração 14, prevê que será cobrada a penalidade mais branda, no percentual de 1% do valor comercial da mercadoria, e não de 10% deste valor, por se tratar de operação com fase de tributação já encerrada. O contribuinte recebeu o Auto de Infração no qual citado este dispositivo normativo, que é Lei publicada no Diário Oficial, sendo portanto este seu argumento desprovido de razoabilidade e de base jurídica.

O Auto de Infração e o processo administrativo fiscal deste decorrente trazem todos os pressupostos de validade. Rejeitadas as arguições de nulidade do Auto de Infração e da Decisão de base.

Passo à análise de mérito.

Quanto à Infração 3, trata-se de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$2.187,76, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos exercícios de 2006 e 2007, conforme demonstrativos fiscais às fls. 55 a 58.

O contribuinte, no Recurso Voluntário, alega que se cobrado o ICMS por substituição tributária estaria havendo bitributação porque teria pago o imposto sob regime de conta-corrente fiscal. Alega, mas não prova. Se fosse comprovada esta sua alegação, poderia ser aplicada a multa prevista no artigo 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, mas esta situação não se configura nos autos.

Quanto ao pedido de dispensa de multa, trata-se de penalidade por descumprimento de obrigação tributária principal, e não acessória, e tal análise, por este Contencioso, não encontra previsão legal, pelo que não pode ser acolhido.

Voto pela manutenção da Decisão de base no sentido da procedência integral da imputação 3.

Quanto à imputação 4, que trata de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, no valor de R\$461,55, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de agosto de 2006, março a abril, outubro e dezembro de 2007, conforme demonstrativo à fl. 60, o contribuinte nada aponta objetivamente quanto ao mérito desta acusação, em sede de Recurso Voluntário, apenas argui preliminar de mérito, já rechaçada neste voto.

Inexistem as condições previstas no §5º do artigo 42 para a dispensa da multa relativa a esta imputação, que trata de falta de recolhimento do ICMS, por conseguinte sendo descumprimento de obrigação tributária principal, e não acessória.

Voto pela manutenção da Decisão de base no sentido da procedência integral da imputação 4.

No que tange à infração 8, que cuida de falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$16.606,87, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, nos meses de março, abril, agosto e dezembro de 2006, janeiro, maio a setembro de 2007, conforme demonstrativos às fls. 96 a 101, observo que diante da documentação acostada aos autos pelo sujeito passivo, a 3ª CJF, da qual esta Relatora era então componente, encaminhou o processo para a realização de diligência na busca da verdade material, conforme esmiuçadamente exposto no Relatório que antecede este meu voto, tendo sido em decorrência emitido o Parecer ASTEC/CONSEF nº 95/2014, às fls. 1497 a 1499, no qual, no cumprimento da diligência, inclusive com a aplicação do critério de proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, os argumentos do contribuinte foram parcialmente comprovados, e o débito histórico total de ICMS relativo à imputação 08 restou reduzido de R\$16.606,87, lançado no Auto de Infração, para o valor de R\$7.364,12, conforme demonstrativo de débito elaborado à fl. 1499.

Acolho o resultado encontrado pela Auditora Fiscal estranha ao feito e voto pela modificação da Decisão de base para julgar procedente em parte a imputação 08, no valor histórico de ICMS total

de R\$7.364,12, conforme demonstrativo de débito elaborado pela ilustre Diligente à fl. 1499.

Quanto à Infração 11, que cuida de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, no valor de R\$1.571,23, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de agosto e novembro de 2006, janeiro, outubro e novembro de 2007, conforme demonstrativo à fl. 116, após rechaçadas na Decisão de base, e neste meu voto, as alegações de nulidade, observo que o contribuinte anda aponta de objetivo quanto aos documentos fiscais elencados no demonstrativo.

Observo que esta imputação já foi objeto de desoneração pela JJF, por considerar pertinentes as alegações defensivas relativas às Notas Fiscais nºs 11505 (data de ocorrência de ocorrência em 31/08/2006) e 14.156 (data de ocorrência de 31/01/2007), porque constatado que estes documentos foram escriturados no livro Registro de Entradas do estabelecimento filial, com IE 55.903.521, consoante descrito no voto da decisão *a quo*. A desoneração não é objeto de Recurso de Ofício neste PAF.

O contribuinte nada traz de objetivo em relação aos demais documentos fiscais discriminados no demonstrativo de fl. 116.

Tanto quanto em relação à imputação 4, também em relação a esta Imputação 11 inexistem as condições previstas no §5º do artigo 42 para a dispensa da multa pelo descumprimento desta imputação, que trata de falta de recolhimento do ICMS, por conseguinte sendo descumprimento de obrigação tributária principal, e não acessória.

Voto pela manutenção da Decisão de base no sentido da procedência parcial da imputação 11, no valor histórico total de R\$682,16.

Quanto à imputação 12, que cuida de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, no total de R\$5.837,15, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e adquiridas para comercialização, correspondentes aos meses de junho, julho e outubro de 2006, maio, julho, setembro e outubro de 2007, conforme demonstrativos às fls. 118 e 119, verifico que esta imputação também já foi objeto de desoneração pela JJF, por considerar pertinentes as alegações defensivas relativas às Notas Fiscais nºs 247955 e 247956 (ambas com data de ocorrência de ocorrência em 31/10/2006); Nota Fiscal nº 178357 (data de ocorrência de 31/07/2007) e Nota Fiscal nº 62.652 (data de ocorrência de 30/09/2007), porque constatado que estes documentos foram escriturados no livro Registro de Entradas do estabelecimento filial, com IE 55.903.521, consoante descrito no voto da Decisão *a quo*. A desoneração não é objeto de Recurso de Ofício neste PAF.

Em relação à argumentação recursal relativa à Nota Fiscal nº 277544 (cópia à fl. 196), no sentido de que teria havido devolução e recusa de recebimento da mercadoria, conforme correspondência eletrônica, e cópia da Nota Fiscal nº 279680 (fl. 197), que refere-se a tal devolução da mercadoria objeto da Nota Fiscal nº 277544, verifico que assiste razão ao recorrente, posto que em ambas as notas fiscais o valor das mercadorias é o mesmo, a data de emissão da Nota Fiscal nº 277544 é de 03/10/2007 e a data de emissão da Nota Fiscal nº 279680 é de 29/11/2007, portanto datas compatíveis com a alegação do contribuinte. O fato de a correspondência eletrônica ter sido enviada após a autuação não elide o fato de que as notas fiscais foram emitidas antes da ação fiscal. Na Nota Fiscal nº 279680 está citada a Nota Fiscal nº 277544 (fl. 197).

Portanto, acolhendo a alegação do contribuinte deve ser excluído, do demonstrativo de débito da Infração 12, o valor referente ao mês de outubro/2007, ficando o montante total desta Infração o de R\$4.802,39 (R\$4.863,15 – R\$60,76).

O contribuinte nada traz de objetivo em relação aos demais documentos fiscais discriminados no demonstrativo de fls. 118 e 119.

Tanto quanto em relação às imputações 4 e 11, também em relação a esta Imputação 12 inexistem as condições previstas no §5º do artigo 42 para a dispensa da multa nesta imputação, que trata de

falta de recolhimento do ICMS, por conseguinte sendo descumprimento de obrigação tributária principal, e não acessória.

Voto pela modificação da Decisão de base no sentido da procedência parcial da imputação 12, mas no valor histórico total de R\$4.802,39.

No que tange à infração 13, que cuida falta de escrituração, no livro Registro de Entradas, de notas fiscais referentes a mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a outubro de 2006, maio, julho, setembro a novembro de 2007, tendo sido aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$6.123,36, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo às fls. 121 a 122, constato que que esta imputação igualmente foi objeto de desoneração pela JJF, por considerar pertinentes as alegações defensivas relativas às Notas Fiscais nºs 247955 e 247956 (ambas com data de ocorrência de ocorrência em 31/10/2006); Nota Fiscal nº 178357 (data de ocorrência de 30/01/2006); Nota Fiscal nº 62.652 (data de ocorrência de 30/09/2007); Nota Fiscal nº 613 (data de ocorrência de 28/02/2006) porque constatado que estes documentos foram escriturados no livro Registro de Entradas do estabelecimento filial, com IE 55.903.521, consoante descrito no voto da decisão *a quo*.

Em relação à Nota Fiscal nº 76114 (data de ocorrência de 30/06/2006), a JJF acolheu o argumento defensivo no sentido de que a Nota Fiscal foi objeto de recusa de recebimento, conforme documentos de fls. 199 a 202.

No que tange à argumentação recursal relativa à Nota Fiscal nº 277544 (cópia à fl. 196), aplica-se o mesmo raciocínio explicitado na análise da imputação 12, portanto o débito referente à falta de escrituração deste documento fiscal deve ser excluído da imputação 13.

Por conseguinte deve ser eliminado, do demonstrativo de débito da Infração 13, o valor referente ao mês de outubro/2007, ficando o valor total desta Infração o de R\$2.310,17 (R\$2.370,93 – R\$60,76).

As demais notas fiscais objeto do Recurso Voluntário já não são objeto da lide, por exclusão pela JJF, sem possibilidade de reexame por esta CJF, visto que a desoneração não é objeto de Recurso de Ofício neste PAF.

Inexistem as condições previstas no §5º do artigo 42 para a dispensa da multa pelo descumprimento desta infração.

Voto pela modificação da Decisão de base no sentido da procedência parcial da imputação 13, mas no valor histórico total de R\$2.310,17.

Em relação à Infração 14, que trata de falta de escrituração, no livro Registro de Entradas, de notas fiscais referentes a mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto e novembro de 2006, janeiro, outubro e novembro de 2007, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$105,42, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo à fl. 124, vê-se que que esta imputação igualmente foi objeto de desoneração pela JJF, por considerar pertinentes as alegações defensivas relativas às Notas Fiscais nºs 11505 (data de ocorrência de ocorrência em 31/08/2006); 7913 (data de ocorrência de 30/11/2006); e 14156 (data de ocorrência de 31/07/2007), porque constatado que estes documentos foram escriturados no livro Registro de Entradas do estabelecimento filial, com IE 55.903.521, consoante descrito no voto da decisão *a quo*.

Assim, as notas fiscais objeto do Recurso Voluntário já não são objeto da lide, por exclusão pela JJF, sem possibilidade de reexame por esta CJF, visto que a desoneração não é objeto de Recurso de Ofício neste PAF.

Inexistem as condições previstas no §5º do artigo 42 para a dispensa da multa pelo descumprimento desta infração.

Voto pela manutenção da Decisão de base no sentido da procedência parcial da imputação 14, no valor histórico total de R\$32,54.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida julgando PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, mas no valor histórico total de R\$25.724,86, conforme tabela que elaboro a seguir, devendo ser homologados os valores recolhidos e intimado o autuado para efetuar o pagamento dos valores remanescentes:

INFRAÇÃO	DECISÃO DA 2ª JJF			DECISÃO DA 1ª CJF		
	ICMS	MULTA	PENALIDADE	ICMS	MULTA	PENALIDADE
01	726,29	60%		726,29	60%	
02	4.849,31	60%		4.849,31	60%	
03	2.187,76	60%		2.187,76	60%	
04	461,55	60%		461,55	60%	
05	1.465,94	70%		1.465,94	70%	
06	581,43	70%		581,43	70%	
07	38,31	60%		38,31	60%	
08	15.032,40	70%		7.364,12	70%	
09	-		140,00	-		140,00
10	82,50	60%		82,50	60%	
11	682,16	60%		682,16	60%	
12	4.863,15	60%		4.802,39	60%	
13	-		2.370,93	-		2.310,17
14	-		32,54	-		32,54
TOTAL			33.514,67			25.724,47

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 300449.0600/11-4, lavrado contra **CONLAR MAT. ELÉTRICO HIDRÁULICO E DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, no valor total de **R\$23.241,76**, acrescido da multa de 60% sobre R\$13.830,27 e 70% sobre R\$9.411,49, previstas no art. 42, incisos, II, alíneas “a”, “e” e “d”, III, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.482,71**, previstas nos incisos IX, XI e XVIII, “c”, do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos e intimado o autuado para efetuar o pagamento dos valores remanescentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS