

PROCESSO - A. I. Nº 110120.0001/10-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JEFFERSON NAGATA BRITO (CASA DO TRICOLOR)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0101-03/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0303-11/15

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documentos fiscais juntados com a defesa comprovam emissão de documentos fiscais correspondentes diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão. Mantida a Decisão pela procedência em parte da infração 1. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Restabelecida a exigência fiscal pela aplicação da multa de 10% para mercadorias sujeitas a tributação relativo a aquisição de embalagens cujas notas fiscais de entradas não foram registradas. Reformada a Decisão no que se refere à infração 4 e mantida quanto a infração 5. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF, em razão da desoneração em parte dos valores exigidos nas infrações 1, 4 e 5 nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF/BA. O Auto de Infração lavrado em 29/06/10 exige crédito tributário no valor de R\$276.864,96, em decorrência de cinco infrações, sendo objeto do presente recurso:

- 1. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (dezembro/2007 a dezembro/09 - R\$136.053,91. Multa de 70%.*
- 4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal (2008 e 2009), sendo exigida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias - R\$29.689,98.*
- 5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal (2008 e 2009), sendo exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias - R\$88.699,84.*

Na decisão proferida (fls. 1302/1316), a 3ª JJF fundamentou preliminarmente que não acata o argumento defensivo de que tinha pendências com a Prefeitura Municipal de Salvador (2004) o que implicou em negação de registro da firma individual Jefferson Nagata Brito, justificando que compete ao CONSEF solução de litígios de competência do Estado da Bahia, com relação aos contribuintes optantes do Simples Nacional (LC 123/06).

Destacou que na informação fiscal, a autuante esclareceu que os problemas com a Secretaria Municipal da Fazenda de Salvador só foram sanados em janeiro de 2010 e, portanto no período

anterior o autuado não estava inscrito no Simples Nacional, mesmo porque teve seu pedido de inscrição indeferido em 03/03/2010 (fl. 253), só vindo a optar em 01/01/2011, e nos períodos anteriores não consta opção pelo Simples Nacional, motivo pelo qual não pode atender ao pedido de que apurasse o ICMS exigido nos exercícios anteriores com base no regime simplificado.

No mérito apreciou que:

A infração 01 trata de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de dezembro de 2007 a dezembro de 2009.

Observe que sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, e foi fornecido ao defendente o Relatório Diário Operações TEF, conforme recibo à fl. do PAF.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, a autuante, na informação fiscal às fls. 1179/1180, disse que foram elaborados novos demonstrativos, conforme fls. 1181 a 1253, apurando os seguintes resultados: Exercício de 2007, ICMS devido R\$5.548,08 (fl. 1183); Exercício de 2008, ICMS devido R\$37.472,87 (fl. 1215); Exercício de 2009, ICMS devido R\$97.969,07 (fl. 1234). Demonstrativo de débito desta infração à fl. 1181.

Após a informação fiscal e novos demonstrativos elaborados pela autuante, o defendente não apresentou qualquer elemento para desconstituir o levantamento fiscal. Dessa forma, acato os novos cálculos apresentados pela autuante após a revisão efetuada.

De acordo com os novos demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 1181 a 1253) houve agravamento em virtude do aumento do valor do débito apurado em diversos meses, conforme se pode constatar pelo confronto do demonstrativo à fl. 1181 com o demonstrativo de débito original. Considerando que no julgamento é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, neste caso, deve ser mantida a parcela relativa ao valor lançado originariamente. Dessa forma, concluo que ficou parcialmente comprovada a infração apontada após a revisão efetuada pela autuante, sendo parcialmente subsistente a infração, no valor total de R\$130.634,37, conforme quadro indicado às fls. 1313 e 1314.

Infração 04: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2008 e dezembro de 2009, sendo exigida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$29.689,98.

Infração 05: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2008 e dezembro de 2009, sendo exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$88.699,84.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96), e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96).

O autuado alegou que nas hipóteses de recusa de recebimento de mercadorias, o adquirente sequer tem acesso às mercadorias recusadas e suas respectivas notas fiscais, motivo pelo qual não as registrou. Frisa que entre as notas fiscais apontadas como “não registradas” estão também notas fiscais de insumos necessários à sua atividade, como embalagens. Reitera a alegação de que as mercadorias acompanhadas pelas notas fiscais não registradas foram devolvidas aos remetentes, ainda em poder do transportador, sem sequer terem entrado no estabelecimento do impugnante. Disse que não houve a entrada física e nem a entrada contábil.

Afirmou que só conseguirá comprovar as devoluções das mercadorias mediante declarações dos fornecedores ou dos transportadores envolvidos em cada uma das operações. Como os fornecedores são todos de outros Estados, assim como parte dos transportadores, o autuado requereu um prazo mais dilatado para entrar em contato com cada um desses fornecedores e transportadores. Esse prazo de sessenta dias foi concedido, conforme diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, mas o defendente não apresentou os documentos solicitados.

No caso de devolução, o estabelecimento que devolver mercadorias deve emitir nota fiscal mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário; o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o ICMS. Em relação ao retorno de mercadorias, o estabelecimento que receber mercadoria em retorno que, por qualquer motivo não tenha sido entregue ao destinatário, deverá emitir Nota Fiscal por ocasião da entrada, com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário. Ou seja, quando há devolução ou retorno de mercadorias, tais fatos devem ser comprovados por meio do respectivo documento fiscal e escrituração fiscal.

Sobre o erro apontado pelo defendente quanto à infração 05, a autuante informou às fls. 272/274, que houve

erro na digitação da base de cálculo e, conseqüentemente, no valor da multa. Na base de cálculo consta o valor de R\$ 8.867.416,00 e multa de 1% no valor de R\$ 88.674,16. Disse que o valor correto é o constante do demonstrativo de fl. 38, sendo a base de cálculo correta R\$ 1.213,00 com multa de 1% no valor de R\$ 12,13.

No que diz respeito às notas fiscais citadas pelo autuado, alegando serem produtos totalmente diferentes daqueles comercializados pelo impugnante, por serem de outro time, e que tais mercadorias foram sumariamente recusadas e por isso não entraram no estabelecimento não tendo, portanto, nota fiscal de devolução, a autuante disse que a alegação do contribuinte é procedente, por isso elaborou um novo demonstrativo retirando as notas fiscais 17289 e 346829 referentes ao exercício de 2008 e 71274 e 4579 do exercício de 2009, fls. 264 a 267. Também informou que foi excluída a Nota Fiscal 272421 (fl. 270), referente a material de embalagem que foi incluída como mercadoria.

Em decorrência das alterações efetuadas, a autuante elaborou novo demonstrativo de débito fl. 273, com as seguintes informações: o valor da infração 04 sofreu alteração para R\$29.511,32, e a infração 05 sofreu alteração para R\$17,92.

Vale salientar, que após a informação fiscal o defendente foi intimado e apresentou a mesma alegação de que em relação às notas fiscais não lançadas, as mercadorias acompanhadas pelas referidas notas fiscais foram devolvidas aos remetentes, ainda em poder do transportador, sem sequer terem entrado no estabelecimento do impugnante. Entretanto, apesar de intimado com a concessão de prazo razoável, o defendente não apresentou qualquer comprovação.

Acato as informações apresentadas pela autuante e concluo pela subsistência parcial dessas infrações, de acordo com os valores apurados no demonstrativo de débito à fl. 273.

Face ao exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

| INFRAÇÃO | CONCLUSÃO | IMPOSTO | MULTA |
|----------|---------------------|------------|-----------|
| 01 | PROCEDENTE EM PARTE | 130.634,37 | - |
| 02 | PROCEDENTE | 819,65 | |
| 03 | PROCEDENTE | 21.601,58 | |
| 04 | PROCEDENTE EM PARTE | - | 29.511,32 |
| 05 | PROCEDENTE EM PARTE | - | 17,91 |
| TOTAL | - | 153.055,60 | 29.529,23 |

A 1ª JF recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª JF em razão de ter desonerado em parte os valores exigidos nas infrações 1, 4 e 5.

No que se refere à infração 1, que acusa omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento com pagamento em cartão de crédito ou de débito, verifico que a 3ª JF determinou a realização de diligência fiscal (fl. 1177), no sentido de confrontar os valores diários contidos em notas fiscal e no Relatório TEF.

A autuante na informação fiscal (fls. 1179/1180) promoveu os ajustes como foi determinado o que resultou no ajuste do débito relativo aos exercícios de 2007, 2008 e 2009, conforme demonstrativos às fls. 1183, 1215 e 1234, o que implicou no agravamento da infração com valor original de R\$136.053,91 que passou para R\$140.990,02, conforme demonstrativo acostado à fl. 1181.

Considerando o disposto no art. 156 do RPAF/BA, tendo ocorrido o agravamento do valor devido referente a infração 1, a 3ª JF elaborou demonstrativo de débito às fls. 1313/1314, limitando a exigência do valor mensal apurado em diligência ao que foi apurado no demonstrativo original, o que implicou na redução do débito de R\$136.053,91 para R\$130.634,37.

Pelo exposto, constato que a redução do débito decorreu de provas materiais juntadas com a defesa, que comprovaram a emissão de documentos fiscais com regularidade, relativos a operações com recebimento de pagamento por meio de cartão de crédito ou débito, que não tinha sido identificado no momento da autuação, mas que foram carreadas ao processo durante o seu saneamento, indicadas no Relatório TEF às fls. 757 a 1158. Por isso, considero correta a Decisão

com relação à infração 1.

Quanto à infração 4, que aplica multa de 10% sobre o valor das mercadorias não registradas, constato que o sujeito passivo acostou a defesa cópia das Notas Fiscais nºs 17289 e 346829 (2008) e 71274 às fls. 264 a 267, que comprovaram devolução das mercadorias, as quais foram excluídas pela autuante.

Com relação à Nota Fiscal nº 272421, o autuado argumentou que “*Há que se frisar ainda que entre as notas fiscais apontadas como ‘não registradas’ estão também notas fiscais de insumos necessários à atividade da impugnante, como embalagens, cujas cópias anexamos*” [fl. 270].

Por sua vez, a autuante no demonstrativo à fl. 291, reformulou de fls. 121 e 122, excluindo o valor relativo a mencionada nota fiscal, mesmo tendo a empresa reconhecido que não foi escriturada nos livros fiscais próprios, o que foi acatado na Decisão ora recorrida.

Apesar de a nota fiscal ter valor pouco relevante, base de cálculo de R\$1.489,98, em se tratando de aquisição de material de embalagem e não tendo sido escriturada nos livros fiscais, é cabível a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que o art. 42, IX da Lei nº 7.014/96 prevê multa de:

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Como a penalidade recai sobre mercadoria sujeita a tributação, entende-se que o material de embalagem enseja crédito fiscal a ser compensado nas operações subsequentes de mercadorias que foram tributadas, é cabível a aplicação da multa pela sua não escrituração, visto que o valor da aquisição da embalagem integra o custo da mercadoria, consequentemente, integra a base de cálculo da operação de venda subsequente. Logo, conclui-se que se trata de mercadoria sujeita a tributação que tenha entrado no estabelecimento.

Por isso, tomo como base o demonstrativo da autuante de fls. 275 e 291, e faço a inclusão do valor devido relativo a Nota Fiscal nº 272421, o que resulta em valor devido de R\$29.665,31 e não de R\$29.511,32 como indicado na Decisão, conforme resumo abaixo:

| Data Ocorr | Data vcto | Nota fiscal | Valor R\$ | Fl. | Observação |
|------------|------------|-------------|-----------|-----|------------------------|
| 31/12/2008 | 09/01/2009 | | 8.963,50 | 275 | |
| | | | 20.547,82 | 291 | Apurado pela diligente |
| | | 272421 | 148,99 | 270 | NF não registrada |
| 31/12/2009 | 09/01/2010 | | 20.696,81 | | |
| Total | | | 29.660,31 | | |

Quanto à infração 5, que aplica multa relativa a não registro na escrita fiscal de mercadorias não tributáveis que deram entrada no estabelecimento, o valor autuado foi de R\$88.699,84.

Constato que na defesa apresentada, o sujeito passivo alegou que houve erro na apuração do valor da multa aplicada, o que foi reconhecido pela autuante na informação fiscal, pela redução do débito de R\$88.699,84 para R\$17,91 (fls. 272/273).

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que:

- No demonstrativo original à fl. 38, a fiscalização apurou no exercício de 2008, base de cálculo de R\$88.674,16 na infração 4 (multa de 10%) e base de cálculo de R\$1.213,00 na infração 5 (multa de 1%), o que resultou em valores devidos respectivos de R\$8.867,41 e R\$12,13.
- O valor de R\$8.867,41 foi transportado para o demonstrativo de débito da infração 4 corretamente. Entretanto, foi transportado para a infração 5 o valor de R\$88.674,41 que corresponde a base de cálculo da multa de 10% que foi apurado na infração 4.

Assim sendo, conforme reconhecido pela autuante a base de cálculo da multa de 1% da infração 8 é de R\$1.213,00 conforme demonstrativo à fl. 38 e o valor da multa para o exercício de 2008 é de R\$12,13 (1%), que com a exclusão da Nota Fiscal nº 4579 relativo a devolução (fls. 267 e 121), resulta em valor devido no exercício de 2009 de R\$5,79 relativo a Nota Fiscal nº 15286, totalizando

valor devido na infração 5 de R\$17,91.

Dessa forma, considero correta a Decisão, quanto aos valores remanescentes julgados da infração 5.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, com alteração do valor da infração 4 de R\$29.511,32 para R\$29.665,31.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110120.0001/10-8**, lavrado contra **JEFFERSON NAGATA BRITO (CASA DO TRICOLOR)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$153.055,60**, acrescido das multas de 50% sobre R\$819,65; 60% sobre R\$21.601,58 e 70% sobre R\$130.634,37, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$29.678,22**, prevista nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS