

A. I. N° - 207160.0001/11-3  
AUTUADO - TOTAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 18.03.15

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0024-02/15**

**EMENTA: ICMS.** 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Diligência Fiscal realizada pela ASTEC/CONSEF constatou que para o argumento defensivo é pertinente. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente mantida. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração reconhecida. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO MENOS. Diligência Fiscal realizada pela ASTEC/CONSEF constatou que para o argumento defensivo é pertinente. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente mantida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações comprovadas. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Infração reconhecida. Rejeitada arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2011, exige ICMS, no valor histórico de R\$243.538,44, decorrente de:

Infração 01 – 01.02.05 - Utilizou indevidamente Crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Valor de R\$63.522,79.

Infração 02 – 02.01.01 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor de R\$ 1.119,10

Infração 03 – 03.01.01 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Valor de R\$28.850,89.

Infração 04 – 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas relacionadas no anexo 88. Valor de R\$ 14.747,95

Infração 05 – 07.01.02 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas relacionadas no anexo 88. Valor de R\$26.489,98

Infração 06 – 16.12.15 - Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Valor de R\$ 108.807,73.

O autuado apresentou defesa, fls. 2.089 a 2.110, expondo argumentos por infração.

Infração 01- Reconhece parcialmente, alegando que o auditor não verificou que no mês de Janeiro de 2007, houve o aproveitamento de crédito de ICM no valor de R\$45.894,86 relativo a NF 29326 do dia 26/01/2007, de emissão do próprio contribuinte, para dar entrada em seu estabelecimento de mercadorias estocadas e não transportadas, conforme NF de nº 2503 emitida em 21/08/2006 como devolução de mercadorias a empresa MAXIMILIANO GAIDZINKI S/A – IND. ELIANE, mercadorias não coletada pela transportadora, e, tributada normalmente no mês mencionado.

Infração 02 – Reconheceu integralmente.

Infração 03- Reconheceu parcialmente, pelos seguintes motivos:

MARÇO/2007 – o auditor não considerou o saldo credor do mês de Fevereiro/07 no valor de R\$6.267,79, nem a antecipação parcial creditada no mês de Março/07 relativo aos pagamentos realizados no mês de Fevereiro/07 (DAE ICM ANTECIPACAO PARCIAL), no valor de R\$ 6.053,27, totalizando R\$ 12.321,06, apurando-se um pagamento a maior efetivado pelo contribuinte no valor de R\$ 683,52. Anexamos, para comprovação, livro de apuração – DAE e DMA.

ABRIL/2007 – o auditor não considerou o crédito da antecipação parcial do mês de Abril/07 relativo aos pagamentos realizados no mês de Março/07 (DAE ICM ANTECIPAÇÃO PARCIAL), no valor de R\$ 3.447,10, mais o incentivo FAZATLETA no valor de R\$ 1.200,68, totalizando o valor de R\$ 4.647,78, conforme livro de apuração – DAE e DMA anexo.

MAIO/2007 – o auditor não considerou o crédito da antecipação parcial do mês de Maio/07 relativo aos pagamentos realizados no mês de Abril/07 (DAE ANTECIPAÇÃO PARCIAL) no valor de R\$3.517,33, nem do incentivo FAZATLETA no valor de R\$ 832,79, totalizando o valor de R\$ 4.350,12, portanto, o contribuinte reconhece um pagamento a menor no valor de R\$ 351,74, conforme livro de apuração – DAE e DMA anexo.

JUNHO/2007 – o auditor não considerou o crédito do incentivo FAZATLETA no valor de R\$2.179,56, conforme livro de apuração – DAE e DMA anexo.

AGOSTO/2007 – o auditor não considerou o crédito do incentivo FAZATLETA no valor de R\$2.315,75. O contribuinte recolheu a maior o valor de R\$ 777,78, conforme livro de apuração e DMA anexo.

SETEMBRO/2007 – o auditor não considerou o crédito do incentivo FAZATLETA no valor de R\$3.238,46.O contribuinte recolheu a maior o valor de R\$ 17,51, conforme livro de apuração e DMA anexo.

OUTUBRO/2007 – Reconhece o recolhimento a menor de R\$ 0,01.

DEZEMBRO/2007 – Reconhece o recolhimento a menor de R\$ 41,54.

	<b>Pagto</b>	<b>Pagto</b>
	<b>a maior</b>	<b>a menor</b>
<b>mar/07</b>	<b>683,52</b>	-
<b>abr/07</b>	-	-
<b>mai/07</b>	-	<b>351,74</b>
<b>jun/07</b>	-	-
<b>ago/07</b>	<b>777,78</b>	-
<b>set/07</b>	<b>17,51</b>	-
<b>out/07</b>	-	<b>0,01</b>
<b>dez/07</b>	-	<b>41,54</b>
<b>totais</b>	<b>1.478,81</b>	<b>393,29</b>

Infração 04 – não reconhece, pois o auditor não verificou no conta corrente da Secretaria da Fazenda que o contribuinte efetivou denúncia espontânea com o respectivo parcelamento no

valor de R\$63.056,30 no dia 22/02/2010, relativo a antecipação do anexo 88 do período auditado, cópia do parcelamento anexo.

Infração 05 – não reconhece, pois o auditor não verificou no conta corrente da Secretaria da Fazenda que o contribuinte efetivou denuncia espontânea e o respectivo parcelamento no valor de R\$ 63.056,30 no dia 22/02/2010, relativo a antecipação dos anexos 88 e 89 do período auditado, cópia do parcelamento anexo.

Infração 06 – não reconhece, alegando que o prazo para a apresentação dos arquivos magnéticos fora prorrogado pelo próprio auditor fiscal, e que no dia 01/04/2011, deu ciência num pedido do contribuinte para que fosse prorrogado o prazo de entrega dos citados arquivos para o dia 02/05/2011, (cópia anexo), o que foi devidamente cumprido, conforme recibos de transmissão anexo. Diz que compreender a aplicação da multa uma vez que o próprio fiscal autuante apôs o seu “ciente” em um ÚNICO pedido de prorrogação de prazo para entrega dos arquivos magnéticos. Pelo contrário, ao receber o pedido, se a intenção do fiscal fosse a de rejeitar o pleito deveria ter comunicado a empresa imediatamente, quando do recebimento, e não apondo a sua concordância tácita com a prorrogação pleiteada.

Aduz que a multa é ilegal e que houve erro de capitulação, transcrevendo o dispositivo abaixo:

*"Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.".*

Frisa que, por seu turno, com amparo artigo 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da lei nº 7.014/96, alterada pela lei nº 9.159/04, o fiscal aplicou a multa de 1% (um por cento) sobre o valor das entradas de mercadorias da impugnante. Contudo o dispositivo legal aduzido assim determina:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

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:

g) R\$ 46,00 (quarenta e seis reais):

*1. à empresa credenciada que:*

*1.1. extraviar etiqueta ou lacre fornecido pela Secretaria da Fazenda para instalação em equipamento de controle fiscal, aplicando-se a penalidade por cada lacre ou etiqueta extraviada;*

*1.2. emitir Atestado de Intervenção Técnica em ECF com informação inexata, aplicada a penalidade por cada atestado;*

Sustenta que da leitura dos dispositivos legais supra transcritos, verifica-se, com clareza solar, que o dispositivo legal tido por infringido pelo fiscal foi totalmente equivocado, sendo que a fiscalização deveria lavrar notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, haja vista que o relatório fiscal é a peça essencial para propiciar a ampla defesa e a adequada análise da correção da multa aplicada.

Argumenta que o Código Tributário Nacional (CTN) atribui responsabilidade ao fiscal que lavra o auto. Vez que a empresa não consegue se defender por não conseguir entender do que é acusada.

Requer a exclusão das multas, alegando não ter ocorrido dolo ou má-fé, tratando-se assim de mero equívoco escritural.

Frisa que a multa é descabida, excessiva e inconstitucional, transcrevendo doutrina e jurisprudência de outros tribunais.

Ao final, requer que seja o auto de infração declarado nulo, porquanto eivado de irregularidades, ou, em caso de entendimento diverso, seja julgado improcedente, vez que inexiste irregularidade fiscal a respaldar a imputação, com a imprescindível declaração de inexistência da pretensa relação obrigacional tributária. Protesta, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

O autuante, às fls. 2.188 e 2.192 dos autos, apresenta a informação fiscal, em relação a infração 01, aduz que mantém a autuação em parte, pois constatou que houve outros créditos que não foram considerados no levantamento inicial, assim como foram excluídos alguns que não procediam, tendo elaborado novo demonstrativo para a infração. Entretanto, aduz que em relação a parte impugnada, não acata, tendo em vista que a operação descrita pela defesa não foi comprovada mediante escrituração da suposta nota fiscal e devolução em livros fiscais próprios, onde a mesma apresenta uma nota fiscal de sua emissão dando entrada no estabelecimento de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cuja utilização de crédito fiscal é vedada por lei. Entende que, se o fato realmente teria ocorrido, deveria ter sido feito o estorno de débito no livro Registro de Apuração do ICMS.

Quanto a infração 03, refuta a defesa destacando que o demonstrativo do ANEXO 1 relata toda a situação, comprovada através dos documentos apensos ao PAF, fls. 28 a 56 e 80 a 117. Ressalta que o livro Registro de Apuração do ICMS apresentados no curso do procedimento fiscal está em desacordo com as cópias aduzidas na impugnação, assim como as DMA`s correspondentes.

Relativamente as infrações 04 e 05, informa que não acata o argumento defensivo de que a fiscalização não teria considerado a Denúncia Espontânea, destacando que os valores foram considerados na coluna 9 do demonstrativo fiscal, fls. 57 a 65. Salienta que em maio de 2008 foi realizada uma retificação de R\$3.383,12 para R\$2.383,12.

No tocante a infração 06, frisa que a multa aplicada estão prevista no Regulamento do ICMS. Ressalta que o autuado foi intimado em 22/02/2011, fls. 77 a 79, tendo o prazo vencido em 24/03/2011, e após vencimento o contribuinte tentou uma diliação do prazo em 30 (trinta) dias, o que não foi aceito pela autoridade tributária, na figura do Inspetor Fazendário. Informa, ainda, que os anexos relativos à intimação encontram-se inseridos nos autos às folhas 1.794 a 2.079.

Ao final, requer a manutenção parcial da infração.

O PAF foi convertido em diligência para que o fiscal autuante anexasse aos autos os levantamentos e demonstrativos da revisão fiscal em relação a infração 01, conforme destacado em sua informação fiscal, a qual opinou pela procedência parcial da infração.

Às folhas 2.204 a 2.217 o autuante acostou demonstrativos.

O autuado foi intimado, fl. 2.199, para se manifestar sobre a informação fiscal, tendo recebido cópia da mesma e dos documentos acostados.

À folha 2.220 o autuado diz que reitera os termos de sua defesa.

O PAF foi convertido em nova diligência para que o fiscal autuante esclarece que houve redução em relação aos valores da infração 01 e, em caso positivo, anexasse aos autos os levantamentos e demonstrativos da revisão fiscal, na mesma formatação dos originais, fls. 13 a 26.

À folha 2.227 o autuado informa que houve alteração nos valores da infração 01, conforme demonstrativos acostados aos autos, cujos valores a serem cobrados encontram-se listados nas coluna 4 dos anexos 1.2 e 2.2, folhas 2.235 referente ao exercício de 2007 e 2.243 referente ao exercício de 2008, conforme abaixo:

MESES	ICMS DEVIDO 2007	ICMS DEVIDO 2008
JANEIRO	48.497,69	714,71
FEVEREIRO	195,62	1.343,33
MARÇO	280,03	532,45
ABRIL	190,67	841,95
MAIO	1.446,87	1.080,61
JUNHO	273,09	1.181,21
JULHO	443,27	478,70
AGOSTO	706,60	765,27
SETEMBRO	88,09	468,71

OUTUBRO	344,41	408,91
NOVEMBRO	1.316,30	766,41
DEZEMBRO	136,42	0,00
TOTAL	53.919,06	8.582,26

Salienta que após a revisão ficou constatado que em alguns meses foram cobrados valores a menos que o devido, havendo necessidade de lavratura de Auto de Infração complementar, conforme coluna 5 dos referidos anexos.

O autuado foi intimado, fl. 2.245, para se manifestar sobre a nova informação fiscal, tendo recebido cópia da mesma e dos documentos acostados.

À folha 2.249 informa que ratifica a defesa anterior.

O PAF foi convertido em nova diligência, fls. 2.255 e 2.256, desta vez para ASTEC/CONSEF, para confrontar os levantamentos fiscais com os livros e documentos para verificar se procedem ou não os argumentos defensivos em relação as infrações 01 e 03, listados às folhas 2.255 e 2.256. Solicitado ainda, a elaboração de novos demonstrativos, se necessário.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 110/2013 às fls. 2.257 a 2.263 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, o procedimento do autuado e do autuante e de como foi realizado o trabalho diligencial, frisando que solicitou que o contribuinte apresentasse documentação e explicação envolvendo as infrações 01 e 03, conforme intimação anexada ao PAF, entretanto, afirma que apenas parte do que solicitou foi apresentado pelo autuado (documentação apresentada está anexada a este Parecer), o que impediu de analisar parte dos pontos levantados no pedido de diligencia de fls. 2.255/2.256. Com base tanto no que já constava dos autos, como também no que foi apresentado pelo contribuinte no curso da diligencia, conseguiu chegar às conclusões abaixo descritas.

Infração 01 - Quanto à Nota Fiscal de saída nº 25030, emitida pelo autuado em 21/08/06 a título de devolução de mercadorias para a empresa MAXIMILIANO GAIOZINKI S/A – IND. ELIANE, e quanto à Nota Fiscal de entrada nº 29326, emitida pelo autuado no dia 26/01/07, para fins de dar cobertura à entrada, no seu próprio estabelecimento, das mercadorias discriminadas na NF nº 25030 (que não foram retiradas pelo cliente e nem coletadas pela transportadora), a explicação dada pelo contribuinte acerca dos valores de crédito fiscal destacados nas mesmas foi a seguinte: “A diferença de alíquotas entre as duas notas fiscais acima foi devido que uma nota fiscal foi aplicado alíquota de 7% (sete por cento) e em outra alíquota de 18% (dezoito por cento)”. – Esta explicação por escrito está anexada a este parecer.

Diz que, considerando que ambas as notas fiscais ora em análise têm como base de cálculo o valor de R\$254.971,43 (e assim deveria ser, já que tratam elas exatamente das mesmas mercadorias), isto indica, então, que o autuado, relativamente à NF de saída nº 25030, destacou de imposto a quantia de  $R\$254.971,43 \times 7\% = R\$17.848,00$ , enquanto que, relativamente à NF de entrada nº 29326, foi destacado o imposto no valor de  $R\$254.971,43 \times 18\% = R\$45.894,84$ . Ou seja, ao dar entrada às mercadorias no seu estabelecimento, o contribuinte acabou destacando um ICMS em valor superior àquele que foi destacado quanto da emissão da NF de saída original e anterior. E esta diferença a maior foi no valor de  $R\$45.894,84 - 17.848,00 = R\$ 28.046,84$ .

Infração 03 - inicialmente, registra que o autuante baseou a exigência do imposto (infração 03) na própria escritura fiscal do autuado (livro RAICMS – Registro de Apuração do ICMS), a qual foi acostada aos autos às fls. 32 e seguintes.

Quanto aos valores envolvendo o inventivo FAZATLETA em diversos meses, o contribuinte, apesar de intimado, não apresentou qualquer documentação a respeito envolvendo os meses objeto da autuação, impedindo, assim, uma análise técnica da questão por esta ASTEC.

No que se refere às alegações feitas na impugnação, no sentido de que o autuante não teria considerado diversos valores de crédito fiscal (saldo credor de mês anterior e/ou pagamento de antecipação parcial), estas alegações se referem, especificamente, aos seguintes meses e valores:

- MARÇO/07 - saldo credor de fev/07 no valor de R\$6.267,79 e pagamento de antecipação parcial feito no mês de fev/07 no valor de R\$6.053,27.
- ABRIL/07 - pagamento de antecipação parcial feito no mês de mar/07 no valor de R\$3.447,10
- MAIO/07 - pagamento de antecipação parcial feito no mês de abr/07 no valor de R\$3.517,33

Quanto ao mês de MARÇO/07, observa que na própria documentação que o autuado lhe apresentou durante a realização da diligência (EM ANEXO), consta o livro RAICMS do mês de fev/07, e lá não indica qualquer saldo credor para ser transportado para o mês subsequente, ou seja, para o de mar/07. Ainda quanto ao mês de MARÇO/07, não encontrou nos autos, o suposto DAE referente a recolhimento de antecipação parcial no valor de R\$6.053,27. Cabe ainda dizer que, apesar de ter solicitado por intimação os DAE's referentes aos meses de fev/07 a out/07, o autuado não apresentou qualquer um destes.

No que se refere ao mês de ABRIL/07, diz que há de fato cópia de DAE à fl. 2.127 dos autos, indicando o recolhimento de antecipação parcial no valor principal de R\$3.447,10, tendo como referência o mês de mar/07, e tendo sido o imposto recolhido no dia 25/abril/07. Assim, esse valor constitui-se em crédito fiscal a favor do contribuinte, e poderia ter sido aproveitado a partir do mês de ABR/07, considerando a data em que o mesmo foi recolhido aos cofres estaduais (art. 101, §4º, do RICMS/97).

Relativamente ao mês de maio/07, diz que há de fato cópia de DAE à fl. 2.134 dos autos, indicando o recolhimento de antecipação parcial no valor principal de R\$3.517,33, tendo como referência o mês de mai/07, e tendo sido o imposto recolhido no dia 25/maio/07.

Ressaltou que a cópia do livro Registro de Apuração apresentada na impugnação é diferente da acostada aos autos pelo autuante.

Diante do explicado acima, e tendo em vista os meses objeto da autuação (infração 03), pode-se concluir que o contribuinte faria jus ao crédito fiscal de R\$3.447,10 no mês de ABR/07, por força do DAE de fl. 2.127, bem como ao crédito fiscal de R\$3.517,33 no mês de MAI/07, por força do DAE de fl. 2.134. Portanto, em sendo aceitos os créditos fiscais de R\$3.447,10 (ABR/07) e de R\$3.517,33 (MAI/07), o valor total da infração 03 reduz de R\$28.850,89 para R\$21.886,46.

O autuado recebeu cópia do resultado da diligência e foi intimado para se manifestar.

Às folhas 2.323 e 2.324, foi acostado Termo de Confissão de Dívida relativo ao valor integral da infração 06.

Em nova manifestação defensiva, fl. 2.329, o autuado informa que quitou integralmente o valor da infração 06. Em relação ao Parecer ASTEC diz não concordar com o mesmo e que reitera suas alegações anteriores.

O autuante foi cientificado sobre o Parecer ASTEC, entretanto não se manifestou.

#### **VOTO**

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto e aplicando multa decorrente de 06 (quatro) infrações.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu integralmente as infrações 02 e 06, tendo inclusive realizado o respectivo recolhimento dos valores. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputações, estando caracterizadas.

Assim, no caso em tela a lide persiste em relação as infrações 01, 03, 04 e 05, as quais passo a analisar.

Em relação a argüição de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza e fundamentação as infrações imputadas, indicando os dispositivos legais, os levantamentos fiscais e documentos que embasaram o Auto de Infração, em plena observância ao direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação. Ademais, cabe ressaltar que o autuado reconheceu parte dos valores autuados, tendo realizado o pagamento respectivo.

No mérito, na infração 01 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

Em sua defesa o autuado reconheceu parcialmente o valor autuado, alegando que o auditor não verificou que no mês de Janeiro de 2007, houve o aproveitamento de crédito de ICMS no valor de R\$ 45.894,86 relativo a NF 29326 do dia 26/01/2007, de emissão do próprio contribuinte, para dar entrada em seu estabelecimento de mercadorias estocadas e não transportadas, conforme NF de nº 2503 emitida em 21/08/2006 como devolução de mercadorias a empresa MAXIMILIANO GAIDZINKI S/A – IND. ELIANE, mercadorias não coletada pela transportadora, e, tributada normalmente no mês mencionado.

Entendo que tal argumento defensivo deve ser parcialmente acolhido, uma vez que analisando os demonstrativos que embasaram a autuação, apesar da acusação ter imputado ao autuado a falta de recolhimento da antecipação tributária, constatei que o fiscal apontou a falta de apresentação no documento fiscal na planilha acostada à folha 13 dos autos, mais precisamente na coluna 6, na qual consta com título “**DOCTO NÃO APRESENTADO**”, indicando o ICMS devido no valor de R\$45.894,86, referente ao mês de janeiro de 2007.

Também observei que o autuante, ao revisar o levantamento fiscal, fls. 2.228 dos autos, apesar da defesa ter apresentado a referida documentação fiscal, manteve a mesma situação da documentação anterior, qual seja: na coluna 6, na qual consta com título “**DOCTO NÃO APRESENTADO**”.

Por sua vez, o autuado comprovou que o ICMS no valor de R\$ 45.894,86 relativo a Nota Fiscal 29326, fl. 2.114, com data de emissão de 26/01/2007, portanto, antes da ação fiscal, conforme consta no corpo do referido documento fiscal o mesmo foi emitido em razão: “*ENTRADA PARA ESTORNO DA NF2503 TRANSPORTADORA NÃO COLETOU O PRODUTO.*”

Ressalto que o número correto da nota fiscal objeto do estorno é o número 25030, fl.2.115, acostada pela defesa, conforme se observa dos demais dados consignados em ambos os documentos.

Da análise da Nota Fiscal nº 25030, constata-se que consta no Campo OBSERVAÇÕES: “*DEVOLUÇÃO PARCIAL REF. A NF 174840/174842/174843/174839/174844/174845/174846/192660/192664/*”.

Ocorre que a Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, constatou que o autuado ao dar entrada nas mercadorias no seu estabelecimento, destacando um ICMS em valor superior àquele que foi destacado quanto da emissão da NF de saída original e anterior. E esta diferença a maior foi no valor de R\$45.894,84 – R\$17.848,00 = R\$ 28.046,84. Assim, na ocorrência referente ao mês de janeiro de 2007 deve ser deduzido o valor de R\$17.848,00, o qual o contribuinte teria direito ao crédito.

Considerando que o valor consignado no demonstrativo de débito à folha 2.235 dos autos é de R\$48.497,69 deve ser abatido o valor de R\$17.848,00, fica o valor da ocorrência reduzido para R\$30.649,69

Assim, a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$44.653,32, conforme abaixo:

MESES	ICMS DEVIDO
JAN/07	30.649,69

FEV/07	195,62
MAR/07	280,03
ABR/07	190,67
MAI/07	1.446,87
JUN/07	273,09
JUL/07	443,27
AGO/07	706,60
SET/07	88,09
OUT/07	344,41
NOV/07	1.316,30
DEZ/07	136,42
JAN/08	714,71
FEV/08	1.343,33
MAR/08	532,45
ABR/08	841,95
MAI/08	1.080,61
JUN/08	1.181,21
JUL/08	478,70
AGO/08	765,27
SET/08	468,71
OUT/08	408,91
NOV/08	766,41
DEZ/08	0,00
<b>TOTAL</b>	<b>44.653,32</b>

Na infração 03 é imputado ao autuado o recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro do ICMS, no valor de R\$28.850,89.

Em sua defesa o autuado alegou que o autuante não teria considerado os valores referentes ao incentivo do FAZATLETA, em diversos meses. Também não teria considerado em relação ao mês março/07 o saldo credor de fev/07 no valor de R\$6.267,79 e pagamento de antecipação parcial feito no mês de fev/07 no valor de R\$6.053,27. No mês de abril/07 não teria considerado o pagamento de antecipação parcial feito no mês de mar/07 no valor de R\$3.447,10 e, em relação maio/07, pagamento de antecipação parcial feito no mês de abr/07 no valor de R\$3.517,33.

Na informação fiscal o autuante não acatou nenhum dos argumentos defensivos.

Ocorre que o PAF foi convertido em diligência, a qual foi realizada por auditor fiscal da ASTEC/CONSEF.

Em relação aos supostos créditos do FAZATLETA, o contribuinte, apesar de intimado, durante a realização da diligência, não apresentou qualquer documentação a respeito envolvendo os meses objeto da autuação, impedindo, assim, uma análise técnica da questão por esta ASTEC. Sem a apresentação de documentos para comprovar o direito do crédito fiscal, o mesmo deve ser estornado, como foi realizado pelo autuante. Portanto, o procedimento fiscal foi corretamente realizado. Ficam mantidos os valores autuados.

Quanto ao mês de MARÇO/07, como bem observou o diligente, na própria documentação que o autuado lhe apresentou consta o livro RAICMS do mês de fev/07, e lá não indica qualquer saldo credor para ser transportado para o mês subsequente, ou seja, para o mês de mar/07. Ainda quanto ao mês de MARÇO/07, não encontrou nos autos, o suposto DAE referente a recolhimento de antecipação parcial no valor de R\$6.053,27. Cabe ainda dizer que, apesar de o autuante ter solicitado por intimação os DAE's referentes aos meses de fev/07 a out/07, o autuado não apresentou qualquer um destes. Portanto, não cabe ser acolhido o pedido do contribuinte. Fica mantido o valor autuado.

No que se refere ao mês de ABRIL/07, há de fato cópia de DAE à fl. 2.127 dos autos, indicando o recolhimento de antecipação parcial no valor principal de R\$3.447,10, tendo como referência o mês de mar/07, e tendo sido o imposto recolhido no dia 25/abril/07. Assim, tal valor deve ser abatido da autuação.

Relativamente ao mês de maio/07, há de fato cópia de DAE à fl. 2.134 dos autos, indicando o recolhimento de antecipação parcial no valor principal de R\$3.517,33, tendo como referência o mês de mai/07, e tendo sido o imposto recolhido no dia 25/maio/07. Assim, tal valor deve ser abatido da autuação.

Assim, a infração 03 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$21.886,46, conforme abaixo:

MESES	ICMS DEVIDO
MAR/07	11.637,54
ABR/07	1.200,68
MAI/07	1.184,53
JUN/07	2.179,57
AGO/07	2.402,18
SET/07	3.240,41
NOV/07	0,01
DEZ/07	41,54
TOTAL	21.886,46

Na infração 04 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas relacionadas no Anexo 88 do RICMS. Já na infração 05 é imputado ao autuado ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas relacionadas no Anexo 88.

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que o auditor não verificou na conta corrente da Secretaria da Fazenda que o contribuinte efetivou denúncia espontânea com o respectivo parcelamento no valor de R\$63.056,30 no dia 22/02/2010, relativo a antecipação do anexo 88 do período auditado.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, pois nos demonstrativos da fiscalização, fl. 57 para o exercício de 2007 e fl.65 para o exercício de 2008, comprovam que foram considerados os valores constantes da Denúncia espontânea, portanto, o valor autuado é o correto em relação as infrações 04 e 05. Infrações mantidas.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$217.704,54, conforme abaixo, homologando-se os valores efetivamente recolhidos:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	V. HISTÓRICO DEVIDO APÓS JULGAMENTO
1	PROCEDENTE EM PARTE	44.653,32
2	PROCEDENTE	1.119,10
3	PROCEDENTE EM PARTE	21.886,46
4	PROCEDENTE	14.747,95
5	PROCEDENTE	26.489,98
6	PROCEDENTE	108.807,73
TOTAL		217.704,54

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207160.0001/11-3, lavrado contra **TOTAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$108.896,81**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.119,10, e de 60% sobre R\$107.777,71, previstas no art. 42, I, “a”, II, “b”, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$108.807,73**, prevista no inciso XIII-A, “j”, do mesmo diploma legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - JULGADOR