

PROCESSO - A. I. Nº 206837.0006/12-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CASA DOS VINHOS LTDA. (EMPÓRIO SALVADOR) - EPP
RECORRIDOS - CASA DOS VINHOS LTDA. (EMPÓRIO SALVADOR) - EPP e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0239-04/15
ORIGEM - INFAZ/VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/10/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0200-11/16

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR. **a)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Infração parcialmente elidida, face apresentação de elementos probatórios contrários à autuação. **b)** IMPOSTO DESTACADO EM NOTAS FISCAIS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS. Efetuada a devida retificação do valor originalmente lançado pelo autuante, subsistindo parcialmente a infração. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Comprovação de ter a empresa aplicado devidamente a redução de base de cálculo prevista para as operações à época, diante de sua condição de contribuinte atacadista. Infração insubsistente. 3. LIVROS FISCAIS. **a)** RAICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias escrituradas. Comprovado erro na apuração do débito, resultando na alteração do valor pelo autuante. **b)** REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Demonstrada, através dos documentos e livros fiscais, a procedência da infração. 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. BENEFÍCIOS FISCAIS. DECRETO Nº 7.799/00. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado que a empresa autuada, à época dos fatos geradores encontrava-se na condição de atacadista de bebidas, é possível a redução de base de cálculo de 55,55% prevista no artigo 3º-F do Decreto 7.799/00. Infração insubsistente. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE PAGAMENTO DAS ENTRADAS NÃO CONTABILIZADAS COM RECURSOS DECORRENTES DE OPERAÇÕES ANTERIORES DE SAÍDAS TAMBÉM NÃO CONTABILIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ajustados os valores do lançamento, em função de documentos trazidos pelo contribuinte. Infração 7 subsistente. **b)** 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 de parte das receitas informadas das vendas registradas em cartão de crédito e débito pelas administradoras do cartão. Considerando que as infrações 7 e 9 decorrem de exigência do imposto por presunção, deve levar em conta que o valor da infração 9, absorve o valor da infração 7. Reformada a Decisão pela procedência em parte da infração 9, que absorve a base de cálculo da infração 7. **6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações caracterizadas, reconhecidas pelo impugnante. **7. LIVROS CONTÁBEIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. LIVRO DIÁRIO E LIVRO RAZÃO.** Infração comprovada e não contestada. **8. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. INFORMAÇÕES INCORRETAS. MULTA.** A não especificação de quais seriam as informações tidas como incorretas, leva à nulidade da infração. **9. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS DO ICMS.** Falta de escrituração não comprovada nos livros contábeis, condição possível para a cobrança de imposto. Infração insubsistente. **10. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Responsabilidade do adquirente em relação às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, entradas no estabelecimento. Comprovados os recolhimentos. Infração insubsistente. **11. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO.** Infração não elidida, não se podendo falar em *bis in idem*. Reduzida para 1% a multa de 10% aplicada para as mercadorias sujeitas à tributação, com fundamento na alteração promovida pela Lei nº 13.461/15 no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com a adoção da retroatividade benigna, nos termos da alínea "c", inciso II do art. 106 do CTN. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão não unânime. Vencido o voto do relator em relação aos itens 7 e 9. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0239-04/15), que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$388.701,19,

tendo em vista a constatação de 16 (dezesesseis) irregularidades a seguir discriminadas:

*Infração 01. **02.01.01** Deixar de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, totalizando R\$30.204,67, ocorrências constatadas nos meses de janeiro e dezembro de 2008, aplicada multa de 50%.*

*Infração 02. **02.01.04** Deixar de recolher, no prazo regulamentar, ICMS correspondente a imposto destacado em Notas Fiscais relativas a operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização do crédito, no valor de R\$203,46, correlato aos meses de maio a julho, novembro e dezembro de 2008, além da multa de 60%.*

*Infração 03. **03.02.02** Recolher a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, fatos verificados nos meses de janeiro a maio, junho a agosto e novembro de 2009, no montante de R\$ 559,43, aplicada multa de 60%.*

*Infração 04. **03.02.02** Recolher a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, que totaliza R\$ 435,19, para fatos constatados no exercício de 2008, aplicada multa de 60%.*

*Infração 05. **03.02.04** Recolher a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no total de R\$ 37.960,41, para ocorrências verificadas nos meses de fevereiro e março de 2008, aplicada multa de 60%.*

*Infração 06. **03.02.06** Recolher a menor ICMS em razão da utilização indevida de redução da base de cálculo, importando em R\$ 13.709,87, no exercício de 2008, multa de 60%.*

*Infração 07. **04.05.02** Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e respectiva escrituração, decorrente da ausência de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, importando em R\$63.556,16, multa de 70%, constatada no exercício de 2008.*

*Infração 08. **04.05.03** Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no exercício de 2008, sendo lançada multa de R\$50,00.*

*Infração 09. **04.05.03** Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no valor de R\$191.507,35, apurada nos meses de janeiro a dezembro de 2008, sendo lançada multa de 70%.*

*Infração 10. **07.01.01** Deixar de efetuar o 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 nos anexos 88 e 89, no total de R\$3.478,41 e multa de 60%.*

*Infração 11. **07.15.01** Deixar de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, sendo lançada a alíquota de 1%, sobre os valores das entradas, além da multa de 60%, o que importa em débito de R\$8.070,77, gerado nos meses de janeiro e agosto de 2008.*

*Infração 12. **16.01.01** Dar entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo cominada penalidade de 10% sobre as operações omitidas, resultando em R\$14.339,51, em dezembro de 2008.*

*Infração 13. **16.01.02** Dar entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, identificadas através do sistema CFAMT notas fiscais não escrituradas no Livro de Registro de Entradas de Mercadorias, sendo aplicada penalidade de 1% sobre as operações omitidas, o que redonda em débito de R\$683,35, no mês de dezembro de 2008.*

*Infração 14. **16.02.01** Deixar de apresentar comprovantes de operações ou prestações contabilizadas quando intimado. Consta que o contribuinte não apresentou os Livros Diário e Razão, além das Demonstrações Financeiras e Patrimoniais, alegando, após sucessivas intimações, extravio dos livros e documentos, o que levou à cobrança de penalidade de R\$460,00, ocorrência de dezembro de 2008.*

*Infração 15. **16.02.01** Declarar incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA. Segundo informação do autuante, o contribuinte omitiu informações fiscais nas DMAs, especialmente nos meses de janeiro, fevereiro, março, setembro, outubro, novembro e dezembro, inibindo a identificação de omissões de ICMS, com lançamento de penalidade por descumprimento de obrigação acessória de R\$140,00, lançamento em dezembro de 2008.*

*Infração 16. **02.01.02** Deixar de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não*

escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta informação de que o contribuinte deixou de escriturar, no Livro Registro de Entradas, as Notas Fiscais 36.949 e 36.950, ambas de 23/01/2008 e 60.840, de 22/08/2008 com a consequente presunção de Omissão de Saídas, no valor de R\$1.865,62, com aplicação de multa de 70%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 406/420 e após os trâmites legais, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa na seguinte literalidade:

“O lançamento constitui-se em dezesseis infrações arroladas pela fiscalização, objeto da contestação por parte do sujeito passivo, exceto as de número 08, 11, 13 e 14, as quais não fazem parte da lide. Por tal razão, as tomo como procedentes.

Apreciando-as, inicialmente, registro a dificuldade já amplamente exposta de apreciação de lançamentos de tal magnitude de infrações, que criam dificuldades para todos os envolvidos no processo, aí incluído o julgador, na esperança de que tal situação seja devidamente avaliada e alterada, facilitando o andamento do processo.

Outra observação necessária, diz respeito ao fato de que o autuante, já em sua primeira informação fiscal, ter, por sua vontade, observado que "Em razão da peça de defesa apresentada pelo autuado e apensada ao PAF nas páginas 406 a 420, com anexos a páginas 421 a 445, faz-se necessário a diligência fiscal possibilitando ao contribuinte as informações necessárias a sua defesa", prático recorrente ao longo do feito, sempre determinando prazos e procedimentos a serem adotados pelo sujeito passivo.

O processo administrativo fiscal deve primar pela obediência a diversos princípios, sobretudo o da busca da ampla defesa e do contencioso, constitucionalmente previsto, sendo este princípio amplamente consagrado e praticado neste Órgão julgador.

Todavia, observo que inexistente competência legal para que o autuante, ou quem quer que seja, determine reabertura de prazo a contribuinte, ou qualquer outro procedimento de movimentação do processo nesta fase de julgamento, vez ser esta atribuição exclusiva do julgador administrativo, além do que o prazo "reaberto" pelo autuante além de ilegal em função da sua incapacidade, fere a determinação legal quanto aos dias a serem concedidos para a realização ou prática de atos, motivo pelo qual o processo foi convertido em diligência, de forma acertada, pelo relator anterior, para a Inspeção de origem visando o devido saneamento.

Por outro lado, a assertiva defensiva de que, por ocasião de realização de diligência, não lhe teriam sido entregues as folhas 521 a 531 e as folhas 540 a 587, das quais não teria conhecimento, verifico que as mesmas referem-se apenas a e-mail do autuante encaminhando ao Conselho cópia da sua manifestação (fl. 521), dados cadastrais da empresa (fl. 522), intimação encaminhada ao advogado do autuado (fl. 523), AR de entrega da mesma ao representante do contribuinte (fl. 524), Termo de Juntada (fl. 525), protocolo de manifestação do sujeito passivo (fl. 526), manifestação da empresa autuado (fls. 527 a 530), mídia contendo cópia em meio magnético da mesma (fl. 531), declaração da sócia da empresa a respeito de extravio de livros e documentos (fl. 540), dados cadastrais extraídos do sistema da SEFAZ (fl. 541), cópia reprográfica do livro Registro de Saídas 0003 (fls. 543 a 566), cópia do livro Registro de Apuração do ICMS 0003 (fls. 567 a 570), e-mail do autuante para o conselho de Fazenda (fl. 571), cópia de dados cadastrais (fls. 572 e 573), Intimação dirigida à empresa autuado (fl. 574), envelopes contendo as intimações realizadas, dirigidas ao advogado da empresa, estabelecimento e sócia do autuado (fls. 575 a 583), Intimação dirigida a sócio da empresa (fl. 584), Aviso de Recebimento (fl. 585), despacho da DAT/METRO (fl. 586), Protocolo da solicitação de diligência (fl. 587), os quais, além de muitos estarem em poder ou pertencerem ao autuado, ou por ele recebidos, não trazem qualquer prejuízo à sua defesa, não podendo tal argumento ser acatado.

De relação ao pedido de diligência realizado, de plano o indefiro, por entender que os dados constantes no processo serem suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea "a" do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável.

É preciso se observar que o não deferimento do pedido não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do acima mencionado artigo 147 do RPAF/99.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou o autuado o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa.

Além disso, o processo já foi devidamente convertido em diligência pelo Relator anterior, para, inclusive, sanar grave irregularidade praticada pelo autuante, o qual, de forma indevida e imprudente, extrapolando da sua competência legal, indevidamente concedeu reabertura de prazo processual para o autuado, além do que este próprio relator de igual forma, também determinou a realização de nova diligência, em relação à qual,

inclusive, não houve manifestação do autuado.

Quanto as infrações lançadas, no mérito, aprecio a primeira delas, a qual diz respeito a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, o autuado, em sua defesa, alegou ser erro de escrituração (mês de janeiro), enquanto que em dezembro, não tinha visto qualquer equívoco, razão pela qual se eximia de tecer maiores comentários, para em seguida acolher como devido o valor de dezembro de 2008, tendo o autuante, por sua vez, mantido a cobrança do valor de janeiro do mesmo ano.

A matéria demanda apenas e tão somente a prova material. Os livros fiscais que demonstrariam equívocos do autuante foram trazidos ao processo (fl. 421). A DMA é um instrumento acessório, que deve guardar a devida semelhança e coerência com os livros fiscais, não podendo deles dissociar-se.

Como dito acima, o autuado fez a juntada da folha 25 do Livro de Apuração nº 3, referente ao exercício de 2007, no mês 12/2007, apontando que a apuração registrava saldo credor de R\$67.398,33 que não foi lançado no mês seguinte, 01/2008, embora tenha sido corretamente informado na DMA 01/2008 apresentada tempestivamente, comprovando que, efetivamente, deixou de considerar o saldo existente no mês de dezembro de 2007, e transportá-lo para janeiro de 2008, o que elide a acusação para este mês, vez que estribada no elemento de prova necessário, o que leva à manutenção parcial da infração, remanescendo apenas a acusação relativa ao mês de dezembro de 2008, no valor de R\$706,75.

Para a infração 02, tendo o autuante acatado os argumentos defensivos trazidos ao feito, reduzindo o débito para R\$186,26, acolho tal valor, ficando a mesma mantida de forma parcial, neste montante indicado.

Quanto à infração 03, contestada parcialmente pelo autuado, em relação a aplicação da alíquota indevida de 17% sobre o valor de operações interestaduais com contribuintes, e em momento posterior afirmar que a irrelevância do valor leva a sequer contestar o irregular entendimento do autuante, o qual mantém os valores lançados. Com efeito, da leitura da planilha à fl. 44, denota-se que mercadorias do Estado da Bahia tiveram alíquotas aplicadas de 7%, não sofreram tributação, quando a alíquota aplicável era de 17%, o que me leva a manter a autuação tal como realizada (R\$559,43).

No tocante à infração 04, a defesa traz como argumento ter sido indevidamente cobrado ICMS à alíquota de 17% sobre o produto "vinagre" (em suas diversas denominações), que é tributado com redução da base de cálculo para que a carga tributária resulte em 7%, conforme artigo 87, inciso XXXI, do RICMS/97 de igual forma, acata a argumentação defensiva posta, o que a reduziu para R\$330,75, tendo o autuante aceito tal tese, diante da efetiva previsão normativa de redução de base de cálculo, motivo pelo qual a mesma é parcialmente procedente neste valor.

Já a infração 05, a empresa autuado defende que o saldo credor de R\$ 37.960,41 que deveria ter sido registrado na apuração do mês de janeiro de 2008 para ser transferido para o mês seguinte, não o foi no Livro, porém foi feito na DMA pelo mesmo motivo apresentado em relação à primeira infração, à qual está ligada, fato não acolhido pelo autuante. Todavia, na infração 01, o saldo credor do mês de dezembro de 2007 já foi devidamente considerado na apuração do mês de janeiro de 2008, em atenção ao próprio regramento do imposto, razão pela qual, fica a mesma mantida em sua inteireza, no total de R\$ 37.960,41.

Para a infração 06, que trata da redução indevida de base de cálculo, a defesa estriba-se no argumento de que a redução da base de cálculo de 55,55% utilizada para as operações de saídas dos produtos listados, está correta, vez ser, à época dos fatos, beneficiada pelo incentivo dado pelo Decreto 7799/00, que permitiria redução de 55,55% no seu artigo 3º - F, com a redação dada pelo Decreto 10.316, de 11/04/07, vigente no período de realização das operações, no que foi refutada pelo autuante, sob o argumento de ser empresa varejista, e conseqüentemente não beneficiária de mencionado Decreto.

De fato, em pesquisa no sistema de cadastro da SEFAZ, para o ano de 2008, constato que a empresa possuía a atividade de "comércio atacadista de bebidas", figurando na condição de atacadista até o ano de 2013, para a inscrição estadual do estabelecimento autuado (065.232.384).

Desta forma, o argumento defensivo há de prevalecer, pelo motivo de que, efetivamente, na condição de estabelecimento atacadista, o sujeito passivo figurava como beneficiário do Decreto 7.799/00, e como tal, passível de utilizar a redução de base de cálculo aplicada nas operações realizadas, como se depreende da redação do mencionado diploma:

‘Art. 3º-F. Nas operações internas realizadas por contribuintes que se dediquem à atividade de comércio atacadista, com as mercadorias relacionadas ao CNAE 4635-4/99 - comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente, cuja alíquota incidente na operação seja de 27% (vinte e sete por cento), destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo poderá ser reduzida em 55,55% (cinquenta e cinco inteiros e cinquenta e cinco centésimos por cento) de tal forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (doze por cento).’

Assim, a infração é julgada improcedente.

No tocante à infração 07, analisarei conjuntamente com a infração 09, vez que as mesmas se reportam a

omissão de saídas de mercadorias, seja por realização de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado, (a primeira), seja por presunção de vendas sem emissão de notas fiscais apurada através de vendas na modalidade cartão de crédito/débito, relativas ao exercício de 2008.

A tese defensiva, é a de que, na infração 07, deveriam ser expurgados diversos produtos, além do que o autuante embora apurado valores de entradas maiores do que as saídas, lançou o valor daquelas, com o qual não concorda. Já para a infração 09, apega-se ao argumento de que não foi aplicada a IN 56/2007 que determina que, nos casos de presunção de omissão de saídas a base de cálculo deve ser apurada proporcionalmente às saídas tributadas no período objeto do levantamento, e a alíquota aplicável deve ser a média das aplicáveis nas saídas do mesmo exercício.

O autuante, inicialmente, em sede de informação fiscal, acata ajustes apontados pela empresa quanto as omissões de entrada do produto com o código 4834, bem como em relação aos produtos de códigos 4077, 4078, 4079, 4080 e 4082, relativos a cestas natalinas confeccionadas pela empresa, ajustando o valor lançado para R\$45.560,88, ao passo que num segundo momento, quando da realização de diligência, manifesta-se no sentido de existir a necessidade de redução do montante apurado como base de cálculo, o valor apurado par a Infração 07, reconhecida como devida, dado o fato de que ambas as infrações tratavam de ICMS sobre a presunção de omissões, se posicionando no sentido de que, após o exame da nova peça de defesa, os elementos pensados e argumentos desenvolvidos, que confirmam os valores iniciais apurados, acolhe a alegação defensiva e sua proposição de abatimento da base de cálculo da Infração 09, da base de cálculo apurada na Infração 07 e já reconhecida como devida na peça de defesa anterior, elaborando novas planilhas com a correção dos valores de Base de Cálculo e de ICMS apurado para a infração, o que resultou na alteração do valor de ICMS de R\$191.507,35 para R\$45.136,01 como apontado na fl. 598.

Em verdade, analisando o feito, constato que para a infração 07, embora tenha apurado corretamente os valores, o autuante indicou que o maior valor monetário seria o das saídas de mercadorias, quando, em verdade, conforme apontado pelo sujeito passivo, o maior valor monetário é o das entradas, não tendo, em qualquer momento, o autuante se manifestado acerca tal equívoco, o que, entretanto, não traz qualquer prejuízo para o entendimento da infração, visto que o próprio autuado refez os cálculos, baseado nos documentos fiscais que indica, o que denota, de forma cristalina, que entendeu perfeitamente a acusação.

Quanto à análise da mesma, os fatos geradores só podem decorrer da realização dos aspectos previstos na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defeso os lançamentos tributários embasados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

O exame em questão demanda apenas e tão somente, análise de questão material, vez se tratar de matéria eminentemente fática, e conseqüentemente, necessita da prova.

Isso diante do fato de tal procedimento de auditoria de estoques estar previsto na legislação vigente à época dos fatos geradores, e encontrar-se disciplinado na Portaria nº 445/98 e tem como objetivo ‘conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária’.

Na forma da legislação e de acordo com o entendimento já sedimentado neste CONSEF, a constatação de omissão de saídas de mercadorias, seja real ou presumida, apurada mediante a aplicação do roteiro de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Assim, o procedimento fiscal que redundou no lançamento, pode ser resumido em uma fórmula das quantidades físicas de entradas e saídas de cada mercadoria no exercício, bem como daquelas existentes nos estoques inicial e final (estoque inicial + entradas – estoque final = saídas reais), sendo que o resultado da equação deve ser comparado com as quantidades da mesma mercadoria saídas do estabelecimento por meio de notas fiscais, a fim de se verificar a ocorrência, ou não, de diferenças nas entradas ou nas saídas de mercadorias.

Daí podemos ter três resultados. Se o resultado for zero, inexistem diferenças; se positivo, verifica-se omissão de saídas; caso negativo há omissão nas entradas de mercadorias. Na situação dos autos, verifico que, nos exercícios de 2008 e 2009, foram constatadas omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do respectivo imposto.

O sujeito passivo, para comprovar a sua negativa do cometimento da infração poderia trazer elementos consistentes como meio de prova de que não praticou a mesma, além de poder apontar erros que eventualmente as autuantes pudessem ter cometido, o que ocorreu, tendo os argumentos sido acatados, tanto para as entradas, quanto para as saídas.

De relação á base de cálculo das omissões apuradas, deve ser aplicada a regra contida no artigo 13, inciso II, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, que determinam:

'Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

(...)

II - o valor da omissão de entradas é maior do que o da omissão de saídas, caso em que:

a) deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto (RICMS/97, art. 2º, § 3º);

b) a base de cálculo é o valor da omissão de entradas, por ser maior do que o valor da omissão de saídas, considerando-se este incluído no valor a ser tributado (RICMS/97, art. 60, § 1º);

c) para efeitos de determinação da base de cálculo de que cuida a alínea anterior, deve-se apurar o valor da receita não contabilizada, que corresponde ao custo das entradas omitidas, em função do preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadorias, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, II, 'b')'

Note-se que, contrariamente ao entendimento do autuado, em momento algum a norma fala em aplicação de proporcionalidade ou alíquota média.

Do cálculo realizado pelo autuado na sua peça defensiva, observo que o maior valor monetário é o das entradas, o qual persiste até mesmo após os devidos ajustes propostos e acatados. Vejo, todavia, que o mesmo se baseou na exclusão das parcelas relativas a nota fiscal 8602, correspondente a importação do produto codificado sob o número 4834 (Riunite Lancellotta 750 ml.), não lançada no originalmente nas planilhas elaboradas pelo autuante, bem como a exclusão dos produtos 4077, 4078, 4079, 4080 e 4082, todos cestas de natal, confeccionados pela própria empresa autuado, a partir de produtos adquiridos isoladamente por ela.

Pois bem: a base de cálculo original para a infração era de R\$373.859,76, devidamente indicada na fl. 01 para a infração, da qual foram retirados R\$87.986,52 e R\$23.584,70, correspondente aos produtos acima mencionados, o que totaliza uma exclusão de R\$111.571,22. Daí resulta um valor de base de cálculo de R\$262.288,51, (R\$ 373.859,76 - R\$111.571,22), sobre a qual aplicada a alíquota de 17% resulta 589,05. O cálculo efetuado pelo autuado e aceito indevidamente pelo autuante, ao invés de uma base de cálculo inicial de R\$373.859,76, utiliza o valor de R\$357.179,16, sem qualquer especificação quanto ao cálculo efetuado para se chegar a tal valor. Observo que o autuante não teve o devido e necessário cuidado de recalcular ou verificar os valores indicados pelo autuado, acolhendo sem qualquer óbice, os valores erroneamente apontados pelo autuado, motivo pela correção ora realizada.

Já na infração 09, muito embora o autuado tenha acostado ao feito em mídia as MFDs dos equipamentos emissores de cupom fiscal que utiliza, fazendo expressa menção a tal fato, inclusive falando da dificuldade, frente ao volume de material de apensá-lo em meio físico, o autuante sequer teceu qualquer observação ou comentário a respeito, inclusive por ocasião da realização da diligência, na qual se procurou verificar a consistência da acusação fiscal, preocupando-se mais em desqualificá-la do que atendê-la, e embora esteja patente erro cometido pelo sujeito passivo, ao confessar que operações registradas como recebidas em dinheiro, o foram, em verdade, recebidas por intermédio de cartões de crédito/débito, procedimento contrário ao regramento normativo.

Desta forma, entendo que em função de tal omissão, a infração carece da necessária segurança, prevista no artigo 18, inciso IV, alínea 'a', o qual dispõe que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Assim, entendo que a infração 07 deverá ser mantida, ainda que ajustada, como devidamente demonstrada acima, no valor de R\$44.589,05, ao passo que a infração 09 não pode subsistir, vez que nula.

Já a infração 08 fica mantida, diante da não impugnação pelo autuado, conforme já visto anteriormente.

Relativamente à infração 10, o autuado indica ter realizados os pagamentos apontados na autuação, acolhida pelo autuante, ao qual me alio. Infração insubsistente.

Quanto à infração 11, fica mantida, até pelo fato de não ter sido objetivamente impugnada pelo sujeito passivo, senão relativamente ao argumento de bis in idem frente à infração 10, o qual não pode prosperar, pelo fato de tratarem-se de lançamentos distintos. Aqui, antecipação parcial, e na anterior substituição tributária, inexistindo, pois, tal figura. Subsiste o valor de R\$8.070,77.

Quanto à infração 12, trata-se de aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de registro nos livros fiscais próprios, de operações tributadas, alegando a defesa a existência de bis in idem, o que levaria a infração à declaração de nulidade, no que não foi acolhido pelo autuante. No caso, entendo não assistir razão ao sujeito passivo. As notas fiscais não foram efetivamente lançadas nos livros

fiscais, e ainda que cobrada antecipação ou substituição tributária, tratam-se de infrações autônomas, o que não invalida tal cobrança. Infração mantida.

Nas infrações 13 e 14, diante do reconhecimento das mesmas pelo contribuinte, nada alegando, qual ficam as mesmas mantidas.

Para a infração 15, a defesa estriba-se no fato de que entende não comprovado e/ou demonstrado o fato que levou à aplicação da multa, o que tornaria a infração nula, tendo o autuante mantido a autuação. Com efeito, às fls. 344 a 361 dos autos, constam diversas DMAs. Todavia, em momento algum, embora afirme o contrário, o autuante indicou quais seriam as inconsistências, ou equívocos, o que se constitui em claro cerceamento de defesa ao contribuinte, o qual não teve o devido conhecimento das eventuais inconsistências dos documentos, o que me leva a julgar a infração nula, nos termos do artigo 18, inciso II do RPAF/99.

Finalmente, na infração 16, reporta-se a presunção de ‘omissão de saídas de mercadorias tributadas’, por não ter registrado notas fiscais na sua escrituração. A rigor, a figura da “omissão de saídas” é uma só e assim deveria ser tratada no lançamento, independentemente dos motivos ou razões que motivaram tal constatação. Tanto a infração 07, quanto a infração 09 referem-se a constatação de ‘omissão de saída’. Além disso, esta infração somente seria cabível, se a falta de escrituração fosse constatada na escrituração contábil da empresa, o que não se tornou possível, frente ao fato de ter a mesma alegado extravio dos livros contábeis, motivo pela não apresentação dos mesmos.

Por tal fato, não posso acatar tal lançamento, julgando a infração improcedente, fato até mesmo reconhecido num segundo momento pelo autuante, e que, caso contrário, se caracterizaria como bis in idem, conforme pontuado pela defesa.

Por tais razões, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado Procedente em Parte, e, em resumo, o lançamento apresenta a seguinte composição de valores:

| | | |
|-------------|-----------------|-----------|
| Infração 01 | R\$ 706,75 | Multa 50% |
| Infração 02 | R\$ 186,26 | Multa 60% |
| Infração 03 | R\$ 559,43 | Multa 60% |
| Infração 04 | R\$ 330,75 | Multa 60% |
| Infração 05 | R\$ 37.960,41 | Multa 60% |
| Infração 06 | IMPROCEDENTE | |
| Infração 07 | R\$ 44.589,05 | Multa 70% |
| Infração 08 | R\$ 50,00 | |
| Infração 09 | NULA | |
| Infração 10 | IMPROCEDENTE | |
| Infração 11 | R\$ 8.070,77 | Multa 60% |
| Infração 12 | R\$ 14.339,51 | |
| Infração 13 | R\$ 683,35 | |
| Infração 14 | R\$ 460,00 | |
| Infração 15 | NULA | |
| Infração 16 | IMPROCEDENTE | |
| TOTAL | R\$ 107.936,28” | |

De plano, em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

De outra parte, o sujeito passivo, inconformado, interpôs o Recurso Voluntário de fls. 03/705, declarando, inicialmente, que acatava a Decisão em relação às infrações: 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 10, 11, 13, 14, 15 e 16, remanescendo apenas as infrações 5 e 12, inconformismo que será analisado depois do Recurso de Ofício.

Assim, no tocante à infração 5, aduziu que “o Relator no seu voto diz que o valor do saldo credor de dezembro já foi considerado quando da análise da infração 1, razão da manutenção da presente infração”. Entendeu que o Julgador procedeu equivocadamente ao cotejar as duas cobranças, afirmando que “na infração 1, foi provado que o saldo credor do mês de janeiro, o que originou a exigência por parte do Fisco porém após a defesa restou devidamente comprovada a sua inexistência. Os números eram os seguintes.”

Saldo credor não transportado..... R\$ 67.398,33
(-) Débito Apurado em função desta ocorrência..... R\$ 29.437,92
(=) Saldo credor remanescente para o próximo período....R\$ 37.960,41

Continuando na sustentação da sua tese, disse que “Ocorre que da falha de escrituração que

motivou a infração 1, também não foi escriturado no Livro Fiscal próprio o saldo remanescente para ser lançado no período de apuração janeiro/08, apesar de regularmente lançado na DMA.

Observe-se que este saldo credor, regular e existente, é de valor idêntico ao cobrado na presente infração.

Destaque-se não ter sido observado o referido saldo credor na planilha 5,.

Os valores que foram cobrados, para os períodos de apuração 02 e 03/2008, totalizam o valor do saldo credor não escriturado.”

Reiterou a necessidade de serem verificados os documentos anexados ao processo, porquanto neles se comprova ser o valor cobrado idêntico ao saldo credor não escriturado por mera falha nos lançamentos, requerendo a reforma da Decisão para que tal infração fosse julgada improcedente.

Tangentemente à infração 12, o Recorrente apenas aduziu que: “Desde já declaramos discordar da forma adotada para analisar a questão, repisamos que nossos argumentos não foram considerados. Tratando-se de fato novo exige-se que a tal matéria seja revista, ainda nesta instância recursal.

Destacamos que a Lei nº 13.461/2015 reduz a multa imposta de 10% para 1%, conforme nova redação dada ao inciso IX, do artigo 42, da Lei nº 7.014/1996.

Tratando-se de multa por infração, a retroatividade benigna da lei deve ser aplicada, o que reduzirá o valor cobrado para R\$ 1.433,95.”

Sequenciando a tramitação processual, a PGE/PROFIS, às fls. 711/713, em Parecer da ilustre Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, observando que, meritoriamente, o autuado repisou os mesmos argumentos já analisados criteriosamente tanto pelo relator de primeira instância, quanto pelo autuante, não trazendo qualquer argumento novo capaz de afastar as imputações.

Nesse contexto, não acolheu as razões recursais quanto ao mérito, entretanto, com relação à infração 12, entendeu que assiste razão ao contribuinte quanto à adoção da nova legislação acerca do percentual da multa capitulada para a referida infração, disposta no artigo 42, IX da Lei do ICMS.

Após transcrever a nova redação do art. 42, IX, alterado pela Lei nº 13.461/15, ressaltou que, em tais casos, a teor do art. 106, II, c, do Código Tributário Nacional, deve-se aplicar retroativamente a lei mais benéfica ao contribuinte, por se tratar de penalidade.

Em conclusão, deu provimento parcial do Recurso Voluntário, encaminhando o feito a Procuradora Assistente da PGE/PROFIS para a devida manifestação.

A fl. 714 consignou o despacho da Procuradora Assistente, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, acompanhando, na íntegra, o teor do Parecer de fls. 711/713, exarado pela Procuradora Dra. Maria Helena de Mendonça Cruz, no sentido de prover parcialmente o Recurso Voluntário interposto.

VOTO (Vencido quanto à infração 9)

Consoante minuciosamente relatado, versam os autos, nesta fase procedimental, de Recursos de Ofício e Voluntário, este último interposto no intuito de reformar o decisório de piso em relação às infrações 5 e 12.

O Recurso de Ofício se reporta à Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, no tocante às alterações procedidas pela Decisão da primeira instância nas infrações rotuladas como 1, 2, 4, 6, 7, 9, 10, 15, 16, onde a JJF decidiu por reduções de exigências, improcedências e nulidades, as quais serão reapreciadas nesta oportunidade procedimental.

A Infração 1 versa sobre a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente a

operações escrituradas nos livros fiscais próprios, tratando-se, como bem observou a JJF, de matéria eminentemente fática, tendo o contribuinte trazido aos autos, durante a ação fiscal, elementos informativos, livros Registro de Apuração, que demonstravam a existência de saldo credor, em dezembro de 2007, o qual não foi lançado no mês seguinte, janeiro de 2008, provas acolhidas pelo autuante e confirmadas na Decisão recorrida, portanto, elidindo a imputação referente ao mês de janeiro de 2008, remanescendo apenas o valor de R\$706,75, relativo a dezembro de 2008, posicionamento que considero irretocável.

Por sua vez, a Infração 2 dispõe sobre a falta de recolhimento, no prazo regulamentar, do ICMS destacado em Notas Fiscais. Sucede que, na impugnação, o autuado apresentou demonstrativos e razões, os quais foram acolhidos pelo autuante, confirmados pela JJF e acompanhados por mim, reduzindo a imputação de R\$203,46 para R\$186,27.

No tocante a Infração 4, dizendo respeito ao recolhimento a menor ICMS em razão de erro na aplicação de alíquota, de igual sorte, o autuado comprovou que o produto objeto da autuação era legalmente passível de redução da base de cálculo de 17% para 7%, o que gerou a redução da exigência de R\$435,19 para R\$330,75, decidida corretamente pela Primeira Instância.

Em relação à Infração 6, consignando recolhimento a menor ICMS em razão da utilização indevida de redução da base de cálculo, o contribuinte argumentou que, na época dos fatos, se encontrava na condição de estabelecimento atacadista e, assim, figurando como beneficiário do Decreto 7.799/00, com a redação dada pelo Decreto nº 10.316/07, passível de utilizar a redução da base de cálculo prevista.

A Primeira Instância pesquisou e confirmou que, no ano de 2008, o sistema de cadastro da SEFAZ indicava a atividade de comércio atacadista de bebidas para o autuado, logo, naquela época, se enquadrava como beneficiária da redução de base de cálculo do ICMS, nos termos dos Decretos nº 7.799/00, alterado pelo Decreto nº 10.316/07, disso resultando a improcedência da infração, que reputo inatacável.

Quanto à desoneração da Infração 7, a qual imputava ao autuado falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e respectiva escrituração, o autuante acolheu os argumentos da defesa do contribuinte, que reconhecia a imputação apenas com ajustes na base de cálculo e a JJF verificou a ocorrência de equívoco na indicação de omissão de saídas, quando o correto seria omissão de entradas, fato que não maculava a infração.

Destarte, acertadamente, foram procedidas as correções nos elementos apresentados pelo contribuinte, apurando-se novos valores, que implicaram na redução de R\$63.556,16 para R\$44.589,05.

Referentemente à Infração 9, que apontava omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, a JJF decidiu, incensuravelmente, pela nulidade da infração, dispondo que: *“...muito embora o autuado tenha acostado ao feito em mídia as MFDs dos equipamentos emissores de cupom fiscal que utiliza, fazendo expressa menção a tal fato, inclusive falando da dificuldade, frente ao volume de material de apensá-lo em meio físico, o autuante sequer teceu qualquer observação ou comentário a respeito, inclusive por ocasião da realização da diligência, na qual se procurou verificar a consistência da acusação fiscal, preocupando-se mais em desqualificá-la do que atendê-la, e embora esteja patente erro cometido pelo sujeito passivo, ao confessar que operações registradas como recebidas em dinheiro, o foram, em verdade, recebidas por intermédio de cartões de crédito/débito, procedimento contrário ao regramento normativo.*

Em função da citada omissão, entendeu a JJF, de forma exemplar, que a infração carecia da necessária segurança, prevista no artigo 18, inciso IV, alínea "a", considerando, portanto, nulo o lançamento de ofício, face não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, posicionamento que acompanho.

Sequenciando, em relação à Infração 10, onde a exigência era ter deixado de recolher o ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, a JJF confirmou que os documentos apresentados pelo contribuinte comprovavam terem sido os pagamentos realizados na época certa, nesse passo, considerando a Infração Improcedente, entendimento que comungo.

Na Infração 15, a JJF, em conduta irrepreensível, acolheu as razões do contribuinte, de não ter o autuante apontado na acusação quais as inconsistências presentes nas DMAs, fato que acarretava o cerceamento de defesa, consequentemente, a nulidade da infração.

Por último, a JJF decidiu, precisamente, pela Improcedência da Infração 16 que consignava a omissão de saídas de mercadorias tributadas, asseverando que: “A rigor, a figura da "omissão de saídas" é uma só e assim deveria ser tratada no lançamento, independentemente dos motivos ou razões que motivaram tal constatação. Tanto a infração 7, quanto a infração 9 referem-se a constatação de "omissão de saída".

(...)

Por tal fato, não posso acatar tal lançamento, julgando a infração improcedente, fato até mesmo reconhecido num segundo momento pelo autuante, e que, caso contrário, se caracterizaria como bis in idem, conforme pontuado pela defesa.”

Em suma, inexistente na Decisão proferida pela 4ª JJF qualquer falha ou omissão capaz de justificar a modificação do julgamento das infrações que foram objeto do Recurso de Ofício.

Concludentemente, no particular, mantenho integralmente o Acórdão recorrido, Negando Provimento ao Recurso de Ofício.

Apreciando o Recurso Voluntário, constata-se ter o Recorrente acatado a Decisão de Primeira Instância para as Infrações 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15 e 16, portanto, só se apresentando como objeto do Inconformismo as Infrações 5 e 12.

Assim, após o exame do teor da razão recursal apresentada objetivando alterar a Decisão com relação à Infração 5, constata-se que não pode prosperar, sobretudo porquanto o argumento trazido é exatamente o mesmo constante da Impugnação, o qual foi devidamente apreciado, não tendo o sujeito passivo carreado aos autos qualquer elemento ou documento capaz de desconstituir a imputação.

Ratifico a Decisão, na medida em que o aludido saldo credor, apontado na Impugnação e no Recurso, foi devidamente considerado na apuração do mês de janeiro de 2008.

No que tange a Infração 12, tratando de multa por descumprimento de obrigação acessória, o Contribuinte, em suas razões de Recurso, pleiteia a redução do percentual aplicado de 10% para 1%.

Com efeito, houve alteração no inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, através da Lei nº 13.461, de 10/12/15, modificando o percentual da penalidade de 10% para 1% do valor comercial da mercadoria sem o devido registro na escrita fiscal.

Destarte, em razão da aplicação da penalidade atual, menos severa que a prevista na lei vigente à época da autuação, por se tratar de ato não definitivamente julgado, consoante o art. 106, II, “c”, do CTN, a imputação originalmente definida no valor histórico de R\$14.339,51, passa, após a desoneração, para R\$ 1.433,95.

De todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para alterar a Decisão recorrida no que pertine à infração 12, e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, resultando na PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR (Infrações 7 e 9)

A infração 9 acusa omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no valor de R\$191.507,35.

A 4ª JJF julgou Nula esta infração fundamentando que:

... muito embora a autuada tenha acostado ao feito em média as MFDs dos equipamentos emissores de cupom fiscal que utiliza,

“.... o autuante sequer teceu qualquer observação ou comentário a respeito, inclusive por ocasião da realização da diligência, na qual se procurou verificar a consistência da acusação fiscal, preocupando-se mais em desqualificá-la do que atendê-la, e embora esteja patente erro cometido pelo sujeito passivo, ao confessar que operações registradas como recebidas em dinheiro, o foram, em verdade, recebidas por intermédio de cartões de crédito/débito, procedimento contrário ao regramento normativo”.

Concluiu que:

Desta forma, entendo que em função de tal omissão, a infração carece da necessária segurança, prevista no artigo 18, inciso IV, alínea "a", o qual dispõe que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que na defesa apresentada a empresa alegou não ter recebido cópia do Relatório TEF (fls. 458 a 515). No momento que foi prestada a informação fiscal, o autuante juntou o mencionado Relatório e intimou a empresa para tomar conhecimento, tendo a 4ª JJF reaberto o prazo de defesa.

Na manifestação acerca do Relatório TEF que lhe foi entregue, a empresa juntou demonstrativo próprio em meio digital, no qual indicou os valores constantes de cupons (leitura da MFD – memória de fita detalhe), indicando os valores que (i) foram recebidos por meio de cartão (débito/crédito) e de (ii) recebimento em cartão, que por equívoco foram indicados no ECF como recebidos em dinheiro, em desconformidade com o previsto no art. 238, § 7º, do RICMS/97.

Elaborou planilha própria na qual relaciona os recebimentos informados pelas administradoras de cartões, para os quais não localizou emissão de cupom fiscal de correspondente data e valor, apurando base de cálculo remanescente de R\$500.100,26.

Argumentou que tendo sido apurado base de cálculo de R\$245.607,94 na infração 7, *[base de cálculo acatada pelo autuante e pela 4ª JJF que decidiu pela procedência em parte da infração 7 - omissão de saídas apurada por presunção, através de levantamento quantitativo de estoques]*, deveria ser deduzido da base de cálculo da infração 9 (R\$500.100,26) a base de cálculo da infração 7, restando base de cálculo de R\$254.492,32 que aplicada à proporcionalidade de saídas tributadas (90,35%) resulta em valor devido de R\$45.136,01, na infração 9.

Pelo exposto, entendo que a fiscalização apurou uma base de cálculo da infração 7, pelo confronto do montante informado pelas empresas administradoras de cartão de crédito, confrontado com o constante nos cupons fiscais com indicação de recebimento por meio de débito ou crédito (cartão).

Por sua vez, o contribuinte tomando como base o Relatório TEF, indicou que parte das operações registradas no ECF com indicação de recebimento em dinheiro, na verdade foi feita por meio de cartão de crédito/débito, o que pode ser constatado pela coincidência de valores constantes do relatório TEF e cupom fiscal emitido no mesmo dia.

Assim sendo, entendo que as inconsistências do levantamento fiscal foram saneadas durante a fase instrutória, nos termos do art. 18, §1º do RPAF/BA, tendo sido corrigido a base quantitativa em razão da participação do contribuinte no processo, inclusive anuída pela autoridade que promoveu o lançamento do crédito tributário. Logo, deve ser afastada a nulidade declarada.

No mérito, o contribuinte alegou que a infração 7 acusa omissão de entrada de mercadoria e a 9, da omissão de valores das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte inferiores aos informados por empresas administradoras de cartões de crédito/débito, com enquadramento no art. 4º, incisos IV e VI, “b” da Lei nº 7.014/96, que autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ou seja, ambas por presunção legal.

Entendo que, sendo ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, deve ser:

- A) Acolhido o demonstrativo apresentado pelo sujeito passivo, no que diz respeito à prova de que emitiu cupons fiscais relativos a operações que indicou no ECF como de recebimento em dinheiro, que coincide com valores diários consignados no Relatório TEF;
- B) Considerando que as infrações 7 e 9, decorrem de presunções legais (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96), deve ser considerado procedente em parte a infração 7, mas sendo a base de cálculo da infração 9 maior, absorve a base de cálculo daquela infração e consequentemente afastado o valor correspondente exigido de R\$44.589,05;
- C) Resta devido o valor remanescente de R\$76.812,90 na infração 9, como reconhecida pelo sujeito passivo, considerando a base de cálculo apurada de R\$500.100,26, proporcionalidade relativa a saídas tributadas (90,35%) e alíquota aplicável de 17%, conforme abaixo indicado.

| INF | Data Ocorr | Data Vencido | Base Cálculo | Prop. Trib. | Base Calculo | Aliq. | ICMS devido | Fl. |
|-----|------------|--------------|--------------|-------------|--------------|-------|-------------|-----|
| 9 | 31/12/08 | 09/01/09 | 500.100,26 | 90,35% | 451.840,58 | 17% | 76.812,90 | 609 |

Por tudo que foi exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, reformando a Decisão proferida relativa à infração 9, de NULA para PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206837.0006/12-7**, lavrado contra **CASA DOS VINHOS LTDA. (EMPÓRIO SALVADOR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$124.627,28**, acrescido das multas de 50% sobre R\$706,75, 60% sobre R\$47.107,63 e 70% sobre R\$76.812,90, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos I, "a", II, alíneas "a", "c", "d" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$2.627,30**, previstas nos incisos IX, XI, XX e XXII, do mencionado artigo da supracitada Lei, com os acréscimos moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao mérito das infrações 7 e 9) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Rodrigo Lauande Pimentel, Paulo Danilo Reis Lopes, Laís de Carvalho Silva e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Quanto ao mérito das infrações 7 e 9) – Conselheiro: Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto ao mérito das infrações 7 e 9)

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR
(Quanto ao mérito das infrações 7 e 9)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS