

PROCESSO - A. I. Nº 293575.0603/13-6
RECORRENTE - TOPMIXX ATACADÃO MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0113-01/16
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0249-12/16

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Auditoria de Caixa elaborada a partir dos livros fiscais, do livro caixa, dos documentos escriturados e apresentados pelo próprio autuado, cujos valores sem coberturas não foram consistentemente comprovadas, legitimando assim a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO DE MERCADORIAS SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS NÃO ESCRITURADAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Multas de 10% do valor comercial das mercadorias não registradas. Autuado não comprova a escrituração dos documentos fiscais. Apesar da incidência das multas, aplico a alteração à Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15, que reduziu o percentual da penalidade prevista para a falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, de 10% para 1%. Penalidade caracterizada em parte com a incidência da redução retro aludida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO. RECOLHIMENTO MENOR. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. DO IMPOSTO AO ESTADO DA BAHIA. Exigência que recai sobre o recolhimento a menor do ICMS-ST, relativo às operações internas subsequentes, cuja responsabilidade pelo lançamento e recolhimento, na condição de sujeito passivo por substituição, é atribuída ao contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I da Lei nº 7.014/96 (art. 8º, II). Autuado não comprova o pagamento da parcela contestada. Infração subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NÃO INCUÍDAS NO REGIME ST. DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. O autuado não comprova o pagamento da parcela contestada. Infração subsistente. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DOCUMENTO FISCAL. Autuado comprova escrituração regular de parte do crédito. Infração em parte subsistente. Rejeitado o pedido de nulidade dos autos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO

PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 1^a JJF, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA. O Auto de Infração lavrado em 28/06/13, julgado Procedente em Parte, exige ICMS e multa por obrigação acessória no montante de R\$217.350,16, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. Valor do débito: R\$37.329,03 - Multa de 100%;

INFRAÇÃO 2: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Valor da Multa de 10%: R\$32.387,95;

INFRAÇÃO 3: Efetuou o recolhimento a menor 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. ICMS no valor de R\$94.634,06 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 4: Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. ICMS no valor de R\$26.445,68 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. ICMS no valor de R\$22.321,75 - Multa de 60%;

Na Decisão proferida (fls. 572/582), a 1^a JJF fundamentou sua Decisão com o seguinte voto:

“VOTO

O presente lançamento de ofício contempla as 6 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação nas linhas seguintes, exceto para a infração 06 (R\$4.231,69), que não foi contestada pelo autuado, estando, pois, devidamente caracterizada e afastada da lide.

Preliminarmente, o contribuinte autuado suscita que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista a existência de bis in idem; pede que seja convertido o PAF em diligência fiscal ou procedida a revisão do lançamento.

Não houve, no presente processo administrativo fiscal - PAF, qualquer lesão aos direitos do contribuinte que o conduzisse à decretação de nulidade. O Auto de Infração em tela foi formalmente lavrado em obediência ao devido processo legal e na forma do art. 39, RPAF/BA (Decreto 7.629/99). O PAF está revestido das formalidades legais, sem violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo fiscal, sendo entregues ao autuado as peças geradas do PAF e necessárias à sua defesa, que a exerceu amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprouve e com os argumentos que entendeu melhor adequados na defesa das suas teses.

Na existência de óbices que careciam de esclarecimentos para a perfeita elucidação das demandas tributárias, o processo administrativo fiscal foi convertido em diligência, nos termos do art. 150, I, RPAF/BA.

No mérito, a primeira infração relata a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, no valor total de R\$37.329,03.

Nas razões, o sujeito passivo alega que não há saldo credor de caixa, em nenhum mês do período fiscalizado, aduzindo a existência de operações a prazo e financiadas através do Cartão BNDES; que houve bis in idem com o lançamento do valor da compra a vista e também o valor das parcelas já pagas; que o Fisco considerou a transferência de mercadorias para uso e consumo como pagamentos, além do lançamento de nota fiscal de aquisição de mercadoria que não o fez (NF-E 2133), no valor de R\$ 6.977,14.

Em seu tempo, o Auditor apresenta as informações e os procedimentos adotados, explicando que a auditoria do caixa do autuado, no exercício de 2012, foi refeita, considerando que os livros contábeis, inclusive o livro “caixa” estavam registrados em desacordo com os documentos fisco e contábeis apresentados.

Examinando as peças do presente Auto de Infração, constato que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo minucioso, refazendo os registros de recebimento e pagamentos do sujeito passivo em confronto com a escrituração contábil das disponibilidades feita pelo próprio autuado, acostando-o aos autos, às fls. 12 a 17, além da mídia CD anexado ao PAF.

Ressalto que o art. 4º, § 4º Lei 7.014/96, determina que:

“Art. 4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º. O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de

mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Com efeito, a hipótese da existência de saldos credor da conta caixa autorizarem a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvado ao contribuinte acusado a prova de improcedência da presunção.

Assim, em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram conforme é o entendimento fiscal.

No caso em exame, o direito não assiste ao autuado. Diante das alegações de equívocos cometidos pela fiscalização, foi oportunizada ao autuado a realização de diligência, com o objetivo de esclarecer os fatos controversos, sem atendimento, sequer, da intimação fiscal (fl. 569). Não se incumbiu o autuado de apresentar elementos em direção oposta àquela entendida legalmente pelo fisco (presunção relativa), na tentativa de elidir a presunção fiscal, posto que a tributação com base em presunção somente é cabível nos casos expressamente previstos na lei e impõe a inversão do ônus da prova.

Vê-se que o legislador fez a escolha por um fato que não se encontra relacionado como uma “autêntica hipótese de incidência”, mas um “fato presuntivo” da ocorrência de um fato gerador, caracterizado por “saída de mercadorias tributadas”, como representativo de um enorme grau de probabilidade de que tenha havido uma saída efetiva de mercadorias. Escolha guiada por razões de política tributária.

A rigor, o saldo credor de caixa ou aquelas outras presunções discriminadas na lei, não constitui fato gerador de nenhum tributo. Quando se apuram tais fenômenos tributários e não há elementos que determinem sua origem, o ICMS que incide não é exigido em virtude desse fato em si, mas com base na presunção legal de omissão de operações mercantis na contabilidade da empresa, ou seja, já que não se tem prova da origem dos Recursos, presume-se, até demonstração em contrário, que tais Recursos se referem a operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Em outro dizer, as presunções são formas que dão causa ao processo administrativo tendente ao lançamento tributário. Todavia, isto não significa que o fato tributário, por si só, já esteja provado. Ao presumir em ato individual e concreto pelo lançamento de ofício, o Fisco tem o dever de provar o fato alegado. Não é pela simples alegação da presunção de legitimidade do ato administrativo que inverte o ônus da prova. Isto não é verdadeiro. Compete a autoridade administrativa, mesmo diante da presunção legal, apresentar provas do fato, a ocorrência do fato jurídico que provocou a presunção, na forma da lei.

No caso concreto, constato que o Auditor Fiscal laborou em acerto. Após levantamento das parcelas consideradas como “saldos credores de caixa”, em face do cotejo entre os valores registrados na escrita contábil e fiscal do autuado e os respectivos documentos fiscais, considerando ainda a atividade econômica do autuado, o comércio atacadista de materiais para construção, com a revenda de mercadorias do regime normal de tributação, mas também, sujeitas à substituição tributária e mesmo com isenção, foi aplicada a proporcionalidade, nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007.

A aludida instrução foi devidamente aplicada, no caso, considerando sua orientação de esta conclusão.

Os argumentos do autuado sobre as compras a prazo com o cartão BNDES, sobre a inclusão do juros de financiamentos que teriam alargado a base de cálculo do imposto, a alegação da bi tributação (bis in idem) ou sobre o desconhecimento defensivo acerca da nota fiscal eletrônica 2133, foram devidamente enfrentados pelo Auditor Fiscal, não prosperaram as teses da defesa, não apresentou provas que elidisse a presunção e não alterou o resultado do levantamento.

A diligência fiscal, manejada pelo órgão julgador, possibilitando que o autuado pudesse objetivar com provas os argumentos encetados em seu favor, foi descumprida pelo próprio autuado, confirmando a presunção de omissão de receitas tributárias.

Por todo o exposto, a infração deve ser integralmente mantida, de acordo com a apuração fiscal.

A infração 02 trata da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória pela falta de registro na escrita fiscal de notas fiscais das operações de entrada de mercadorias sujeitas à tributação (10% do valor comercial). O demonstrativo das notas não escrituradas foram acostadas aos autos (fls. 18/19).

O autuado argumenta que registrou todos os lançamentos contidos na exigência, com exceção apenas da Nota Fiscal nº 2133, que não corresponde à operação realizada pelo estabelecimento autuado. Apresentou as datas em que teria efetuado tais registros (fls. 248/252).

O preposto do Fisco rejeitou a planilha apresentada, considerando que o contribuinte deveria ter apresentado o livro Registro de Entradas a fim de comprovar efetivos registros das mercadorias.

De fato, apenas a planilha, relacionada no momento da apresentação da defesa não tem o condão de provar a escrituração fiscal das notas fiscais consideradas ausentes pela fiscalização.

A relação jurídica obrigatoria tributária é objeto essencial do direito tributário. As obrigações tributárias acessórias são os deveres instrumentais exigidos pelo sujeito ativo (obrigação de fazer) com o intuito de assegurar o interesse da arrecadação dos tributos e também para facilitar a atividade de fiscalização no sujeito passivo. A legislação tributária estadual estabelece que o sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária (Lei nº 7.014/96, art. 34).

Entre as prestações positivas, encontra-se a obrigação de manter e escriturar livros fiscais, entre eles, o livro Registro de Entradas (art. 322 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97), destinado a escrituração das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento.

No caso em concreto, restou provado que o contribuinte não efetuou o registro das notas fiscais eletrônicas, apontadas no demonstrativo fiscal. Apesar da incidência das multas, entendo que deva ser aplicada a recente alteração à Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15, que reduziu o percentual da penalidade prevista para a falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, de 10% para 1%. Veja-se a nova redação do inciso IX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96:

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

(...)

IX - 01% (um 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;"

Sabe-se que a lei vige durante um espaço de tempo e os fatos ocorridos, nesse período, subordinam-se à sua eficácia e às normas por ela estabelecidas. Esta é a regra geral. No direito tributário, exceções a essa regra estão arroladas no art. 106 do Código Tributário Nacional - CTN.

"Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação da penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento do tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática."

Dessa forma, quando a penalidade da lei mais nova substitui a mais grave da lei anterior (alínea "c"), à semelhança do Código Penal, a pena menos severa da lei nova substitui a mais grave da lei anterior, vigente quando o ato punível foi praticado. Importante lembrar que a benignidade só se aplica às penalidades punitivas, não alcançando as multas moratórias, lembrando que somente é aplicável aos atos ainda não definitivamente julgados, administrativa ou judicialmente, como é o caso presente.

Ante o exposto, a multa por descumprimento de obrigação acessória, em face do presente Auto de Infração, resta caracterizada no valor de R\$32.387,95. Com aplicação do comando da norma retro mencionada, o valor da multa passa para R\$3.238,80.

Na infração 03, a acusação é que houve recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, no valor de R\$94.634,06.

Na sua defesa, o autuado argumenta que fez um levantamento mês a mês, observou que não foi creditado em seu favor determinados valores discriminados na própria impugnação, num total de R\$35.137,22. O fiscal alegando que não compreendeu o questionamento defensivo, mantém a exigência.

Examinando as peças do processo que amparam a exigência, constato que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito discriminando as operações sujeitas ao pagamento do ICMS sob o regime da substituição tributária, de forma sintética (fls. 20/21) e em sua totalidade, na mídia CD, colada aos autos e entregue ao contribuinte autuado. Foram considerados, em redução ao valor exigido, os valores efetivamente recolhidos através de DAE, GNRE, além de denúncia espontânea. A existência de quaisquer outros pagamentos que não tivessem sido considerados pela fiscalização, deveria ser objeto de questionamento mais específico e acompanhado das provas, nesse sentido, de forma que pudesse ser apreciado por esse colegiado. A apresentação de relação de possíveis créditos, cópias de documentos de pagamentos ou das denúncias não

ajudam na pretensão defensiva.

Infração caracterizada integralmente, no valor de R\$94.634,06.

Na infração 04, a acusação é que houve recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias para comercialização, no valor de R\$26.445,68

Na sua defesa, o autuado argumenta que fez um levantamento mês a mês, observou que não foi creditado em seu favor determinados valores discriminados na própria impugnação, num total de R\$19.015,14. O fiscal alegando que não compreendeu o questionamento defensivo, mantém a exigência.

Examinando as peças do processo que amparam a exigência, constato que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito discriminando as operações sujeitas ao pagamento do ICMS sob o regime da substituição tributária, de forma sintética (fls. 20 e 22) e em sua totalidade, na mídia CD, colada aos autos e entregue ao contribuinte autuado. Foram considerados, em redução ao valor exigido, os valores efetivamente recolhidos através de DAE, além de denúncia espontânea.

A existência de quaisquer outros pagamentos que não tivessem sido considerados pela fiscalização, deveria ser objeto de questionamento mais específico e acompanhado das provas, nesse sentido, de forma que pudesse ser apreciado por esse colegiado. A apresentação de relação de possíveis créditos, cópias de documentos de pagamentos ou das denúncias não ajudam na pretensão defensiva. Infração caracterizada integralmente, no valor de R\$26.445,68.

Na quinta infração, a acusação é de utilizou indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, no valor de R\$22.321,75.

O autuado apresenta defesa esclarecendo que a fiscalização não considerou as datas de entrada das mercadorias no estabelecimento, mas a data de emissão dos documentos fiscais; que o estorno do crédito de R\$ 13.626,52, de 10.2012, foi feito no mês 03/2013, conforme registro de apuração de ICMS anexo, fato desconsiderado no levantamento fiscal; que o autuante desconsiderou os créditos em relação às notas fiscais emitidas em dezembro/11 e que foram lançadas em janeiro/12, no valor de R\$1.419,30. Admite o débito, no valor de R\$ 1.487,10.

O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo sintético e acostou aos autos (fl. 26).

Do exame das peças constantes dos autos, verifico que o próprio preposto fiscal revela que não considerou no levantamento os créditos fiscais, aos quais faz jus o contribuinte autuado. Assim, do total dos créditos considerados indevidos, deve ser reduzido o estorno do crédito fiscal de R\$13.626,52; os demais créditos devidamente apropriados, no valor de R\$104.212,15, conforme registro no livro de apuração de ICMS (cópia anexo), além do crédito em relação às notas fiscais emitidas em dezembro/11 e que foram lançadas apenas em janeiro/12, no valor de R\$1.419,30.

Diante do exposto, acato o novo demonstrativo de débito apurado pelo Auditor Fiscal, no valor de R\$1.487,10.

O presente Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$164.127,56, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$3.238,80.

É o voto.

No Recurso Voluntário interposto (fls.593/606) o Recorrente inicialmente ressalta a tempestividade do Recurso, discorre sobre as infrações e a Decisão da 3^a JJF, para afirmar que, em sede de impugnação, ademais de pugnar pelo reconhecimento de vícios de nulidade insanáveis, defendeu-se de cada infração.

Passa a relatar as razões defensivas apresentadas na sua impugnação.

Em relação à infração 01, repete as mesmas razões trazidas em sede de impugnação, a saber:

1) As aquisições de ativo imobilizado realizadas pelo autuado foram operações a prazo e financiadas pelo Cartão BNDES e por outras instituições financeiras (doc. anexos), logo o valor das notas fiscais não corresponde à salda do caixa no mês da compra;

2) Como as aquisições foram financiadas, o autuado lançou mês a mês o valor da parcelas pagas, as quais contém acréscimos de juros de financiamento, o que por vedação constitucional não é fato gerador de ICMS, dai que o autuante indevidamente alargou a base de cálculo do imposto, considerando a base de cálculo do IOF como fato gerador do ICMS;

3) Além disto, o autuante incorreu em bis in idem, posto que lançou o valor da nota fiscal com o preço à vista da mercadoria, e lançou também o valor das parcelas pagas durante o período fiscalizado do financiamento destas mesmas mercadorias, encontrando ai um enorme saldo credor, o que lhe fez concluir, equivocadamente, que o autuado omitiu saída de mercadorias;

4) O autuante ainda considerou a transferência de mercadorias para uso e consumo da próprio autuado como

pagamentos, e consequentemente, creditou estes valores como fato gerador de ICMS, cobrando imposto Indevido; e

5) Constou no lançamento nota fiscal de aquisição (NF 2133, emitida em 12/01/2012 pelo contribuinte registrado com CNPJ Nº. 13.683.818/0001-06, no valor de R\$ 6.977,14) que não constitui nota fiscal de mercadoria adquirida pelo autuado.

Note-se, Inclusive, que esta nota não consta de nenhum registro contábil, de modo que, não é Possível saber-se de onde proveio, uma vez que o autuante fez todos os lançamentos com base no exame do caixa do autuado. Assim, o autuado expressamente declara que desconhece a mencionada nota, a qual por total falta de fundamento deve ser excluída do lançamento, vez que consubstancia imposto indevido.

Do mesmo modo, com relação à infração 2, reapresenta os mesmos argumentos da sua defesa, alegando que o autuante não considerou os livros de registros mantidos pelo autuado, apresentados à fiscalização e que foi desconsiderado o momento em que deve ser registrada a entrada da mercadoria, uma vez que notas fiscais emitidas em novembro de 2012, só teriam dado entrada no estabelecimento em janeiro de 2013. Para concluir que *todos os lançamentos apontados pela fiscalização foram registrados nos livros, em obediência à lei, exceto pela nota fiscal nº 2133, que não corresponderia à operação realizada pelo autuado. Restando provado, que é o enquadramento improcedente, vez que o autuado efetuou o registro de todas as entradas de mercadorias em seu estabelecimento, não havendo razão para a aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória.*

Igualmente com relação às infrações 3 e 4, salienta que não foi creditado os devidos recolhimentos, reconhecendo em parte as referidas infrações.

E que pela brevidade e evidencia do argumento utilizado, se reproduzirá a tabela com a qual se demonstrou a não creditação de recolhimentos devidos.

<i>Infracão 03</i>	<i>Valor R\$</i>
01/2012	1.386,64
02/2012	521,77
03/2012	2.801,05
04/2012	257,69
05/2012	3.098,99
06/2012	1.939,33
07/2012	4.009,58
08/2012	1.291,09
09/2012	3.628,53
10/2012	2.680,41
11/2012	6.525,32
12/2012	6.996,82
TOTAL	35.137,22

Com relação à quinta infração, novamente apresenta as mesmas razões defensivas para apontar que apesar de ter sido reconhecido a sua procedência em parte, mas não nos valores apontados na impugnação, fazendo prova de tudo quanto relatado.

Aduz ainda que o Relator da Decisão de piso, pelo seu voto, “*parece não ter compreendido as razões opostas pelo recorrente quando da impugnação, vez que desconsiderou a maior parte dele, de evidente direito, mantendo, quase que inalterada a aplicação das multas contidas no auto impugnado, merecendo reforma, como adiante se verá*”.

Reitera que as suas alegações poderiam ter sido constatadas pelo autuante, caso retornasse ao estabelecimento para rever o erro crasso de sua autuação, quanto àquilo que reputa ausente nos livros.

Salienta que a dúvida sobre a existência ou não dos registros pode ser equacionada por diligência para constatar o fato, havendo dessa forma o pleno atendimento do princípio da verdade material.

Aponta que o mesmo ocorre quanto à infração 3, na qual o fiscal informou que não compreendeu o questionamento defensivo, que a seu ver, seria comportamento inadequado quanto à verdade material, não importando ao fisco se as multas aplicadas são devidas de fato.

E proclama: *É aceitável que a defesa seja rejeitada por vários motivos, menos pelo fato de que o fiscal, agente estatal de múnus tão importante, responsável pela vigilância da obediência legal, não compreendeu o questionamento defensivo. Decerto que o erro não se encontra mais na defesa, mas na incapacidade intelectiva do mesmo, que manteve a exigência por não compreender o alegado.*

Aduz que é semelhante a fundamentação para negar deferimento ao requerido em relação à infração 4.

Por fim, conclui requerendo:

1. *A reforma do Acórdão recorrido com a devida anulação do Auto de Infração, com todos os seus efeitos jurídicos desta decorrentes, tais como o cancelamento dos lançamentos realizados;*
2. *Caso assim não entenda, a designação de novas diligências fiscais para exame da documentação fiscal, livros de registros, estoque, parcial, sob pena de cerceamento de defesa e ofensa ao princípio da verdade material;*
3. *Por fim, o acolhimento de cada fundamento apresentado, para o cancelamento da aplicação das penalidades referidas.*

VOTO

No Recurso Voluntário interposto, observo que o recorrente reapresentou os mesmos argumentos da defesa inicial, os quais já foram avaliados na Decisão proferida na primeira instância.

Preliminarmente, quanto à sua referência de ter, em sede de impugnação, pugnado pelo reconhecimento de vícios de nulidades insanáveis na autuação em lide, cabe observar que a Decisão de piso demonstrou que neste PAF não se verifica qualquer lesão aos direitos do Contribuinte, que conduzisse à decretação de sua nulidade, posto que revestido das formalidades legais, sendo entregues ao autuado as peças necessárias a sua defesa, possibilitando-lhe o exercício pleno de sua defesa.

Constatação que referendo, inclusive por verificar que os Julgadores tiveram o cuidado de converter o feito em diligência, para esclarecer as dúvidas apontadas pelo Contribuinte em sua peça defensiva.

Portanto, considero afastadas as nulidades apontadas pelo Recorrente, por compartilhar e concordar com as razões expostas na Decisão *a quo*.

Quanto ao mérito, verifico que em relação à infração 1, que trata de omissão de saídas apuradas através de saldo credor de caixa, a Decisão de piso avaliou as razões defensivas apresentadas pelo Contribuinte e as informações adicionais prestadas pelo Auditor, sobre o procedimento adotado na auditoria de caixa realizada, constatando que o levantamento atendia o disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96. E, tendo em vista as alegações de equívocos cometidos pela fiscalização, foi oportunizada a realização de diligência, com o objetivo de esclarecer os fatos controversos, tendo o Contribuinte não atendido a intimação fiscal para apresentar os elementos capazes de elidir a presunção fiscal.

Assim, a vista do exposto e considerando que o recorrente nada acrescenta nas suas razões recursais sobre essa infração, mantenho a sua exigência.

Com relação à infração 2, verifico que esta foi revista pela Decisão recorrida que reduziu a multa aplicada, tendo em vista a redução promovida pela Lei nº 13.461/15. Portanto considero procedente a multa aplicada e concordo com a redução aplicada pelos julgadores da JJF.

Portanto mantenho a Decisão recorrida.

Quanto à infração 03, que exige recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras Unidades da Federação, observo que o recorrente apenas censurou o que considerou como comportamento inadequado, a alegação do autuante, na sua informação fiscal, de que não teria entendido as suas razões recursais. Mas sem esclarecer e acrescentar as devidas comprovações dessas alegações.

Vale transcrever a conclusão do Julgador sobre essa infração:

“Examinando as peças do processo que amparam a exigência, constato que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito discriminando as operações sujeitas ao pagamento do ICMS sob o regime da substituição tributária, de forma sintética (fls. 20/21) e em sua totalidade, na mídia CD, colada aos autos e entregue ao contribuinte autuado. Foram considerados, em redução ao valor exigido, os valores efetivamente recolhidos através de DAE, GNRE, além de denúncia espontânea. A existência de quaisquer outros pagamentos que não tivessem sido considerados pela fiscalização, deveria ser objeto de questionamento mais específico e acompanhado das provas, nesse sentido, de forma que pudesse ser apreciado por esse colegiado. A apresentação de relação de possíveis créditos, cópias de documentos de pagamentos ou das denúncias não ajudam na pretensão defensiva.”

Diante do exposto verifico que não cabe reparo à Decisão da 1^a JJF e, por essa razão, mantendo a Procedência da infração 3.

Sobre a infração 4, acusando o Contribuinte de recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias para comercialização, observo que o Recorrente nada acrescenta nas suas razões recursais, apenas aduz que a fundamentação para negar a sua impugnação foi a mesma da infração 3.

Portanto, haja vista que sequer o recorrente renova suas razões, as quais foram afastadas pela Decisão de piso, por não terem sido especificadas e comprovadas. O que se repete do presente Recurso, considero também procedentes essas infrações.

Com relação à infração 5, cuja acusação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, verifico que a Decisão de piso julgou-a Procedente em Parte, tendo em vista que, acatando as razões defensivas do autuado, o autuante efetuou revisão do lançamento reduzindo a exigência para o valor de R\$1.487,10.

E, neste Recurso, o recorrente destaca apenas que o Julgador reconheceu em parte a procedência da infração 5, mas não nos valores apontados na sua peça defensiva. Novamente sem apresentar a necessária comprovação de sua alegação.

Assim, não vejo no presente Recurso motivos para modificar a Decisão ora recorrida.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração Auto de Infração nº **293575.0603/13-6**, lavrado contra **TOPMIXX ATACADÃO MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$164.127,56**, acrescido das multas de 60% sobre R\$126.798,53 e 100% sobre R\$37.329,03, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "d" e "f", VII, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.238,80**, prevista no inciso IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS