

PROCESSO - A. I. Nº 210404.3009/13-1
RECORRENTE - SUPERMERCADO PIONEIRO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0053-04/17
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - PUBLICAÇÃO: 21/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0416-12/17

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Restou comprovado que a exigência fiscal recaiu sobre os valores extraídos do equipamento emissor de cupom fiscal, porém não escriturados. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, em epígrafe, para exigir crédito tributário de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor original de R\$648.409,98, através das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2011 e janeiro a setembro de 2012, no valor de R\$444.899,49, com multa de 100%;

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 4ª JF, decidiu, por unanimidade, pela Procedência das infrações com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado com observância do disposto no art. 39 do RPAF/99, Decreto 7.629/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, o sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações 01 e 03, pelo que ficam mantidas.

Quanto à infração 02, resultante da falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais Próprios, compreendendo os exercícios de 2011 (janeiro a dezembro) e de 2012 (janeiro a setembro).

A defendente inconformada com a autuação, sustenta que a sua forma de apuração, pelo autuante, estaria equivocada posto que, com relação ao exercício de 2012, o mesmo esqueceu de conceder o crédito fiscal daquele período, o que prejudicou e onerou o imposto devido. Após essa correção aduz que o ICMS exigível seria no valor de R\$5.844,13 (cinco mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e treze centavos).

Com relação ao exercício de 2011, aduz o defendente que, tendo em vista que acolheu os valores da infração 01, há porque constarem, novamente, na infração 02, os valores das saídas daquele período. Diz que para justificar a duplicidade dos, a única alternativa leva-o à conclusão de que isto fora feito para, no máximo, indicar a divergência das alíquotas dos produtos, porventura cadastrados com a alíquota errada, para menos, e que neste caso lançamentos, dever-se-ia cobrar apenas a diferença.

Reconhece após refazer os cálculos da apuração mensal do ICMS, utilizando os valores reais encontrados pelo fiscal autuante, em relação às saídas tributadas de 2011, e o imposto devido obtidos da leitura do MFD (cupons fiscais), que há diferenças pagas a menor nos meses de janeiro a maio de 2011, no total de R\$40.961,37 (quarenta mil, novecentos e sessenta e um reais e trinta e sete centavos), e um imposto pago a maior de junho a dezembro no valor total de R\$35.407,88.

Refutando o argumento da defesa, o autuante lembra que as diferenças de ICMS a recolher resultam de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada mediante confronto dos valores acumulados nos equipamentos ECF, com os lançados nos livros fiscais. No exercício de 2011, parte do montante apurado já se encontrava lançado nos livros fiscais e, por isso, foi cobrada como ICMS declarado e não recolhido. A parte complementar foi cobrada como ICMS não declarado, ou seja, imposto referente às operações não escrituradas nos livros próprios. Dessa forma, as infrações são distintas e não há cobrança em duplicidade.

Quanto ao argumento do contribuinte de que faz jus aos créditos fiscais, não considerados pela fiscalização, o autuante rebate a impugnação e explana que se o montante recolhido em cada mês do exercício de 2012 foi deduzido do ICMS devido, para se identificarem as diferenças a recolher, decorrentes de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, como evidencia o demonstrativo de fl.98. Assim, há de se concluir, por via de

consequência, que todos os créditos a que o contribuinte tinha direito foram considerados. Isto porque em todos os meses dos exercícios de 2011 e 2012, o próprio contribuinte apurou saldo devedor (ICMS a recolher), e tendo em vista que tais valores foram rigorosamente contemplados no levantamento, em que se baseia a infração 01, todos os créditos a que tinha direito o sujeito passivo foram considerados.

Para dirimir quaisquer dúvidas quanto à forma de apuração do imposto relativo a esta infração a 5ª JJF diligenciou o PAF para auditor fiscal estranho ao feito, componente do corpo técnico da ASTEC, que elucidasse as questões propostas pela defendente, com base nos documentos e livros fiscais da sociedade empresária:

(...)

1 – Verificar se efetivamente as diferenças apuradas na infração 02 foram relativas às operações não registradas, ou se houve erro na apuração, tais como nas alíquotas, o que repercutiu no cálculo do imposto.

2 – Observe-se que o demonstrativo das diferenças de ICMS apuradas nos exercícios de 2011 e 2012, evidenciando o montante de ICMS que deixou de ser recolhido ao erário encontra-se no CD de fl. 99, cujo recibo está anexo na fl. 96.

3 – A planilha resumo da infração anexa às fls. 97 e 98.

4 – Ressalte-se que as infrações 01 e 03 foram reconhecidas pelo sujeito passivo.

Pede-se a elaboração de novos demonstrativos, inclusive o de débito, caso haja alterações na infração 02.

Posteriormente, deve ser intimado o contribuinte para receber cópia da diligência e do seu resultado, fornecendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para que possa se manifestar, querendo.

Por último, retorne-se o PAF a este CONSEF para o prosseguimento da instrução processual.

Nas fls. 3390/3391, o diligente informa que as diferenças apuradas estão de acordo com os valores informados pelo autuado na sua memória fiscal, conforme detalhado nas planilhas anexadas por amostragem devido ao grande volume de folhas, fls. 3392/3400 e arquivo em mídia (CD) à fl. 99, deduzindo os valores informados mensalmente no livro Registro de Apuração do ICMS – LRAICMS como saldo a recolher, fls. 43/80 e 84/95, resultando das diferenças a recolher, conforme demonstrado à fls. 97 e 98 do PAF.

Conclui o diligente, que conforme detalhado nas planilhas anexadas em mídia (CD) à fl. 99, o autuante considerou a memória fiscal informado pelo autuado, efetuando demonstrativo de fls. 97 e 98, abatendo os valores já informados pelo mesmo no LRAICMS às fls. 43/80 e 84/95, resultando nas diferenças à recolher. Assim, informa que não foi elaborado novo demonstrativo, por entender que não houve alterações na infração 2.

Nas fls. 3401/3406, constam intimação e cientificação do autuado e do autuante sobre o resultado da diligência, mas não se manifestaram.

Acompanho o resultado da diligência que referendou o trabalho fiscal desde a sua origem. Infração procedente.

Saliento que nas fls. 3387, consta petição do representante do autuado, indicando o endereço correto para as intimações e cientificações, no qual requer que sejam encaminhadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Devidamente intimada, a Recorrente interpõe Recurso Voluntário no qual discute apenas a infração 2.

No que pertine a essa infração, diz que é improcedente em face de o preposto fiscal haver incorrido em erros de procedimento que acabaram por gerar o que foi entendido como infração à legislação do ICMS, também aduzindo que o imposto relativa ao ano de 2011 tenha sido cobrado na infração 1, reconhecida.

Relativamente à última assertiva, assevera que quando da realização de auditoria dos valores das suas vendas, o autuante teria feito a leitura dos ECF's – MFD referente ao período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, e de posse das ditas informações foram extraídos todos os valores das saídas tributadas no período, em cuja planilha resta demonstrado que em raros casos, alguns poucos produtos teriam sido tributados com alíquotas divergentes das constantes da legislação do ICMS.

Registra que no seu entender e com base na legislação, se as saídas tributadas de janeiro a dezembro de 2011 já foram objeto de tributação na apuração do ICMS lançado e não recolhido no período citado na infração 1, não haveria motivo para tais operações constarem da infração 2, a não ser para a mera demonstração e cobrança do valor correspondente à diferença entre as alíquotas correta e equivocada dos produtos porventura cadastrados com percentual errado.

Diz que não é verdadeira a afirmativa do Autuante de que o levantamento teria sido feito em razão de que as operações de saída não estariam escrituradas nos livros fiscais próprios, vez que o livro de RAICMS de 2011 estaria regularmente escriturado.

Entende que uma vez realizado o lançamento de todas as saídas de 2011, o Autuante deveria ter-lhe concedido o crédito das operações de entradas de mercadorias tributadas do mesmo período, o que afastaria a possibilidade de apuração de diferenças de valores entre os apurados pelo contribuinte (e cobrados na infração 1) e os apurados pela fiscalização.

Diz da improcedência da infração 1 no que se refere às operações do período de 2011.

Relativamente ao período de 2012, afirma que a forma de apuração está, igualmente, equivocada. Alega que apesar de o Autuante dizer da não escrituração das operações nos livros fiscais próprios, assevera que o seu livro de registro de apuração do ICMS, que tem o visto do auditor fiscal, está regularmente escriturado, bem como o livro Registro de Entradas de Mercadorias, todos do período correspondente.

Diz da não apropriação dos créditos fiscais, referentes a 2012, que lhe são de direito, e assevera que corrigida tal distorção restaria demonstrado que os valores efetivamente devidos não são os constantes da peça de acusação.

Registra que não há valores de saídas não escrituradas no exercício de 2011, pois os valores lançados nos livros fiscais pertinentes são os extraídos das reduções "Z" dos ECF's, os quais não estariam menores do que os encontrados pelo autuante nas leituras da Memória Fiscal dos mesmos equipamentos nos valores por ele apresentados. Quanto ao exercício de 2012, consigna que o Autuante não teria apropriado os créditos fiscais, deixando, portanto, de considerá-los no levantamento fiscal.

Anexa planilha com novo demonstrativo de débito com os valores que entende que são devidos, suficientes para comprovar a improcedência da infração também para o período de apuração 2012.

Por fim, pugna pela revisão de decisão recorrida para que seja declarada insubsistente a infração 2 e parcialmente procedente o Auto de Infração.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea "b", do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o presente recurso à apreciação das razões recursais em face da decisão de primeiro grau que julgou procedente o Auto de Infração. A discussão proposta pelo Sujeito Passivo atine à acusação fiscal constante da infração 2, relativa ao fato de que teria deixado de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.

A tese recursal, já exposta em sede de defesa, em síntese, alega que a apuração foi levada a efeito de forma equivocada, bem como a cobrança do imposto referente às operações do exercício de 2011 já teria sido feita na infração 1.

Vejo que em razão das razões de defesa, repetidas nesse Recurso Voluntário, a Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à ASTEC do CONSEF, com o fim de que fosse verificado se efetivamente as diferenças apuradas na infração 2 foram relativas às operações não registradas, ou se houve erro na apuração, tais como nas alíquotas, o que repercutiu no cálculo do imposto.

Como resultado da diligência, fls. 3390/3391, veio aos autos a informação de que *"... as diferenças apuradas estão de acordo com os valores informados pelo autuado na sua memória fiscal, conforme detalhado nas planilhas anexadas por amostragem devido ao grande volume de*

folhas, fls. 3392/3400 e arquivo em mídia (CD) à fl. 99, deduzindo os valores informados mensalmente no livro Registro de Apuração do ICMS – LRAICMS como saldo a recolher, fls. 43/80 e 84/95, resultando das diferenças a recolher, conforme demonstrado à fls. 97 e 98 do PAF”.

O diligente afirmou que o autuante considerou a memória fiscal informada pelo autuado, efetuando demonstrativo de fls. 97 e 98, abatendo os valores já informados pelo mesmo no LRAICMS às fls. 43/80 e 84/95, restando claras as diferenças a recolher, alinhado ao quanto indicado pelo Autuante na peça de acusação.

Restou, portanto, comprovado, que não houve no caso em exame sobreposição ou duplicidade de cobranças nas infrações 1 e 2. A exigência fiscal contida no item 1 do lançamento abarcou os valores que foram extraídos da memória fiscal dos equipamentos ECF do contribuinte e levados à escrituração nos livros próprios, porém não recolhidos aos cofres públicos, conforme se encontra detalhado no Demonstrativo apensado à fl. 97 dos autos, na coluna “ICMS Declarado”.

Já a exigência fiscal contida no item 2 do Auto de Infração alcançou valores também extraídos da memória fiscal dos ECFs (equipamentos emissores de cupons fiscais), porém não levados à escrituração nos livros do contribuinte. Essas parcelas, que também não foram recolhidas em favor do Erário Estadual, compõem a coluna “ICMS não Declarado” constante das planilhas anexadas às fls. 97/98 do PAF.

As exigências fiscais em exame, portanto, abrangem o total do ICMS que não foi recolhido aos cofres públicos, extraídos dos ECFs do contribuinte, sendo que parte desses valores foram escriturados (infração 1) e parte sequer foram lançados na escrita fiscal (infração 2), de forma que não há que se acolher a tese da recorrente de que houve o lançamento de valores em duplicidade no Auto de Infração.

Frente ao acima exposto e considerando que o Recurso Voluntário traz as mesmas razões dispostas na defesa e que o feito foi convertido em diligência para apuração de verdade dos fatos, sem que nada de novo foi trazido aos autos, não há que se proceder a qualquer reforma no julgado de piso, eis que ancorada em apurações técnicas derivadas da busca da verdade material.

Assim, o voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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** o Auto de Infração nº **210404.3009/13-1**, lavrado contra **SUPERMERCADO PIONEIRO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$648.129,98**, acrescido das multas de 60% sobre R\$203.230,49 e 100% sobre R\$444.899,49, previstas no art. 42, incisos II, “f” e III, da Lei nº 7. 014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$280,00**, prevista no inciso XVIII, “c”, do mesmo artigo e diploma legal citados, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS