

A. I. Nº - 269114.0301/14-6
AUTUADO - INCOMAF COMÉRCIO DE MADEIRAS E FERRAGENS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11/11/2020

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0109-01/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS MEDIANTE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Refeitos os cálculos, mediante diligência, reduzido o débito. Infração parcialmente subsistente. 2. LIVROS FISCAIS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE ENTRADAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **c)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Autuado apresenta elementos comprobatórios que elidem parcialmente as infrações 2 e 4 e reconhece a infração 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Fatos demonstrados nos autos. Infração subsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. **a)** MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. Diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, cumprida pelo próprio autuante, resultou no refazimento dos cálculos e redução do débito. Retificada de ofício a multa de 10% para 1%, em face da redação do inciso IX do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, ter sido alterada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, que passou a multa de 10% para 1%, do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal. Nos termos do art. 106 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato

não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente, ao tempo da sua prática. Assim sendo, como a alteração acima aduzida passou a multa de 10% para 1%, cabe à aplicação retroativa do novo dispositivo legal ao caso em exame, por se tratar de penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época de ocorrência dos fatos, objeto da autuação. Infração 6 parcialmente subsistente. **b) MERCADORIAS OU SERVIÇOS TOMADOS SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL.** Diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, cumprida pelo próprio autuante, resultou no refazimento dos cálculos e redução do débito. Infração 7 parcialmente subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$639.398,90, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$452.916,89, acrescido da multa de 70% e 100%, aplicada de acordo com a legislação vigente à época dos fatos.

Consta que foram detectadas operações realizadas nos cartões de crédito ou débito no período objeto da autuação e que não foram emitidas as respectivas notas fiscais ou cupons fiscais;

2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desconcreto entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de fevereiro e março de 2009, janeiro e dezembro de 2010, janeiro, fevereiro, abril, setembro, novembro e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$129.844,28, acrescido da multa de 60%;

3. Recolheu a menos ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro e março de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$0,09, acrescido da multa de 60%;

4. Recolheu a menos ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de maio, outubro e novembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$0,05, acrescido da multa de 60%;

5. Declarou incorretamente dados nas informações econômicos-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), nos meses de março, abril, junho a novembro de 2009, janeiro a abril, setembro e novembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo imposta multa por descumprimento e obrigação acessória no valor de R\$3.640,00;

6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2009, janeiro a julho, setembro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo imposta multa por descumprimento de

obrigação acessória no valor de R\$46.624,43, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias;

7. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2009, janeiro a julho, setembro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$6.373,16, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias.

O autuado apresentou Defesa (fls. 49 a 112). Registra os anexos que acompanham a peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Inicialmente assinala que no trimestre de julho a setembro de 2011, foi fiscalizado pelo Auditor Fiscal Rubem Ivo Leal, referente ao exercício de 2008 e 2009 na programação normal de Auditoria, tendo naquela época sido examinada através dos seus livros fiscais e documentos a eles correlatos a conta corrente do ICMS, lançamentos de notas fiscais de entradas e saídas, conferência dos créditos fiscais utilizados, regularidade dos pagamentos do ICMS por substituição tributária e antecipação tributária, atestado a utilização normal do Emissor de Cupom Fiscal, examinados as entradas de material de consumo e de aquisição de bens do ativo imobilizado, além de examinados a regularidade da entrega dos documentos de informações econômicas fiscais – DMA e Sintegra, não sendo constatada nenhuma irregularidade.

Diz que ainda no mesmo trimestre de julho a setembro de 2011, foi fiscalizado pelo Auditor Fiscal Rubem Ivo Leal, referente ao exercício de 2011, na programação de Auditoria Sumária, mais conhecida por Operação Cartão de Crédito, tendo naquela época sido examinada através dos seus livros fiscais e documentos a eles correlatos, a regularidade dos lançamentos das vendas efetuadas por meio de cartão de crédito e/ou débito devidamente registradas nas suas reduções “Z” do Emissor de Cupom Fiscal e das notas fiscais de saídas emitidas e cujos pagamentos foram realizados pelos clientes através de cartão de crédito e/ou débito, em confronto com as informações fornecidas pelas Administradoras de Cartão de Crédito e/ou Débito, não sendo constatada nenhuma irregularidade.

Já no trimestre de janeiro a março de 2013, foi fiscalizado pelo Auditor Fiscal Carlos Raimundo da Silva Pereira de Souza, referente ao exercício de 2010 e 2011, na programação normal de Auditoria, tendo naquela época sido examinada através dos seus livros fiscais e documentos a eles correlatos a conta corrente do ICMS, lançamentos de notas fiscais de entradas e saídas, conferência dos créditos fiscais utilizados, regularidade dos pagamentos do ICMS por substituição tributária e antecipação tributária, atestado a utilização normal do Emissor de Cupom Fiscal, examinados as entradas de material de consumo e de aquisição de bens do ativo imobilizado, além de examinados a regularidade da entrega dos documentos de informações econômicas fiscais – DMA e Sintegra, não sendo constatada nenhuma irregularidade.

Consigna que, estranhamente, a Inspetoria Fazendária no período de abril a setembro de 2014, determinou ao mesmo Auditor Fiscal Carlos Raimundo da Silva Pereira de Souza, que procedesse a nova fiscalização nos livros da empresa, referente aos exercícios de 2009 pela 2ª vez, 2010 também pela 2ª vez, e ao exercício de 2011, quando o autuante, sem justificativa plausível, realiza os seus trabalhos e conclui que deve constituir crédito fiscal de ICMS no valor de até R\$0,01, em decorrência de a empresa ter deixado de recolher este valor, por motivo de aproximação decimal, quando dos seus lançamentos na escrita fiscal.

Afirma que apesar dessa rigorosidade, demonstrará que em outros meses de apuração do mesmo período, recolheu a mais o ICMS devido, e autuante não relatou o ocorrido no seu termo de encerramento. Acrescenta que também provará que as demais acusações fiscais são completamente improcedentes.

Observa que antes de adentrar a lide, em si, discorrerá a respeito de alguns princípios da maior importância para o Processo Administrativo Fiscal – PAF, a fim de que os julgadores tenham em

mente ao analisar os fatos relacionados a autuação, o conteúdo destes princípios devidamente ao presente PAF. Neste sentido, discorre amplamente sobre os princípios da legalidade objetiva, da verdade material, da inquisitorialidade e da tipicidade cerrada.

Argui preliminares de nulidade. Alega a existência de diversos vícios insanáveis, provocados pelo autuante, vícios estes que implicam na nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18 do RPAF/99 aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Alega cerceamento ao direito de exercício à ampla defesa. Diz que ao encerrar o trabalho fiscal, o autuante forneceu, além do Auto de Infração, uma cópia do demonstrativo de débito, discriminando-o, mês a mês as parcelas de ICMS que o mesmo achava que a empresa era devedora.

Diz que com base nesses elementos materiais, não é possível se elaborar uma defesa, ideal, onde se pudessem apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão. Alega que os demonstrativos fornecidos pelo autuante não são, em si próprios, autoexplicativos, nem são claros.

Observa que o lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de Direito estipuladas nas Leis, Regulamentos e Portarias, existem rotinas administrativas a serem observadas e que estão contidas nas Instruções Normativas e Informações Técnicas oriundas da Administração visando a correção da atividade fiscalizadora, que os julgadores, no presente caso, concluirão que está patente a inobservância, por parte do autuante, dos dispositivos dos atos normativos em vigor.

No tocante à infração 1, alega que o autuante deixou de lançar inúmeras notas fiscais de saídas cujas operações foram efetuadas através de pagamento por parte dos clientes por meio de cartão de crédito e/ou débito. Diz que ao verificar conteúdo do CD, constatou que no mesmo, não consta uma enorme quantidade de notas fiscais de saídas cujas operações foram pagas através de operação de cartão de crédito e/ou débito.

Sustenta que com esse procedimento o autuante cerceou o direito de defesa da empresa, que não pode conferir os lançamentos efetuados pelo autuante nos seus demonstrativos.

Quanto à infração 5, alega que o autuante se limitou a declarar que a empresa declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais, através do DMA.

Afirma que o autuante deveria declarar, mês a mês, quais são os valores que constam na sua escrita fiscal e que estão divergentes na informação prestada nas DMAS. Diz que com esta declaração vaga, não foi dada a empresa qual foi a informação que a mesma deixou de informar no DMA.

Assevera que desse modo, também resta caracterizado o cerceamento do seu direito de defesa nesta infração.

No que tange às infrações 6 e 7, alega que o autuante não forneceu as cópias das notas fiscais de entradas, em formato de papel, que o mesmo alega ter verificado no sistema CFAMT e na Web Sintegra que não estariam registradas na escrita fiscal da empresa.

Observa que na instauração do processo administrativo fiscal atender-se-á entre outros princípios, o princípio da verdade material conforme determina o art. 2º do RPAF. Diz que o autuante ao não fornecer cópia das notas fiscais, em formato de papel, constantes no demonstrativo relativo às infrações 6 e 7 cerceou o direito de ampla defesa da empresa.

Ressalta que existem inúmeros casos, em que no sistema CFAMT/SEFAZ e na Web Sintegra, constam notas fiscais cujos destinatários são outras empresas, os números das notas estão incorretos, os valores das notas fiscais constantes na relação do CFAMT e na Web Sintegra não coincidem com o valor real constante da via das notas fiscais, a natureza da operação não é compra para revenda, às vezes sendo remessa para conserto, bonificação, prestação de serviços,

etc.

Registra que este Conselho tem se pronunciado constantemente em inúmeras decisões proferidas que a via arrecadada nos diversos postos fiscais fixos e volantes ou a cópia fornecida por fornecedores, é prova material imprescindível para comprovação de irregularidade fiscal e que deve ser anexada aos autos e também ser fornecida cópia das mesmas ao contribuinte para que o mesmo tenha o direito de garantia de ampla defesa.

Ressalta que ficou prejudicado no exercício do sagrado direito de defesa, tido, neste momento, como cerceado, por, não lhe ter sido permitido de forma clara e suficiente, o perfeito entendimento do teor da autuação impossibilitando, assim, o exercício do contraditório.

Menciona que sob o aspecto do cerceamento do direito de defesa, existem inúmeras decisões, inclusive a nível federal, que amparam a sua pretensão de nulidade, especialmente quando o cerceamento é oriundo de descumprimento de formalidade impeditiva do exercício da ampla defesa, a exemplo do Ac. 303-25.277, Rel. Hélio Loyolla de Alencastro, publicado no DOU de 10/03/89, p. 3754, que diz: “Desatendido requisito essencial de forma impeditiva de exercício, amplo e desembaraçado, do direito, configura-se o cerceamento de defesa, cuja consequência é a nulidade do processo”.

Assinala que este Conselho, através de suas Juntas e Câmaras tem se manifestado constantemente a favor do contribuinte quando é cerceado o seu direito de defesa, apresentando, neste sentido, as decisões prolatadas, no caso ACORDÃO CJF nº 0033-12/05, ACORDÃO JJF nº 0159-04/05, ACORDÃO CJF nº 0270-11/05, ACORDÃO CJF nº 0034-12/05, ACORDÃO JJF nº 0492-02/04, ACORDÃO JJF nº 0505-04/04, ACORDÃO JJF nº 0044-03/11, ACORDÃO JJF nº 0094-04/11, ACORDÃO JJF nº 0113-01/11, ACORDÃO CJF nº 0141-11/11, ACORDÃO JJF nº 0145-03/11, ACORDÃO JJF nº 0173-12/11.

Alega falta de descrição clara e precisa da acusação fiscal. Diz que o Auto de Infração para ser aceito como documento regular de cobrança da obrigação tributária, precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação, entre estes, destaca-se, pela sua essencialidade, o previsto no art. 39, III do RPAF/99, cuja transcrição apresenta.

Afirma que inexiste dúvida de que um dos requisitos essenciais do Auto de Infração é a descrição do que a autoridade fiscal entender como fato gerador do tributo, desse modo, deve estar indicado na peça de acusação, o fato gerador visualizado pelo agente fiscal, o que lhe daria respaldo para levar a efeito exigência tributária, por meio da autuação.

Sustenta que o fato que teria dado motivação para a exigência tributária não é verdadeiro, pois o autuante deixou de lançar inúmeras notas fiscais de saídas cujas operações foram efetuadas através de pagamento por parte dos clientes por meio de cartão de crédito e/ou débito.

Alega que ao verificar o conteúdo do CD, constatou que no mesmo, não consta uma enorme quantidade de notas fiscais de saídas cujas operações foram pagas através de operação de cartão de crédito e/ou débito.

Quanto à infração 5, diz que o autuante se limitou vagamente a declarar que a empresa declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais através do DMA. Alega que com esta declaração vaga, não foi dada a empresa qual foi a informação que a mesma deixou de informar no DMA, inexistindo, desse modo, a descrição clara e precisa da acusação o que está caracterizado o cerceamento do seu direito de defesa e a falta de formalidade legal prevista no RPAF, portanto passível de nulidade do ato praticado pela autoridade fiscal.

Frisa que ao que tudo indica o autuante entendeu que a sua redação, no Auto de Infração, era suficiente para possibilitar, uma descrição clara e precisa, do fato gerador.

Assevera que as infrações 1 e 5 não estão caracterizadas e não existe nos autos qualquer elemento que possa determiná-las com segurança.

Salienta que a infração deve estar bem descrita no Auto de Infração, a fim de possibilitar ao

contribuinte, que se defenda amplamente. Diz que esta descrição há de ser objetiva, clara e tão completa quanto necessária para que o autuado possa saber de que realmente está sendo acusado, pois, a não ser assim, não terá condições para o exercício da plena defesa que lhe assegura a Constituição Federal.

Aduz que sobre a falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança e clareza, o fato gerador, dispõe o RPAF/99, no seu artigo 18, IV, que o lançamento é nulo, conforme transcrição que apresenta do referido dispositivo regulamentar processual.

Assinala que o próprio CONSEF, nas suas decisões, tem deixado claro que não é aceitável que uma acusação, contida em um Auto de Infração, seja obscura e, conseqüentemente, não retrate com clareza qual o seu verdadeiro teor. Neste sentido, apresenta decisões prolatadas por este Conselho, no caso ACORDÃO JJF nº 0320-04/07, ACORDÃO CJF nº 0023-11/08, ACORDÃO JJF nº 0251-03/07, ACORDÃO CJF nº 0385-12/07, ACORDÃO JJF nº 0062-05/05, ACORDÃO JJF nº 0094-01/05, ACORDÃO CJF nº 0071-11/05, Acórdão nº 0045/99,

Acórdão nº 1079/99, ACORDÃO JJF nº 0014-03/11.

No mérito, sustenta que a autuação é improcedente. Neste sentido, pede que os julgadores se atentem para a existência da disposição contida no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, a qual determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, mesmo merecendo o ato de lançamento ser objeto de nulidade.

No que concerne à infração 1, diz que no exercício de 2009, constatou que o autuante cometeu alguns enganos e equívocos.

Alega que apesar de cerceado no seu direito de defesa e mesmo com exiguidade de tempo, o autuante teve o período de 180 dias para fazer o trabalho de auditoria e o prazo de defesa é de apenas 30 dias, utilizando as informações constantes nos demonstrativos apresentados pelo autuante, conferiu e refez o levantamento efetuado pelo mesmo e constatou que o autuante deixou de constar em seu levantamento, inúmeras notas fiscais de saídas cujas vendas foram efetuadas através de pagamento em cartão de débito e/ou crédito.

No tocante ao levantamento fiscal realizado pelo autuante, diz que este cometeu inúmeros erros, enganos, equívocos e falhas que deram lugar a dúvidas e causaram incorreções nos demonstrativos e conseqüentemente comprometeu o valor apurado em sua plenitude, dos quais destaca os seguintes, literalmente:

- a) Falta de lançamento de Notas Fiscais de saídas cujas operações de venda foram quitadas através de operações com cartão de crédito e/ou débito nos seus demonstrativos em todo o período levantado.*
- b) A autuada está apresentando no **anexo 06** desta defesa, a relação das notas fiscais não lançadas pelo autuante nos seus demonstrativos e desde já requeremos a esta JJF que seja realizada diligência fiscal pelo autuante ou por preposto fiscal estranho ao feito para que sejam feitas as devidas correções aos demonstrativos apresentados pelo autuante.*
- c) O autuante por motivo de não conhecer como funcionam as atividades comerciais da autuada, não averiguou que por vezes as vendas são efetuadas com pagamento através de cartão com datas posteriores a emissão das notas como também o inverso.*
- d) Pelo motivo de grande parte das operações serem efetuadas com compradores que estão fazendo obras de construção civil ou reparos em suas propriedades, e que mandam um marceneiro, pintor, mestre de obras ou outro qualquer preposto, adquirir uma mercadoria. No ato da aquisição é emitida nota fiscal serie Única e o pagamento é feito posteriormente, quando o real proprietário devedor vem em nosso estabelecimento e faz o pagamento em cartão de debito e/ou crédito.*
- e) Por vezes, acontece também que os mesmos prepostos citados no item anterior, adquirem diversas mercadorias com autorização do proprietário da obra ou construtor civil, e o proprietário passava em nosso estabelecimento vários dias após a efetiva compra e faz o pagamento através do cartão de debito ou crédito em várias parcelas e dias posteriores a efetivas compras. Vale salientar, que tal fato era rotineiro nos exercícios de 2009, 2010 e 2011, pois a autuada realizava as operações de cartão de débito e/ou crédito através de maquina manual não acoplada ao ECF.*
- f) A autuada está anexando a esta defesa (POR AMOSTRAGEM) cópias de notas fiscais emitidas cujas*

operações foram pagas através de cartão de débito e/ou crédito para atestar a veracidade das afirmações constantes desta defesa. Vide anexo 02.

Requer a realização de diligência pelo autuante, ou por preposto fiscal estranho ao feito para que sejam feitas as devidas correções aos demonstrativos apresentados pelo autuante e após a apresentação destes novos demonstrativos, solicita a reabertura do prazo de defesa por 30 dias, conforme prevê o § 1º do artigo 138 do PFAF, por ter sido cerceado o seu direito à ampla defesa.

Menciona que o seu estabelecimento está localizado em um bairro da periferia da cidade do Salvador e é estabelecido com o ramo de comércio varejista de madeiras e ferragens para construção em geral.

Aduz que em decorrência do previsto na legislação tributária, aproximadamente, 61,14 % das mercadorias que comercializa não sofre tributação quando da sua saída em virtude de ter a sua fase de tributação encerrada, em face de o ICMS ter sido pago pelo regime de substituição tributária ou pelo regime de antecipação tributária, conforme pode ser verificado através das notas fiscais de saídas e cupons fiscais emitidos, estes produtos são: tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, removedores, solventes, catalisadores e outras mercadorias da indústria química que estão elencados no Convênio ICMS 74/1994.

Esclarece que além dessas mercadorias negocia com outros produtos tais como; abraçadeiras, aduelas, alisares, argamassa, assoalho, basculantes, batedores, batentes, buchas, cadeados, cantoneiras, colas, corrediças, dobradiças, fechaduras, ferrolhos, fita formica, formica, janelas, laminados, lixa d'água, parafusos, portas, puxadores, rejuntas, suportes e outras mercadorias do ramo de material de construção, acabamento, bricolagem ou adorno que estão arrolados no Anexo Único do Protocolo 104/2009 e constantes das Alterações 140, 141, 142 e 143 do RICMS.

Ressalta que todas essas mercadorias têm a sua tributação do ICMS pelo regime de Substituição Tributária previstas em Convênios/Protocolos e/ou Antecipação Tributária, conforme dispõe o art. 353, Inciso II, itens 15, 16 e 40 do RICMS/97 e alterações posteriores.

A Secretaria da Fazenda, com o passar dos anos, vem alterando a legislação e incluindo cada dia mais, produtos para ser cobrado o ICMS pelo regime de substituição tributária e/ou antecipação tributária.

A autuada efetuou o pagamento do ICMS por antecipação tributária parcial e substituição tributária total (quando cabível) sobre todas as compras efetuadas em outros estados da Federação no período fiscalizado pelo autuante.

Alega que também negocia com produtos que tem sua base de cálculo reduzida nas saídas como arame galvanizado, arame recozido e pregos, base de cálculo reduzida em 29,41%, conforme prevê o art. 87 do RICMS vigente à época dos fatos ocorridos, ou seja, no exercício de 2009 a 2011.

Alega inadequação do roteiro de fiscalização aplicado pelo autuante para apuração dos fatos desta infração.

Afirma que o autuante usou inadequado de Roteiro de Fiscalização aplicado na ação fiscal, para apurar supostas irregularidades praticadas pela empresa, em virtude da natureza da sua atividade. Alega que no exercício de 2011 operou com aproximadamente 38,86 % dos seus atos negociais, com vendas de mercadorias que sofreram tributação pelo sistema de substituição tributária e/ou antecipação tributária, no caso azulejos, pisos cerâmicos, tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, impermeabilizantes, removedores, solventes, diluentes, massas para acabamento, massa plástica, corantes, etc., além de mercadorias que tem sua base de cálculo reduzida em 29,41% nas saídas, como arame galvanizado, pregos, arame farpado.

Assevera que as mercadorias cujas saídas sofrem tributação pela alíquota cheia de 17%, representam em média, apenas 61,14 % das operações realizada pela autuada.

Alega que o autuante chegou a utilizar o percentual de 84,74 % no mês de novembro de 2011, como se fosse de operações que sofrem tributação normal, o que é totalmente improcedente tais

cálculos. Diz que o ramo de material de construção teve grande parte das mercadorias incluídas no regime de pagamento de imposto por substituição tributária a partir da alteração de nº 140, 141 e 142 do RICMS, com vigência no final do exercício de 2009.

Assinala que o CONSEF tem julgado nulos e improcedentes diversos Autos de Infração cujo roteiro de fiscalização para apurar irregularidades através de exames nas vendas por meio de cartão de crédito é aplicado em empresas que negociam na sua maioria com produtos isentos, produtos que tiveram a sua fase de tributação encerrada, seja com o recolhimento do ICMS por antecipação tributária ou por recolhimento por substituição tributária como é o caso da empresa. Invoca e reproduz excertos dos seguintes Acórdãos: CJF 0203-11/05; JJF0029-02/05; JJF 0023-02/05; JJF 0095-02/05; JJF 0249-03/05 e JJF 00882-04/05.

Aduz que no caso desta infração, não sendo acatado pela JJF o pedido de nulidade total, requer que seja solicitado ao autuante para efetuar demonstrativo analítico das saídas efetuadas pela empresa através das reduções “Z” dos ECFs pelo valor total, acrescidos dos valores constantes das notas fiscais série D -1 e série Única ou através dos lançamentos efetuados no Livro de Apuração do ICMS, constando o valor das saídas de mercadorias isentas, mercadorias cujo ICMS foi recolhido pelo regime de Substituição Tributária e/ou Antecipação Tributária e o valor das saídas de mercadorias tributadas, para que sejam calculados os percentuais referentes às saídas de cada tipo de mercadoria e que seja aplicado o princípio da proporcionalidade entre as mesmas de maneira correta, conforme demonstrativo que elaborou (anexo 01), consoante decisões anteriores deste Conselho, com a devida aplicação correta da Instrução Normativa 56/2007 e reduzido o valor do ICMS devido.

Diz que acatado o pedido pela aplicação da proporcionalidade, realizou o levantamento referente ao mês de junho de 2011 (conforme cópia anexa) tendo apurado o débito da seguinte forma: Diferença real existente apurada pela autuada R\$ 4.825,52. Pela proporcionalidade, o percentual de 52,76% de omissão de saídas de mercadorias tributadas resulta no valor de uma Base de Cálculo Total de R\$2.545,86 cujo ICMS calculado à alíquota de 17% é de R\$432,80. O total do ICMS apurado e devido no mês de junho de 2011 é de apenas R\$432,80.

Diz que se acatado o pedido pela aplicação da proporcionalidade, realizou o levantamento referente a todo o período fiscalizado (conforme anexos 01 a 04) tendo apurado o débito total do ICMS de apenas R\$1.788,72.

Observa que a Secretaria da Fazenda, considerando as decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual publicou a Instrução Normativa nº 56/2007 determinando que os prepostos fiscais quando apurassem infrações previstas no § 3º do art. 2º do RICMS com matriz no § 4º da Lei nº 7.014/96 aplicasse o princípio da proporcionalidade entre as saídas de mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária.

Sustenta que o autuante cometeu enganos e em decorrência destes enganos, o cálculo dos percentuais aplicados no seu demonstrativo está incorreto, o que ensejou uma cobrança indevida e o descumprimento da maneira correta ao que determina a Instrução Normativa nº 56/2007, publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia no dia 21/09/2007, que é norma legal, portanto, passível de nulidade do constante na Infração 01 deste Auto de Infração.

Ressalta que demonstra no anexo 01 da peça defensiva, mês por mês, os percentuais referentes às saídas de mercadorias isentas e/ou que sofreram tributação antecipada e os percentuais referentes às vendas de mercadorias tributadas, para que seja aplicado de maneira correta, o princípio da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa citada anteriormente.

Conclusivamente, requer a nulidade deste item da autuação e, caso não seja acatado o pedido, que seja aplicado o princípio da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, reduzindo o valor do ICMS devido no mês de junho de 2011 para R\$432,80, conforme cálculo efetuado pela empresa e seja julgada procedente em parte a infração.

Quanto à infração 2, diz que constatou que o autuante cometeu alguns enganos e equívocos.

No tocante ao exercício de 2009, reconhece no mês de fevereiro o débito de ICMS, apurado pelo autuante no valor de R\$0,02 (dois centavos).

No mês de março reconhece o débito de ICMS, apurado pelo autuante no valor de R\$ 0,01(um centavo).

No mês de agosto de 2009, diz que apurou o imposto devido no valor de R\$106.902,59. Recolheu o imposto através de duas parcelas. Uma parcela no valor de R\$53.451,30 em 09 de setembro de 2009 e a outra parcela no valor de R\$53.451,30 foi recolhida em 22 de setembro de 2009 com os devidos acréscimos legais.

Portanto, recolheu o valor de R\$106.902,60, quando o ICMS devido era no valor de R\$106.902,59.

Alega que houve um recolhimento a mais no valor de R\$0,01(um centavo). Logo tem direito a devolução da quantia paga a mais e formulará pedido de restituição do valor do imposto, através de petição dirigida a autoridade competente, nos termos do artigo 10 do RPAF e conforme prevê os artigos 73 a 78 também do RPAF.

Salienta que o autuante poderia ter constado este fato no termo de encerramento de fiscalização, já que foi tão rigoroso ao cobrar diferença de R\$0,01 no mês de março de 2009.

No mês de novembro de 2009, diz que apurou o imposto devido no mês de novembro de 2009, no valor de R\$96.781,27.

Recolheu o imposto através de duas parcelas. Uma parcela no valor de R\$48.390,64 em 09 de dezembro de 2009 e a outra parcela no valor de R\$ 48.390,64 foi recolhida em 22 de setembro de 2009 com os devidos acréscimos legais.

Portanto, recolheu o valor de R\$96.781,28, quando o ICMS devido era no valor de R\$96.781,27.

Alega que houve um recolhimento a mais no valor de R\$ 0,01(um centavo). Logo tem direito a devolução da quantia paga a mais e estará entrando com o pedido de restituição do valor do imposto, através de petição dirigida a autoridade competente, nos termos do artigo 10 do RPAF e conforme prevê os artigos 73 a 78 do mesmo RPAF.

Salienta que o autuante poderia ter constado este fato no termo de encerramento de fiscalização, já que foi tão rigoroso ao cobrar diferença de R\$0,01 no mês de março de 2009.

No mês de dezembro de 2009, diz que apurou o imposto devido no valor de R\$115.147,25, recolheu o imposto devido em duas parcelas. Uma parcela no valor de R\$57.573,63 em 11 de janeiro de 2010 e a outra parcela no valor de R\$57.573,63 foi recolhida em 22 de setembro de 2009 com os devidos acréscimos legais. Portanto, recolheu o valor de R\$115.147,26, quando o ICMS devido era no valor de R\$115.147,25.

Diz que houve um recolhimento a mais no valor de R\$0,01(um centavo). Logo tem direito a devolução da quantia paga a mais e apresentará pedido de restituição do valor do imposto, através de petição dirigida a autoridade competente, nos termos do artigo 10, 73 a 78 do RPAF.

Salienta que o autuante poderia ter constado este fato no termo de encerramento de fiscalização, já que foi tão rigoroso ao cobrar diferença de R\$0,01 no mês de março de 2009.

Quanto aos exercícios de 2010 e 2011, diz o seguinte:

Exercício de 2010

No mês de janeiro de 2010, reconhece o débito de ICMS, apurado pelo autuante no valor de R\$ 0,01.

No mês de agosto de 2010, diz que apurou o imposto devido no valor de R\$103.424,17, sendo que recolheu este valor em duas parcelas. A primeira parcela no valor de R\$51.395,58 em 09/09/2010 e segunda parcela no valor de R\$52.508,59 recolhida em 23/10/2010 com os devidos acréscimos legais.

Afirma que desse modo, recolheu o valor de R\$103.904,17, quando o ICMS devido era no valor de R\$103.424,17.

Alega que houve um recolhimento a mais no valor de R\$480,00, portanto, tem direito a devolução da quantia paga a mais e estará entrando com o pedido de restituição do valor do imposto, através de petição dirigida a autoridade competente, nos termos dos artigos 10, 73 a 78 do RPAF.

Alega que o autuante poderia ter constado este fato no termo de encerramento de fiscalização, já que foi tão rigoroso ao cobrar diferença de R\$0,01 no mês de janeiro de 2010.

No mês de outubro de 2010, diz que apurou o imposto devido no valor de R\$122.804,73, sendo que recolheu o imposto devido em duas parcelas. A primeira parcela no valor de R\$ 61.402,37 em 09/11/2010 e a segunda parcela no valor de R\$60.402,37 em 22/11/2010 com os devidos acréscimos legais.

Consigna que desse modo, recolheu o valor de R\$122.804,74, quando o ICMS devido era no valor de R\$122.804,73.

Alega que desse modo, recolheu a mais o valor de R\$ 0,01, portanto, tem direito a devolução da quantia paga a maior e estará entrando com o pedido de restituição do valor do imposto, através de petição dirigida a autoridade competente, nos termos do artigo 10, 73 a 78 do RPAF.

Aduz que o autuante poderia ter constado este fato no termo de encerramento de fiscalização, já que foi tão rigoroso ao cobrar diferença de R\$0,01 no mês de janeiro de 2010.

No mês de dezembro de 2010, afirma que a acusação fiscal é improcedente. Diz que inexistente a diferença apontada pelo autuante no valor de R\$37.278,15. Alega que o saldo devedor de ICMS na conta corrente fiscal é no valor de R\$85.807,72 conforme Livro de Apuração do ICMS (anexo 04), sendo que recolheu o imposto devido em duas parcelas. A primeira parcela no valor de R\$ 42.903,86 em 10/01/2011 e a segunda parcela no valor de R\$42.903,86 em 21/01/2011 com os devidos acréscimos legais.

Afirma que desse modo, recolheu o valor total de R\$85.807,72, que corresponde ao valor devido e lançado à fl. nº 25 do Livro de Apuração do ICMS nº 15.

Exercício de 2011

No mês de janeiro de 2011, reconhece o débito de ICMS apurado pelo autuante no valor de R\$ 123,05.

No mês de fevereiro de 2011, reconhece o débito de ICMS apurado pelo autuante no valor de R\$ 34,02.

No mês de abril de 2011, sustenta que a acusação fiscal é improcedente. Alega que inexistente a diferença apontada pelo autuante no valor de R\$92.288,87. Diz que o saldo devedor de ICMS na conta corrente fiscal é no valor de R\$32.865,67, conforme fl. 09 do Livro de Apuração do ICMS nº 16, sendo que recolheu o imposto devido referente ao mês de abril, em 09/05/2011 no valor de R\$ 32.875,81.

Alega que desse modo, recolheu o valor de R\$ 32.875,81, quando o ICMS devido era no valor de R\$ 32.865,87, portanto, houve um recolhimento a mais no valor de R\$10,14, que tem direito a devolução, e estará entrando com o pedido de restituição do valor do imposto, através de petição dirigida a autoridade competente, nos termos do artigo 10, 73 a 78 do RPAF.

Alega que o autuante poderia ter constado este fato no termo de encerramento de fiscalização, já que foi tão rigoroso ao cobrar diferença de R\$0,01 no mês de janeiro de 2010.

No mês de maio de 2011, diz que apurou o imposto devido no valor de R\$87.770,70, sendo que recolheu o imposto devido em duas parcelas. A primeira parcela no valor de R\$43.885,36 em 09/06/2011 e a segunda parcela no valor de R\$43.885,36 recolhida em 17/06/2011 com os devidos acréscimos legais.

Aduz que desse modo, recolheu o valor de R\$87.770,72, quando o ICMS devido era no valor de R\$ 87.770,70.

No mês de junho de 2011, diz que apurou o imposto devido no valor de R\$38.016,76, sendo que recolheu o imposto devido em 12/07/2011 no valor de R\$41.250,31, portanto, houve um recolhimento a mais no valor de R\$3.233,55, a que tem direito a devolução, e estará entrando com o pedido de restituição do valor do imposto, através de petição dirigida a autoridade competente, nos termos do artigo 10, 73 a 78 do RPAF.

Frisa que o autuante poderia ter constado este fato no termo de encerramento de fiscalização, já que foi tão rigoroso ao cobrar diferença de R\$0,01 no mês de janeiro de 2010.

No mês de setembro de 2011, reconhece o débito de ICMS apurado pelo autuante no valor de R\$120,08.

No mês de novembro de 2011, reconhece o débito de ICMS apurado pelo autuante no valor de R\$0,02.

No mês de dezembro de 2011, reconhece o débito de ICMS apurado pelo autuante no valor de R\$0,05.

No respeitante à infração 3, reconhece como devido o débito de ICMS apurado pelo autuante no mês de fevereiro de 2011 valor de R\$0,06.

Reconhece também o débito de ICMS apurado pelo autuante no mês de março de 2011, no valor de R\$0,03.

Quanto à infração 4, alega que constatou que o autuante cometeu alguns enganos e equívocos, conforme apresenta.

No mês de maio de 2011, afirma que a acusação fiscal é improcedente. Diz que inexistente a diferença apontada pelo autuante no valor inexpressivo de R\$0,02. Alega que o valor a ser transcrito referente ao débito do livro Registro de Saídas era de R\$160.524,69, sendo que transcreveu para o Livro de Apuração do ICMS o valor de R\$160.524,67, portanto havendo uma diferença de R\$0,02.

Salienta que após apurar o imposto devido no mês de maio de 2011, no valor de R\$87.770,70, recolheu o imposto devido em duas parcelas. A primeira parcela no valor de R\$43.885,36 em 09/06/2011 e a segunda parcela no valor de R\$43.885,36 em 17/06/2011 com os devidos acréscimos legais.

Assevera que desse modo, recolheu o valor de R\$87.770,72, quando o ICMS devido era no valor de R\$87.770,70, não havendo o débito apurado pelo autuante.

No mês de outubro de 2011, reconhece o débito de ICMS apurado pelo autuante no valor de R\$0,01.

No mês de novembro de 2011, reconhece o débito de ICMS apurado pelo autuante no valor de R\$0,02.

Salienta que no tocante às infrações 3 e 4, foi efetuada a auditoria de créditos e débitos (sic) fiscais de ICMS, da conta corrente fiscal e devidos recolhimentos de ICMS normal, antecipação parcial e diferença de alíquotas, aquisição de material de uso e consumo e de ativo permanente, aquisição de brindes, devoluções de mercadorias, auditoria da emissão de cupons fiscais através do ECF e das notas fiscais emitidas nos exercícios de 2009 (pela 2ª vez), 2010 (pela 2ª vez) e 2011(pela 2ª vez) e em comparação com o volume de documentos manuseados foi encontrada irregularidade somente no exercício de 2011 no valor inexpressivo de R\$0,14(catorze centavos) e que parte deles está provando que não existiu, ao contrário, tem a receber do Estado um valor bem maior do que o constituído pelo autuante.

Observa que após a realização dessas auditorias nos exercícios de 2009, não tendo sido encontrada nenhuma irregularidade, 2010, não tendo sido encontrada nenhuma irregularidade, o

autuante resolveu constituir o crédito tributário de apenas R\$0,14 no exercício de 2011.

Alega, contudo, que recolheu a mais em outros meses do mesmo período o valor de R\$3.723,73 e está entrando com pedido de restituição.

No que diz respeito à infração 5, alega que o autuante não citou quais foram os dados que foram declarados incorretamente nas informações econômicos fiscais através da DMA, inexistindo no Auto de Infração e documentação anexas, nenhuma prova documental alusiva ao cometimento da infração.

Requer a nulidade da infração por motivo de cerceamento do direito de defesa.

Acrescenta que a multa que é de descumprimento de obrigação acessória, foi aplicada indevidamente, pois absorvida pelas infrações 1 e 4.

No tocante ao mérito desta infração, diz que verificou que a simples apresentação de informações econômicos fiscais (DMAS), com irregularidades à Secretaria da Fazenda, não prejudicou os trabalhos de fiscalização do autuante, por isso, requer que seja cancelada ou reduzida a multa aplicada, por tratar-se de infração por cometimento de falta de cumprimento de obrigação acessória, por não ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação, consoante decisão já tomada por este Conselho de Fazenda, cujo teor reproduz, e que requer que seja solicitada cópia do acórdão, para ser anexada a peça defensiva e servir de base à decisão a ser tomada pela JJF.

Ressalta que este Conselho vem reiteradamente julgando improcedente diversos Autos de Infração que versam sobre esta matéria, em consonância ao que determina o § 5º e 7º do art. 42 da Lei Estadual 7014/96 e alterações posteriores, conforme ACORDÃO JJF nº 0337-01/07.

Acrescenta que na lavratura do Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade dos dados constantes na DMA, a data de ocorrência e data do vencimento deve ser a data correspondente ao primeiro dia útil subsequente, ao do término do prazo contido na intimação para apresentação da DMA ainda não apresentada ou da DMA com a correção dos erros indicados, igual ao procedimento quanto da entrega de arquivos magnéticos.

Assevera que o autuante cometeu um grave erro, quando colocou as datas dos fatos geradores e as datas dos vencimentos, como sendo o último dia de cada mês fiscalizado, o que contraria norma legal emanada pela Secretaria da Fazenda e por este motivo requer o julgamento pela nulidade desta infração.

Ressalta que está fartamente comprovado que não houve as infrações apontadas pelo autuante nas datas de ocorrências constantes no Auto de Infração.

Alega que a multa imposta em vez de atingir seus reais objetivos, principalmente de ordem pedagógica, está impondo uma penalidade desproporcional e irrazoável.

Conclusivamente, diz que considera a multa imposta incabível e mesmo que houvesse alguma documentação que comprovasse a mesma, a multa de penalidade acessória estaria absorvida pela multa por descumprimento da obrigação principal correspondente às infrações 1 a 4.

Diz que por essa razão requer a improcedência da infração 5.

Salienta que caso não seja este o entendimento desta JJF, solicita que a multa seja reduzida para o valor de R\$140,00, conforme prevê o “artigo XVIII, letra a, da Lei nº 7014 de 04 de dezembro de 1996 e alterações posteriores”.

Observa que o “Artigo XVIII, letra da Lei 7014/96” não prevê que a multa seja aplicada, por cada período ou mês, que o contribuinte omite dados ou declara incorretamente dados em informações econômico-fiscais e sim uma penalidade fixa de R\$ 140,0.

Relativamente à infração 6, alega que o autuante não anexou e nem forneceu, cópia das notas fiscais que este alega ter verificado no sistema CFAMT/SEFAZ e nas informações contidas nos arquivos magnéticos fornecidos pelos Fornecedores através do sistema Web Sintegra, que não

estariam registradas na escrita fiscal da empresa, o que cerceou o direito à ampla defesa da empresa.

Consigna que existem inúmeros casos, em que no sistema CFAMT/SEFAZ e nas informações contidas nos arquivos magnéticos dos fornecedores, através da Web Sintegra, constam notas fiscais cujos destinatários são outras empresas, os números das notas estão incorretos, os valores das notas fiscais constantes na relação do CFAMT e nos arquivos magnéticos não coincidem com o valor real constante da via das notas fiscais, a natureza da operação não é compra para revenda, às vezes sendo remessa para conserto, bonificação, notas fiscais de serviços, etc.

Salienta que no tocante a esta infração, o autuante não anexou aos autos e nem forneceu à empresa cópia de nenhuma das notas constantes do “Demonstrativo das notas fiscais de aquisição não registradas - Mercadorias Tributáveis”

Frisa que o CONSEF tem se pronunciado constantemente em inúmeras decisões proferidas que a via arrecadada nos diversos postos fiscais fixos e volantes ou as cópias das notas fiscais fornecidas pelos fornecedores, é prova material imprescindível para comprovação da irregularidade fiscal e que deve ser anexada aos autos e também ser fornecida cópia das mesmas ao contribuinte para que o mesmo tenha o direito de garantia à ampla defesa.

Solicita que a infração seja julgada nula por cerceamento do seu direito de defesa, consoante o art. 18, inciso II do RPAF. Neste sentido, invoca os Acórdãos JJF Nº. 0235-01/11, 0227-04/11.

Quanto à infração 7, reitera os mesmos argumentos aduzidos na infração 6, e requer a nulidade da infração.

Conclusivamente, diz que com os enganos cometidos pelo autuante, fica prejudicado o seu direito de defesa, no que se refere a infração 1, o qual a empresa só terá condições de realizá-la após o autuante ou outro preposto fiscal através de diligência, que requer, seja realizada, para que sejam refeitos de modo correto os demonstrativos anexos ao Auto de infração pelo autuante com os lançamentos das notas fiscais cujas saídas foram decorrentes de vendas através de cartão de débito e/ou crédito referente a infração 1, e no que se refere a infração 6 e 7, o qual a empresa só terá condições de realizá-la após o autuante ou outro preposto fiscal através de diligência, que requer, sejam anexadas cópias das notas fiscais de entradas, sob pena de julgamento pela nulidade do Auto de Infração por falta de prova material, que o mesmo alega que não estão registradas na escrita fiscal constante das infrações 6 e 7.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

a nulidade do Auto de Infração;

seja julgada improcedente a infração 1.

sejam julgadas procedentes em parte as infrações 2 e 5, com redução da penalidade para 1 UPF ou aplicação de multa para apenas R\$140,00, pois a infração é única e não em todos os meses e também a alteração da data da ocorrência para 30/09/2014;

sejam julgadas procedentes as infrações 3 e 4;

sejam julgadas nulas as infrações 6 e 7 por falta de prova material e cerceamento do direito de defesa.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.276 a 283). Consigna que o impugnante se reporta as fiscalizações passadas, o que é totalmente normal e legal, refiscalizações com os mesmos ou diferentes prepostos fiscais. Diz se tratar de uma questão interna da SEFAZ/BA, não cabendo ao contribuinte achar ou comentar alguma coisa.

Contesta a alegação defensiva de existência de equívocos procedimentais no trabalho fiscal. Diz que se houve erros procedimentais foram provocados pela própria empresa, através de uma escrituração com erros de lançamentos inaceitáveis para uma empresa com faturamento anual maior do que 20 milhões de reais.

Rechaça as alegações defensivas atinentes aos princípios que regem o processo administrativo fiscal, tecendo amplo comentários e invocando a doutrina.

No mérito, relativamente à infração 1, contesta todas alegações defensivas. Diz que o autuado teve tempo suficiente, no caso o prazo de um mês para expor seus argumentos. Afirma que o autuado tem o dever de apresentar sua defesa de forma completa, com todas as notas fiscais “encontradas”, assim como demonstrativo completo. Diz que o autuante não pode nem precisa conhecer a atividade de cada empresa, mas sim conhecer a legislação tributária e comercial. Diz ser inacreditável impugnar infração com amostragem. Afirma que não cabe ao autuado julgar se os roteiros de fiscalização são ou não inadequados, mas mostrar que cumpriu todos as determinações legais. Esclarece que os índices apresentados nos demonstrativos do Auto de Infração foram calculados mês a mês, e não anualmente conforme apresentado pelo autuado, sendo utilizadas as notas fiscais de saídas do próprio autuado.

Conclusivamente, diz que o impugnante não analisou os demonstrativos apresentados, razão pela qual não indica onde estão as inconsistências, simplesmente apresentou novo demonstrativo afirmando que é correto, sendo correta a proporcionalidade utilizada.

Quanto à infração 2, destaca a falta de cuidados básicos no preenchimento dos livros e das DMAs. Diz que valores que deveriam ser simplesmente transportados, sem nenhum tipo de cálculo, apresentavam discrepâncias.

No respeitante à infração 3, diz não houve impugnação.

No que concerne à infração 4, consigna o seguinte:

mês de maio de 2011- o autuado recolheu o valor devido, apesar de mais de uma vez ter errado na escrituração;

meses de outubro e novembro de 2011 – diz que não houve impugnação.

No tocante a auditoria efetuada pelo contribuinte, diz que parece que nada adiantou, pois os erros continuaram os mesmos, conforme foi apurado e explicado nesta peça.

Quanto à infração 5, diz que não existe nada de novo a ser contestado. Afirma que tudo já foi dito e provado neste processo. Solicita que a multa não seja reduzida, haja vista que o contribuinte não demonstrou qualquer interesse em apresentar informações fidedignas.

Ressalta que tudo indica que o autuado sequer leu o Auto de Infração ao dizer que as datas lançadas foram os do último dia de cada mês fiscalizado. Acrescenta que os casos mencionados pelo autuado não correspondem ao presente Auto de Infração.

No que concerne às infrações 6 e 7, sustenta que em nenhum momento o direito à ampla defesa do autuado foi mitigado. Diz que os sistemas digitais estão cada vez mais atuando em vários campos da vida moderna, não podendo ser diferente no âmbito do direito tributário.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

O então Relator do presente PAF, ilustre Auditor Fiscal José Bizerra Lima Irmão, ainda na fase instrutória do processo, entendeu como necessária a conversão do feito em diligência - em face das controvérsias estabelecidas entre as razões defensivas e contestações do autuante -, tendo a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, deliberado pelo encaminhamento à Inspetoria Fazendária de origem para atendimento das solicitações contidas na diligência.

No tocante à infração 1 foi consignado o seguinte:

Esta Junta solicita que a autoridade fiscal:

- a) “apresente demonstrativos analíticos do cálculo da proporcionalidade de que cuida a Instrução Normativa nº 56/07”;
- b) “analise os elementos apresentados pelo contribuinte às fls. 118 a 150 e preste nova informação fiscal neste sentido, na forma prevista no § 6º do art. 127 do RPAF, e se for o caso reveja o cálculo do imposto

objeto do item 1º.

Ainda na infração 1, foi solicitado que o órgão preparador que entregasse ao autuado todos os elementos questionados pelo autuado, inclusive os Relatórios TEFs Diários.

Quanto à infração 2, foi solicitado que o autuante explicasse melhor qual foi de fato a razão do lançamento das parcelas.

No tocante à infração 4, foi observado que o autuante reconheceu na informação fiscal que o autuado recolheu o valor devido, apesar de ter errado na escrituração.

No tocante às infrações 6 e 7, foi solicitado que fossem postos nos autos e fornecidos ao autuado elementos que permitam ao contribuinte e ao órgão julgador visualizar os documentos fiscais.

O autuante cumpriu a diligência (fls. 295 a 301) nos seguintes termos:

[...]

Em atendimento ao que foi recomendado, no item 1º, a) em que solicita-se apresentar demonstrativos analíticos do cálculo da proporcionalidade de que cuida a Instrução Normativa nº 56/07, foi entregue à autuada um CD anexo ao auto de infração.

Como o próprio relator citou na fl. 288 ratificando o que foi dito pelo autuante, (...) e os cálculos que resultaram naqueles percentuais (cálculo da proporcionalidade) estão no CD (parênteses nossos)". O cálculo da proporcionalidade encontra-se no CD anexo ao auto de infração, na planilha "Omissão Cartões – 2009", "Omissão Cartões 2010" e "Omissão Cartões – 2011", com demonstrativos sintéticos e analíticos.

[...]

No intuito de buscar o resultado mais fiel possível, o autuante intimou a autuada a apresentar novamente seus arquivos Sintegra e refez o roteiro utilizando novos recursos, sistema melhorado e, possivelmente, arquivos do contribuinte com informações mais completas e que deveriam ter sido entregues não apenas na impugnação do auto, mas também durante a fiscalização. Da mesma forma que antes, foi calculado o índice de proporcionalidade, seus demonstrativos sintéticos foram impressos e os analíticos foram anexados aos autos em um novo CD.

O sistema utilizado é o mesmo que embasou milhares de auditorias de cartão de crédito. Não há histórico de decisão de cerceamento de defesa aplicada aos seus demonstrativos apresentados em CD. É um novo CD que substitui o da fl. 42-A, e que conterá todos os arquivos referentes a essa fiscalização com as modificações apontadas neste documento.

No item 1º, b) o autuante ressalta, mais uma vez, que o contribuinte foi intimado a apresentar listas de notas ou as próprias notas que acompanhariam os cupons fiscais, mas não apresentou. As notas apresentadas nas fls. 118 a 150 são uma pequena parte dos documentos intimados, mas só apresentados apenas no momento da impugnação.

Em relação ao mesmo item b), o autuante entende que está fora das suas atribuições fazer o encontro de diversas notas com diversos cupons de diversas datas diferentes e com meios diversos de pagamento. A autuada deve se desincumbir desta tarefa.

Quanto à amostragem, trata-se de opção da defesa, mas só será levado em conta a amostra. As operações que não forem especificamente apresentadas, serão consideradas aceitas e as infrações correspondentes corretas. Da mesma forma que não se admite autuação com amostragem, não é crível aceitar-se impugnação por amostragem.

Quanto à solicitação referente ao item 2, o autuante esclarece que a diferença dos valores apontados para o valor lançado está no recolhimento a mais no valor de R\$10,14.

Quanto aos itens 6 e 7, diz que os sistemas CFAMT e Web Sintegra não são mais utilizados, não sendo mais possível recuperar as notas fiscais presentes nos demonstrativos através destes, contudo, foi feita a comparação dos demonstrativos com a relação de notas fiscais eletrônicas do contribuinte nos exercícios de 2009, 2010 e 2011. Registra que novos demonstrativos foram gerados a partir deste cotejo, sendo que o demonstrativo consolidado foi impresso e também está no novo CD.

Finaliza rogando ao CONSEF pela não exigência de impressão de demonstrativos apresentados em meio digital pela extensa argumentação apresentada.

O autuado, cientificado do resultado da diligência, se manifestou nos seguintes termos:

A atuada volta a reiterar que os cálculos estão errados. Para calcular a proporcionalidade, o atuante deve excluir as notas fiscais que correspondam a operações como devoluções de compras, remessas para conserto, entradas ou saídas de operações com material de consumo, entradas ou saídas de material do ativo permanente. O atuante não agiu desta forma o que resulta em cálculo de proporcionalidade incorreto. Além disso, voltamos a repetir que a aplicação do roteiro aplicado pelo atuante é inadequado para o ramo de atividade exercido pela atuada, que também trabalha com prestação de serviços, como corte, aparelhamento e fitamento de madeira e fórmica. A atuada compra madeira bruta e fórmica e transforma em peças como tábuas, aduelas e peças para moveis modulados por encomenda (SERRARIA).

[...]

É uma inverdade a declaração do atuante. Todas as notas fiscais de saídas foram colocadas à disposição do fisco. O atuante não se deu ao trabalho de examinar as notas e nem de comunicar a atuada que havia a suposta diferença apurada durante a fiscalização. Se o atuante tivesse o cuidado de apenas dar um telefonema para a empresa ou ao seu contador, a dúvida teria sido resolvida de pronto. O que aconteceu é que o atuante resolveu fazer a fiscalização usando tão somente os dados contidos nos arquivos magnéticos entregues à Secretaria da Fazenda. Nas informações contidas nos arquivos não constam dados que possam aferir vendas efetuadas com emissão de notas fiscais cujos pagamentos foram efetuados através de cartão de crédito e/ou débito. Vale salientar que na época dos fatos as operações de cartão eram realizadas através de maquinetas manuais e que não estavam acopladas ao ECF.

A atuada está anexando a esta manifestação mais algumas notas fiscais com as observações a respeito das operações efetuadas com cartão de débito e/ou crédito.

[...]

O atuante está enganado. O trabalho de conferencia de documentos é de atribuição exclusiva do Auditor Fiscal. Afinal, o mesmo é que deve colher as provas para fazer a acusação. A acusação referente a esta infração é por presunção, exigindo que o atuante seja mais comedido ao fazer a acusação.

[...]

A amostragem das notas fiscais apresentadas da defesa foi para demonstrar que existem inúmeras notas fiscais cujos pagamentos foram efetuados através de operações de cartão de débito e/ou crédito. Estamos anexando a esta manifestação outra quantidade de notas fiscais cujos pagamentos foram efetuados através de cartão de débito e/ou crédito para que o atuante analise e exclua dos levantamentos efetuados.

Reiteramos o dito anterior na defesa e na manifestação. O roteiro aplicado pelo atuante é inadequado para aplicação na fiscalização de contribuintes que exercem a atividade da atuada.

Quanto aos demais argumentos citados fogem à discussão dos fatos inerentes ao Auto de Infração.

O atuante, cientificado da Manifestação do atuado, se pronunciou (fls.3209 a 3211) conforme excertos abaixo reproduzidos:

Quanto ao Item 1º, relacionado à proporcionalidade, o atuante mantém seu posicionamento da diligência fiscal, ou seja, os demonstrativos analíticos estão no CD.

As explicações quanto às mercadorias negociadas são desnecessárias porque os roteiros de auditoria em que se baseiam os sistemas de fiscalização levam em conta os diversos segmentos da atividade comercial, industrial e de serviços que podem ser fiscalizados.

[...]

Todos os demonstrativos estão no CD recebido pela atuada.

Se a atuada alega que os cálculos dos índices de proporcionalidade estão errados, que prove apresentando seus cálculos. Nada apresentam senão argumentos inócuos: “a aplicação do roteiro aplicado pelo atuante é inadequado para o ramo de atividade exercido pela atuada...”.

[...]

A alegação que o atuante utilizou apenas os dados contidos nos arquivos magnéticos não contém nada de errado porque a atuada tinha a obrigação de enviar os arquivos fidedignos com sua movimentação. Examinando a questão mais detidamente, ressalta-se que a empresa foi intimada e foi dado prazo para que entregasse arquivos corrigidos, o que foi feito pela atuada. Para o Fisco e para a própria empresa, os arquivos representavam fidedignamente sua movimentação. Se esses arquivos enviados para o Fisco servem para o contribuinte cumprir com sua obrigação, eles com certeza servem para a fiscalização utilizá-lo em auditorias.

[...]

Uma nova fiscalização foi feita utilizando arquivos fornecidos pelo contribuinte dois anos depois de lavrado o auto de infração, ou seja, teve tempo à vontade para corrigir os arquivos.

No entanto, mesmo assim, foi dada a oportunidade de apresentar notas e planilhas para completar o que

estivesse faltando nos arquivos.

O autuante ratifica os procedimentos executados e os resultados, estando certo que a autuada deixou de emitir as notas fiscais correspondentes aos boletos dos cartões de crédito apresentados nos demonstrativos e agora tenta com notas emitidas em outras vendas cobrir as saídas sem nota. [...] Cabe a autuada elaborar demonstrativos na sua defesa, porque o auto de infração possui demonstrativos e devem ser combatidos com demonstrativos e não com milhares de cópias de notas fiscais.

Quanto ao item 2, diz que a questão é simples: pagou ou não. Consigna que a consulta aos arquivos da SEFAZ mostra que não houve o recolhimento até porque o autuado não apresentou os DAES correspondentes em nenhum momento.

No tocante aos itens 6 e 7, reafirma tudo que alegara na diligência.

Finaliza mantendo o Auto de Infração, com as devidas correções apresentadas na diligência fiscal.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, por unanimidade, deliberou pela conversão do feito em diligência à INFRAZ VAREJO, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências:

1. Intimasse o autuado a apresentar planilha/demonstrativo contendo os VALORES TOTAIS DIÁRIOS com indicação dos documentos fiscais - cupons fiscais e/ou notas fiscais – e correspondentes boletos, a fim de que pudesse permitir o exame analítico das alegações defensivas pelo diligenciador;
2. Caso o autuado atendessem a intimação, verificasse e analisasse os elementos apresentados e, se fosse o caso, excluísse do levantamento os itens que comprovadamente guardassem correspondência entre os VALORES TOTAIS DIÁRIOS das operações ou prestações declaradas pelo Contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito e respectivos boletos;
3. Elaborasse, se fosse o caso, novos demonstrativos/planilhas contendo apenas os itens que porventura o autuado não comprovasse as suas alegações.

O autuante se pronunciou (fl. 3.378) dizendo que a análise dos documentos anexados pelo impugnante, a fim de atender a diligência de fls. 3.216 a 3.219, mostra claramente que não se desincumbiu da tarefa como estabelecido pela JJF.

Afirma que o exame dos documentos acostados evidencia a falta de valores totais diários, apesar da exigência estar em letras maiúsculas e em negrito, evidenciando a importância deste item para o bom deslinde da diligência.

Salienta que o autuado também não apresentou seus cálculos referentes à proporcionalidade que considera correta.

Finaliza opinando pela procedência das infrações.

O autuado, cientificado do pronunciamento do autuante, se manifestou (fls.3387/3338). Consigna que infelizmente, mais uma vez, o autuante se nega a examinar as notas fiscais e os demonstrativos anexados às manifestações anteriores, razão pela qual requer a realização de nova diligência para que seja examinado por Auditor Fiscal estranho ao feito.

Afirma que conforme já devidamente comprovado não cometeu a infração e as notas fiscais anexadas aos autos estão com as devidas anotações referentes às operações com cartão de débito e/ou crédito.

Salienta que nos remotos exercícios de 2010, 2011 e 2012, as operações comerciais eram efetuadas com maquinetas manuais e a empresa não era obrigada a conservar e nem apresentar à fiscalização as cópias de boletos das administradoras de cartão.

Finaliza reafirmando os termos da Defesa inicial e manifestações apresentadas.

O autuante, cientificado da manifestação do autuado, se pronunciou (fl. 3393) dizendo que o

autuado não se desincumbiu do que determinava a diligência para demonstrar alguma veracidade nas suas afirmações provando que só desejava procrastinar o desenrolar do processo ao anexar milhares de documentos sem intenção de usá-los.

Finaliza opinando pela procedência das infrações.

VOTO

Inicialmente, no que concerne à arguição defensiva de nulidade do lançamento, verifico que não há como prosperar a pretensão defensiva. As descrições das infrações se apresentam claras, identificando-se perfeitamente cada infração, o infrator, a base de cálculo, a alíquota aplicada, o montante do débito, o período objeto da autuação e a multa imposta.

Não vislumbro nos autos a existência de vícios ou falhas capazes de invalidar o lançamento. O devido processo legal foi plenamente observado, assim como os princípios que norteiam o processo administrativo fiscal foram respeitados, inexistindo cerceamento ao direito à ampla defesa e ao contraditório do contribuinte que, registre-se, foi exercido plenamente.

As decisões deste CONSEF invocadas pelo impugnante, conforme os Acórdãos que mencionou, não se aplicam ao presente caso, haja vista que inexiste a obscuridade aduzida.

Do mesmo modo, a alegação defensiva de não consideração de notas fiscais, não implica nulidade do lançamento, sendo uma questão de mérito da autuação, cuja análise será feita em seguida.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18, especialmente no seu inciso IV, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Indefiro o último pedido de diligência formulado pelo impugnante. Os elementos que compõem o presente processo, inclusive as diligências realizadas por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, permitem chegar-se à decisão da lide.

No mérito, relativamente à infração 1, a declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

De início, cabe observar que na primeira diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, ainda na relatoria do ilustre Julgador José Bizerra Lima Irmão, solicitou-se que: (i) o autuante apresentasse demonstrativos analíticos do cálculo da proporcionalidade de que cuida a Instrução Normativa nº 56/07; (ii) analisasse as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, acostadas às fls. 118 a 150; (iii) prestasse nova Informação Fiscal neste sentido, na forma prevista no § 6º do art. 127 do RPAF, e se fosse o caso revisse o cálculo do imposto.

O autuante cumprindo a diligência, esclareceu que intimou o autuado a apresentar novamente seus arquivos Sintegra e refez o roteiro utilizando novos recursos, sistema melhorado e arquivos do contribuinte com informações mais completas e que deveriam ter sido entregues não apenas na impugnação do Auto de Infração, mas também durante a fiscalização, sendo que, da mesma forma que antes, calculou o índice de proporcionalidade, seus demonstrativos sintéticos foram impressos e os analíticos foram anexados aos autos em um novo CD.

Ressaltou que o sistema utilizado é o mesmo que embasou milhares de auditorias de cartão de crédito, inexistindo histórico de decisão de cerceamento de defesa aplicada aos seus demonstrativos apresentados em CD, sendo que é um novo CD que substitui o da fl. 42-A, e que contém todos os arquivos referentes a essa fiscalização com as modificações apontadas neste documento.

O autuante ressaltou, ainda, que intimou o autuado a apresentar listas de notas fiscais ou as

próprias notas fiscais que acompanhariam os cupons fiscais, mas não apresentou. Observou que as notas fiscais apresentadas, fls. 118 a 150, são uma pequena parte dos documentos intimados, mas só apresentados apenas no momento da impugnação. Contestou a alegação defensiva dizendo que se os cálculos dos índices de proporcionalidade estão errados, que prove apresentando seus cálculos.

Salientou o autuante que o autuado foi intimado e foi dado prazo para que entregasse arquivos corrigidos, o que foi feito pelo contribuinte, sendo realizada uma nova fiscalização utilizando arquivos fornecidos dois anos depois de lavrado o Auto de Infração, ou seja, teve tempo à vontade para corrigir os arquivos e mesmo assim, foi dada a oportunidade de apresentar notas e planilhas para completar o que estivesse faltando nos arquivos.

O autuante consignou, que é certo que o autuado deixou de emitir as notas fiscais correspondentes aos boletos dos cartões de crédito apresentados nos demonstrativos e agora tenta, com notas fiscais emitidas em outras vendas, cobrir as saídas sem nota. Sustentou que cabe ao autuado elaborar demonstrativos na sua defesa, porque o Auto de Infração possui demonstrativos e devem ser combatidos com demonstrativos e não com milhares de cópias de notas fiscais.

Efetivamente, apesar de ter sido oportunizado ao autuado a apresentação dos elementos comprobatórios de suas alegações, sendo inclusive na última diligência de fls. 3216 a 3219 - em face à alteração do artigo 4º, § 4º do inciso VII da Lei nº. 7.014/96, mediante a Lei nº. 13.816/17 - solicitada a apresentação de planilha/demonstrativo contendo os valores totais diários, por se tratar de um procedimento mais factível do que operação por operação diária, com indicação dos documentos fiscais, cupons fiscais e/ou notas fiscais, e correspondentes boletos, bem como a apresentar os cálculos referentes à proporcionalidade determinada pela Instrução Normativa nº. 56/2007, a fim de que pudesse permitir o exame analítico das alegações defensivas pelo diligenciador e julgadores, o autuado não atendeu à solicitação.

Apesar de a autuação se tratar de uma presunção relativa, prevista no art. 4º, § 4º, VII da Lei nº 7.014/96, portanto, cabendo ao autuado o ônus da prova de improcedência da presunção, verifica-se que não há como acolher os argumentos defensivos, em face do não atendimento à solicitação contida na diligência.

Não procede à argumentação defensiva de que o autuante utilizou Roteiro de Fiscalização inadequado, haja vista que é possível identificar-se as mercadorias cujas operações de saídas são tributadas normalmente - segundo o próprio autuado que *representam em média, apenas 61,14 % das operações realizada pela empresa* - daquelas cujas saídas não são tributadas normalmente.

A inadequação do roteiro somente se daria caso todas as operações de saídas realizadas pelo autuado não fossem tributadas normalmente. A aplicação da proporcionalidade, decorre justamente do fato de haver operações de saídas tributadas normalmente e operações de saídas com a fase de tributação encerrada ou não tributadas.

Neste sentido, orienta a Instrução Normativa nº. 56/2007, no seu item 2, abaixo reproduzido:

[...]

2 - No curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização.

No cumprimento da primeira diligência, o autuante atendeu as solicitações nela contidas, revisou o levantamento fiscal, apurando a proporcionalidade e os valores do ICMS devido nos períodos de 2009, 2010 e 2011, conforme novos demonstrativos que elaborou, constantes do CD acostado aos autos, cujas cópias foram entregues ao autuado, inclusive com a reabertura do prazo de defesa.

Diante do exposto, acolho o resultado apresentado pelo autuante no cumprimento da primeira

diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, sendo a infração 1 parcialmente subsistente no valor total de R\$380.758,67, sendo R\$168.824,41, acrescido da multa de 70% e R\$211.934,26, acrescido da multa de 100%, conforme “Demonstrativo C” – Demonstrativo da Falta de Pagamento do ICMS, acostado em papel às fls. 302 a 304, e no CD acostado à fl. 312, sendo, desse modo, parcialmente subsistente a infração.

Quanto à infração 2 - *Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto* -, a autuação abrange os meses de fevereiro e março de 2009, janeiro e dezembro de 2010, janeiro, fevereiro, abril, setembro, novembro e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor total de R\$129.844,28.

No tocante ao exercício de 2009, observo o seguinte:

no mês de fevereiro a exigência fiscal tem o valor de R\$0,02, sendo reconhecida pelo autuado;

no mês de março a autuação tem o valor de R\$0,01, também reconhecida pelo autuado.

Apesar de o autuado haver mencionado na peça defensiva os meses de novembro e dezembro, inclusive consignado que irá formular pedido de restituição dos valores recolhidos a mais de R\$ 0,01, referente ao mês de novembro e R\$0,01, referente ao mês de dezembro, estes dois meses não foram arrolados na autuação no exercício de 2009.

No que tange ao exercício de 2010, constato o seguinte:

no mês de janeiro a exigência fiscal tem o valor de R\$0,01, sendo reconhecida pelo autuado;

no mês de dezembro a exigência fiscal tem o valor de R\$37.278,15. O autuado sustenta que não existe esta diferença apontada pelo autuante. Alega que o saldo devedor de ICMS na conta corrente fiscal foi no valor de R\$85.807,72 conforme Livro de Apuração do ICMS, anexo 04, sendo que recolheu o imposto devido em duas parcelas. Uma parcela no valor de R\$42.903,86 em 10/01/2011 e a outra parcela no valor de R\$42.903,86 em 21/01/2011 com os devidos acréscimos legais. Afirma que desse modo, recolheu o valor total de R\$85.807,72, que confere rigorosamente ao valor devido e lançado na fl. nº 25 do Livro de Apuração do ICMS nº 15.

Constato que assiste razão ao impugnante. A própria “Relação de DAES – Ano 2011” apresentada pelo próprio autuante no CD, permite constatar a veracidade da afirmativa do impugnante.

Ademais, o próprio autuante na Informação Fiscal diz que o autuado realmente recolheu os valores citados. Ocorre que a infração cita o valor da antecipação parcial de novembro no valor de R\$37.278,15, utilizada como crédito fiscal em dezembro de 2010, mas sem o devido recolhimento. Ou seja, o autuado lançou como crédito fiscal, porém, não recolheu como deveria.

Ora, se o autuado não recolheu o ICMS devido por antecipação parcial e lançou o valor como crédito fiscal, por certo que a acusação fiscal deveria ser *utilização indevida de crédito fiscal* e não recolhimento a menos do ICMS *em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto*. Ou seja, a autuação nestes termos seria nula, contudo, em face de no mérito ser improcedente, a nulidade resta ultrapassada, consoante o parágrafo único do artigo 155 do RPAF/BA/99.

Reporta-se o autuado sobre os meses de agosto e dezembro que, no entanto, não foram arrolados na autuação.

No respeitante ao exercício de 2011, verifico o seguinte:

no mês de janeiro a exigência fiscal tem o valor de R\$123,05, sendo reconhecida pelo autuado;

no mês de fevereiro a exigência fiscal tem o valor de R\$34,02, sendo reconhecida pelo autuado;

no mês de abril a autuação exige o valor de R\$92.288,87. O autuado sustenta que é improcedente, dizendo que inexistente a diferença apontada pelo autuante. Alega que o saldo devedor de ICMS na conta corrente fiscal foi no valor de R\$32.865,67, conforme fl. 09 do Livro de Apuração do ICMS nº 16, sendo que recolheu o valor de R\$32.875,81, em 09/05/2011, portanto,

houve um recolhimento a mais no valor de R\$10,14, que segundo o autuado será objeto de pedido de restituição de indébito na forma do RPAF.

Assiste razão ao impugnante. A suas alegações restaram comprovadas, conforme se constata nos elementos que aponta.

Ademais, o próprio autuante, na Informação Fiscal, diz que o valor de R\$30.083,13 (fl. 215), refere-se ao valor da antecipação parcial correspondente ao mês de março de 2011, lançado a crédito, porém, sem comprovação do recolhimento e o valor de R\$62.215,88, trata-se de um valor também lançado a crédito sem explicação plausível, relatada durante a fiscalização e sem nenhum comentário do autuado até a apresentação da peça defensiva

Vale consignar aqui o que foi dito linhas acima, ou seja, se o autuado não recolheu o ICMS devido por antecipação parcial e se creditou, por certo que a acusação fiscal deveria ser *utilização indevida de crédito fiscal* e não recolhimento a menos do ICMS *em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto*. Ou seja, a autuação nestes termos seria nula, contudo, em face de no mérito ser improcedente, a nulidade resta ultrapassada, consoante o parágrafo único do artigo 155 do RPAF/BA/99.

no mês de setembro a exigência fiscal tem o valor de R\$120,08, sendo reconhecida pelo autuado;

no mês de novembro a exigência fiscal tem o valor de R\$0,02, sendo reconhecida pelo autuado;

no mês de dezembro a exigência fiscal tem o valor de R\$0,05, sendo reconhecida pelo autuado.

O autuado reporta-se, ainda, sobre os meses de maio e junho que, no entanto, não foram arrolados na autuação. Apenas consigna que irá formalizar pedido de restituição do indébito ocorrido nestes dois meses.

Diante do exposto, restando comprovado pelo autuado que os valores exigidos de R\$37.278,15 e R\$92.288,87, referentes aos meses de dezembro de 2010 e abril de 2011, respectivamente, são indevidos, a infração remanesce, exclusivamente, quanto aos meses reconhecidos pelo autuado, no valor total de R\$ 277,26, constante do demonstrativo elaborado pelo autuante.

No que concerne à infração 3, verifico que foi objeto de reconhecimento pelo autuado, sendo, desse modo, subsistente.

Relativamente à infração 4, constato que abrange os meses de maio, outubro e novembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor total de R\$0,05, sendo que observo o seguinte:

no mês de maio o autuado sustenta que a acusação fiscal é improcedente. Afirma que não existe a diferença apontada pelo autuante no valor inexpressivo de R\$0,02. Alega que o valor a ser transcrito referente ao débito do livro Registro de Saídas era de R\$160.524,69, contudo, transcreveu para o Livro Registro de Apuração do ICMS o valor de R\$160.524,67, desse modo, existindo uma diferença de R\$0,02.

Entretanto, alega que após apurar o imposto devido no mês de maio de 2011, no valor de R\$ 87.770,70, recolheu o imposto devido em duas parcelas. A primeira parcela no valor de R\$43.885,36, em 09/06/2011, e a segunda parcela no valor de R\$43.885,36, em 17/06/2011, com os devidos acréscimos legais.

Diz que assim sendo, recolheu o valor de R\$87.770,72, quando o ICMS devido era no valor de R\$ 87.770,70, não havendo o débito apurado pelo autuante;

no mês de outubro reconhece o débito de ICMS apurado pelo autuante no valor de R\$0,01;

no mês de novembro reconhece o débito de ICMS apurado pelo autuante no valor de R\$0,02.

No caso deste item da autuação, o autuado comprovou descaber a exigência fiscal, atinente ao

mês de maio de 2011, no valor de R\$0,02.

Diante disso, a infração 4 é parcialmente subsistente no valor de R\$0,03.

No respeitante à infração 5 - *Declarou incorretamente dados nas informações econômicos-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS)* -, constato que não assiste razão ao impugnante, quando alega que o autuante não identificou quais seriam as incorreções constantes nas DMAs, haja vista que as planilhas elaboradas pelo autuante identificam as incorreções existentes nas DMAs, em relação aos livros fiscais Registro de Entrada, Registro de Saída e Registro de Apuração do ICMS.

Conforme os elementos elaborados pelo autuante, cujo detalhamento encontra-se no relatório de fl. 34 dos autos, ocorreram divergências nos meses de março, abril, junho a novembro de 2009, janeiro a abril, setembro e novembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, restando evidente o cometimento da infração imputada ao autuado, o que exige a aplicação da multa prevista no art. 42, XVIII, “c” da Lei nº 7.014/96, conforme a autuação.

Quanto ao pedido do impugnante de cancelamento ou redução da multa, com fundamento no § 7º, do art. 42 da Lei nº 7014/96, cabe esclarecer que o referido dispositivo legal foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19.

Não procede a alegação defensiva de que a multa por descumprimento de obrigação acessória de que cuida esta infração, deverá ser absorvida pelas decorrentes de descumprimento de obrigação principal, haja vista que isto somente ocorre quando esta seja uma direta consequência daquela, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante à falta de recolhimento do imposto, consoante estabelece o art. 42, § 5º da Lei 7.014/96.

No presente caso, trata-se de situações distintas, independentes, sem qualquer relação direta. Ou seja, o descumprimento da obrigação principal não decorreu nem foi consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, portanto, as infrações estão caracterizadas distintas e independentes.

Quanto à alegação defensiva de aplicação apenas de uma multa no valor de R\$140,00, não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que no caso cabe a aplicação de uma multa para cada DMA entregue com divergência, conforme a autuação, haja vista que a obrigatoriedade de apresentação da DMA é mensal. Do mesmo modo, não houve a indicação da data do último dia do mês, conforme alegado pelo autuado.

Diante do exposto, a infração é procedente.

No tocante às infrações 6 e 7, verifico que na primeira diligência o autuante revisou os levantamentos, tendo excluído as notas fiscais do CFAMT/SINTEGRA cujas cópias não poderiam ser mais acessadas para entrega ao autuado e juntada aos autos, conforme solicitado, e elaborou novos demonstrativos mantendo exclusivamente as Notas Fiscais eletrônicas destinadas ao autuado, cujas chaves de acesso foram identificadas, conforme demonstrativo em papel acostados às fls. 305 a 311, e constante no CD acostado a fl. 312.

Assim sendo, considero a infração 6, parcialmente subsistente.

Entretanto, observo que a multa apontada no Auto de Infração de 10%, não pode mais ser aplicada ao presente caso, haja vista que a redação do inciso IX do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, alterada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, passou a multa de 10% para 1%, do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.

É cediço que, nos termos do art. 106 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente, ao tempo da sua prática.

Assim sendo, como a alteração acima aduzida passou a multa de 10% para 1%, cabe à aplicação

retroativa do novo dispositivo legal ao caso em exame, por se tratar de penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época de ocorrência dos fatos objeto da autuação.

Diante disso, retifico, de ofício, a multa imposta de 10% para 1%, passando a infração 6 para o valor de R\$2.929,93, conforme demonstrativo abaixo:

Data de Ocorrência	Base de cálculo	Multa (%)	Valor devido (R\$)
31/05/2009	1.291,16	1,00	12,91
30/09/2009	1.164,96	1,00	11,64
31/10/2009	3.240,00	1,00	32,40
31/12/2009	714,94	1,00	7,14
28/02/2010	32.536,82	1,00	325,36
31/03/2010	10.900,26	1,00	109,00
30/04/2010	127,39	1,00	1,27
31/05/2010	12.295,09	1,00	122,95
31/07/2010	23.843,68	1,00	238,43
31/08/2010	13.462,18	1,00	134,62
30/09/2010	9.766,99	1,00	97,66
31/10/2010	8.148,57	1,00	81,48
30/11/2010	7.137,76	1,00	71,37
31/12/2010	2.862,08	1,00	28,62
31/01/2011	65.975,35	1,00	659,75
28/02/2011	9.510,32	1,00	95,10
31/03/2011	10.906,26	1,00	109,06
30/04/2011	598,70	1,00	5,98
31/05/2011	2.473,20	1,00	24,73
30/06/2011	14.014,20	1,00	140,14
31/07/2011	19.599,66	1,00	195,99
31/08/2011	13.786,33	1,00	137,86
30/09/2011	247,90	1,00	2,47
31/10/2011	25.488,42	1,00	254,88
30/11/2011	2.088,25	1,00	20,88
31/12/2011	824,96	1,00	8,24
TOTAL			2.929,93

Quanto à infração 7, é parcialmente subsistente no valor de R\$3.889,15, conforme demonstrativo abaixo:

Data de Ocorrência	Base de Cálculo	Multa (%)	Valor devido (R\$)
31/05/2009	235,57	1,00	2,35
30/09/2009	1.204,34	1,00	12,04
31/12/2009	136.000,00	1,00	1.360,00
31/01/2010	638,97	1,00	6,38
28/02/2010	86.541,40	1,00	865,41
31/03/2010	15,31	1,00	0,15
30/04/2010	15.553,35	1,00	155,53
31/05/2010	2.712,55	1,00	27,12
30/06/2010	830,82	1,00	8,30
31/07/2010	21.092,71	1,00	210,92
31/08/2010	132,37	1,00	1,32
30/09/2010	9.809,53	1,00	98,09
31/10/2010	1.044,70	1,00	10,44
30/11/2010	3.845,02	1,00	38,45
31/12/2010	878,83	1,00	8,78
31/01/2011	3.296,52	1,00	32,96
28/02/2011	638,36	1,00	6,38
31/03/2011	10.060,39	1,00	100,60
30/04/2011	1.262,67	1,00	12,62
31/05/2011	2.014,31	1,00	20,14
30/06/2011	13.225,60	1,00	132,25
31/07/2011	5.671,18	1,00	56,71
31/08/2011	10.001,36	1,00	100,01

30/09/2011	1.214,48	1,00	12,14
31/10/2011	21.411,45	1,00	214,11
30/11/2011	24.458,89	1,00	244,58
31/12/2011	15.138,38	1,00	151,38
TOTAL			3.889,15

Diante do exposto, o Auto de Infração é parcialmente subsistente, ficando o Demonstrativo de Débito com a seguinte composição:

INFR	DECISÃO	VLR LANÇADO AI (R\$)	VLR JULGADO (R\$)	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	281.483,40	211.934,26	100%
01	PROCEDENTE EM PARTE	171.433,49	168.824,41	70%
02	PROCEDENTE EM PARTE	129.844,28	277,26	60%
03	RECONHECIDA	0,09	0,09	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	0,05	0,03	60%
05	PROCEDENTE	3.640,00	3.640,00	-----
06	PROCEDENTE EM PARTE	46.624,43	2.929,93	
07	PROCEDENTE EM PARTE	6.373,16	3.889,16	
TOTAL		639.398,90	391.495,14	

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269114.0301/14-6**, lavrado contra **INCOMAF COMÉRCIO DE MADEIRAS E FERRAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$381.036,05**, acrescido das multas de 60% sobre R\$277,38, 70% sobre R\$168.824,41 e 100% sobre R\$211.934,26, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, alíneas “a” e “b” e III da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$10.459,09**, previstas no art. 42, IX, XI, XVIII, “c” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei n. 3.956/81.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2020.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR