

A. I. - 118973.0055/06-3
AUTUADO - OMNI-LIGHT SOLUÇÕES EM ILUMINAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - THILDO DOS SANTOS GAMA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 02.04.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0059-04/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. **b)** IMPORTAÇÕES. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Relativo ao item “a”, nulo os itens 1 a 16 do demonstrativo de débito, relativo aos exercícios de 2002 e 2003, por incerteza na constituição da base de cálculo e procedente em parte os itens 17 a 22, referente ao exercício de 2004 (infração 1). No que tange ao item “b” da infração 4 é nula, por incerteza na constituição da base de cálculo. **02.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Não comprovado a escrituração das notas fiscais objeto da autuação. Infração não elidida. **3.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração subsistente. **4.** IMPORTAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração nula, por incerteza quanto a constituição da base de cálculo. Rejeitado pedido de perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 20/09/06, exige ICMS no valor de R\$167.077,86 acrescidos das multas de 60% e 70%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$9.512,69, em decorrência das seguintes infrações:

01. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA - R\$13.655,08;

02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor não registrado (2002, 2003 e 2004) - R\$9.512,69;

03. Falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2002 e 2003) - R\$13.149,22;

04. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de antecipação tributária sobre produtos importados - R\$84.158,04;

05. Recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial - R\$51.559,63;

06. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos, que se trata da falta de antecipação tributária relativa às notas fiscais 475091, 744814, 113527 e 726947, anexas ao processo de denúncia de nº 9037/05 - R\$4.555,89.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 613 a 637, preliminarmente, descreve as infrações e diz que não procede o lançamento, tendo em vistas as ilegalidades que passou a expor.

Relativo à primeira infração, afirma que o item 29 do Anexo 88 do RICMS/BA, relaciona apenas as mercadorias lâmpadas elétricas, starters e reatores, comercializadas por ele, e que o autuante relacionou no item 1 diversas notas fiscais relativas a mercadorias que não estão sujeitas à antecipação do ICMS, o que pode ser comprovado por meio de diligência fiscal, que desde já requer.

Quanto às mercadorias constantes do item 29 do Anexo 88, diz que mesmo que não tenha recolhido o imposto por antecipação, deu o tratamento de apuração do imposto pelo regime normal, tributando as mercadorias no momento que efetuou vendas diretas ao consumidor final. Requer a conversão do imposto exigido em multa nos termos do art. 42, § 1º da Lei 7.014/96, que transcreveu à fl. 616. Ressalta que conforme imputado na infração 3, foi apurada a falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, não contemplando as mercadorias constantes da primeira infração.

Quanto à segunda infração, diz que não pode prosperar, tendo em vista que conforme Termo de Arrecadação de Documentos, não foi apresentado ao autuante os livros de Registro de Entrada de Mercadorias referentes aos exercícios de 2003 e 2004 e no seu entendimento não pode prosperar a aplicação da multa, sem que fosse feito o exame nos mencionados livros. Esclarece que “não efetuou a escrituração dos Livros Registros de Entradas dos exercícios de 2003 e 2004, razão pela qual não os apresentou ao Fiscal Autuante”.

Pondera que neste caso, caberia a aplicação de multa no valor de R\$460,00, por descumprimento de obrigação acessória, pela não escrituração de livro fiscal, nos termos do art. 42, XV da Lei 7.014/96. Transcreve à fl. 617, ementa do Acórdão da 2ª JF de nº 1396/99 para reforçar o seu posicionamento e diz que resta improcedente a multa de 1% sobre o valor comercial da mercadoria não tributável entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

No tocante à terceira infração, diz que não houve saída de mercadorias sem a devida emissão de notas fiscais, tendo em vista que no levantamento quantitativo de estoque procedido pelo autuante, “não foram considerados os saldos existentes nos Livros Registros de Inventário dos exercícios de 2002 e 2003” devidamente registrados por ele em 31/12/02 e 31/12/03. Para tentar provar tal alegação, relacionou à fl. 619, as quantidades indicadas de saídas omitidas dos

seguintes produtos: transformador, spot, pendente, arandela, contator, soquete, projetor e perfil e as quantidades correspondentes registradas no livro Registro de Inventário (RI), no final dos exercícios de 2002 e 2003. Diante do exposto, pediu a improcedência desta infração.

Referente à quarta infração, afirma que o item 29 do Anexo 88 do RICMS/BA prevê que estão sujeitas à antecipação do imposto, apenas os produtos lâmpadas elétricas, starters e reatores, e que grande parte das mercadorias importadas, as quais foram relacionadas pelo autuante no Anexo IV, não estão sujeitas à antecipação do ICMS, por não se enquadrarem como mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Diz que junta ao processo diversas cópias de Declarações de Importações (DI), para demonstrar que não se encaixa na exigência legal, a exemplo de “kits para luminárias; projetores e kits para projetores; vidros para luminárias e para projetores e suporte para luminárias”.

Em relação à importação de algumas lâmpadas elétricas, afirma que deu o tratamento de apuração do imposto pelo regime normal, tributando as mercadorias no momento que efetuou vendas diretas ao consumidor final e requer a conversão do imposto exigido em multa nos termos do art. 42, § 1º da Lei 7.014/96.

Requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, para comprovar o alegado, para que não configure a cobrança do ICMS em duplicidade, relativo ao imposto normal e por antecipação dos itens IV e V.

Ressalta que na quarta infração, o autuante exigiu o imposto na importação e na quinta infração, adicionou a Margem de Valor Agregado de 35% sobre a base de cálculo apurada na importação e aplicou a alíquota de 17% para fins de apuração do ICMS antecipado. Ressalta que as infrações 4 e 5 se referem às mesmas DIs, o que no seu entendimento configura exigência do imposto em duplicidade. Afirma que no seu entendimento deveria ter sido exigido apenas o imposto por antecipação, já que estaria incluído o ICMS da importação e que alternativamente “deveria ter sido concedido o crédito fiscal referente a todo o imposto lançado no item V, o que não ocorreu”, e que o crédito fiscal concedido não corresponde ao valor constante da última coluna do demonstrativo do ICMS da importação, provocando cobrança em duplicidade do imposto. Apresentou um quadro demonstrativo à fl. 623, para demonstrar as diferenças entre o crédito decorrente da importação e o concedido na quarta infração, resultando numa diferença de mais de R\$55.000,00.

Conclui esta linha de raciocínio dizendo que diante dos equívocos e ilegalidades elencadas, deve ser declarada a improcedência desta infração.

Em relação à infração 5, diz que todos os impostos referente a importações foram pagos no ato do desembaraço aduaneiro, quando foram liberados pela repartição alfandegária. Relacionou à fl. 625 um demonstrativo no qual indicou as DIs do período de abril/02 a março/04 e o valor do ICMS importação pago referente a cada importação. Diz que tais valores devem ser deduzidos dos que foram apurados na autuação.

Alega que o autuante na apuração da base de cálculo do ICMS importação, computou diversos valores relativos ao Imposto de Importação (II) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) diferentes dos valores que efetivamente foram recolhidos aos cofres da União. Apresentou diversos quadros demonstrativos às fls. 627 a 637, para tentar provar que o II e IPI foram computados em valores multiplicados por dois, três ou quatro nos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Pelas razões expostas, requer que seja declarada improcedente a infração 5.

Finaliza pedindo a improcedência do Auto de Infração, face às inúmeras ilegalidades que apontou

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 784 a 786, inicialmente pontua os argumentos apresentados pelo defendente e contesta dizendo:

- a) Todas as mercadorias estão enquadradas no Anexo 88 (lâmpadas, starters, fios, etc.), portanto deve ser antecipado o ICMS;

- b) Quanto à fiscalização por um outro fiscal estranho ao feito, deverá ser decisão do CONSEF, se houver necessidade;
- c) O contribuinte não poderia ter recolhido o ICMS, quando da venda das mercadorias a consumidor final e sim na compra (entrada), por se tratarem de mercadorias sob o regime de substituição/antecipação tributária;
- d) Se recolheu o ICMS, porém, foi a menor;
- e) As notas fiscais de compras/entradas deveriam ser todas registradas no respectivo livro de entrada, o que não ocorreu com as Notas Fiscais do CFAMT, cabendo a multa de 1% e a obrigatoriedade de serem registradas “a posteriori”;
- f) Sem os livros de ENTRADA, solicitados, através de Intimação Fiscal, e não apresentados ao fiscal autuante, impossível verificar se as Notas Fiscais foram ou não registradas;
- g) Os créditos fiscais foram devidamente concedidos, conforme planilhas apresentadas ao contribuinte;
- h) Que o contribuinte tem um movimento comercial bastante relevante para a dimensão da empresa, como também aos DMAs;
- i) Todos os documentos fiscais, do processo foram entregues a autuada, conforme recibos datados e assinados, anexos ao PAF, como também nas peças do Auto”.

Afirma que tendo o contribuinte reconhecido os débitos e irregularidades, recebido todos os documentos, “as infrações deverão ser examinadas, sob a forma de diligência, e/ou com vistas de um outro fiscal estranho ao feito, que por certo terá maior prazo, aprofundamento, deverá ser criterioso, minucioso” para demonstrar a procedência do débito fiscal.

Finaliza, pedindo a procedência da autuação.

Em 28/12/06, a Secretaria do CONSEF, juntou às fls. 792 a 796, defesa complementar apresentada pelo contribuinte, na qual afirma que tendo apresentado defesa inicial em 20/11/06, acosta ao processo outras Declarações de Importação pertinentes às infrações 4 e 5, tendo elaborado diversos quadros demonstrativos às fls. 793 à 796, no qual indicou equívocos dos valores computados a mais pelo autuante relativo ao II e IPI, na apuração da base de cálculo do ICMS.

Ressalta que na DI 011230825-7, de 27/12/01, foi recolhido II no valor de R\$1.870,08 e equivocadamente o autuante computou cinco vezes este valor, o que deveria totalizar R\$9.350,40, entretanto o mesmo teria computado na apuração da base de cálculo do ICMS o valor de R\$101.350,35 (fl. 795).

Juntou às fls. 797 a 816, diversas cópias de DI, nas quais destacou os valores apurados do II e IPI.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

A 3ª JJF determinou a realização de diligência à Inspetoria Fazendária de origem (fls. 820/822) para que o autuante: juntasse ao processo, demonstrativo relativo ao fato gerador de 30/12/01; refizesse demonstrativo no qual indicasse mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (infração 1); fizesse a inclusão das quantidades consignadas nos estoques inicial e final (infração 3); verificasse se foi dado tratamento de tributação normal ao produto lâmpada elétrica (infração 4) e corrigisse os valores relativos ao Imposto de Importação e Imposto de Produto Industrializado computado na apuração da base de cálculo do ICMS relativo a mercadorias importadas.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 825, na qual informou que não tendo o autuado atendido três intimações para entrega de documentos (fls. 823 a 830), ficou impossibilitado de cumprir o que foi determinado na diligência fiscal requisitada pelo CONSEF.

Em 28/03/07 a 3ª JJF determinou a realização de outra diligência à Inspetoria Fazendária de origem para que o autuante em decorrência da não apresentação dos documentos pelo autuado, prestasse nova informação fiscal levando em consideração os argumentos apresentados na defesa do contribuinte e dos documentos constantes do processo.

Em atendimento à diligência, o autuante intimou a empresa em 26/04/07; 30/04/07; 03/05/07 e 05/05/07 (fls. 836 a 839) e informou que diante do desinteresse do contribuinte para atender a diligência, requereu a renovação da solicitação da diligência fiscal.

A 5ª JJF em 23/05/07 determinou a realização de nova diligência para que o autuante produzisse nova informação fiscal conforme foi determinada às fls. 820/822 com base nos argumentos apresentados pelo contribuinte em sua defesa e nos documentos constantes do processo.

O autuante prestou nova informação fiscal (fls. 845/846), informando que em relação à infração 1, juntou demonstrativos no qual foi excluído os produtos não enquadrados no regime de substituição tributária (fls. 847/864), permanecendo apenas os produtos lâmpadas e reatores, o que resultou em valor devido de R\$60.230,98.

Com relação à infração 2, afirma que mantém o valor inicial exigido de R\$9.512,69.

Relativamente à infração 3, esclarece que o contribuinte não apresentou os livros de inventários e também não informou os estoques nos arquivos magnéticos apresentados à fiscalização, mantendo integralmente a exigência fiscal desta infração.

No tocante às infrações 4, 5 e 6 diz que mantém a acusação inicial na sua totalidade.

Conclui dizendo que o contribuinte na defesa reconheceu parte do débito e requer que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

A Inspeção Fazendária intimou o autuado por meio dos correios, conforme Aviso de Recebimento (AR) juntado às fls. 865/866. O autuado manifestou-se às fls. 868 a 880, inicialmente discorre sobre as infrações, defesa inicial e informações fiscais, conforme passou a expor.

Quanto à infração 1, comenta que no novo demonstrativo foram mantidos os débitos relativos aos exercícios de 2001 e 2002; houve redução do débito relativo ao exercício de 2003 de R\$1.094,99 para R\$588,85 e agravamento do débito de R\$5.614,01 para R\$53.350,67 relativo ao exercício de 2004, bem como inclusão de cobrança de R\$2.759,23 relativo ao exercício de 2005.

Ressalta que não poderia haver majoração do débito relativo ao exercício de 2004 e da mesma forma adicionar nova cobrança relativa ao exercício de 2005, que não foi objeto do lançamento inicial.

Alega que em relação ao exercício de 2004, todo o imposto apurado a título de antecipação tributária “foi objeto de denúncia espontânea efetuada pelo contribuinte, cujo débito foi totalmente parcelado e pago, conforme cópia de denúncia constante dos autos”. Requer a determinação de perícia por fiscal estranho ao feito para que seja revisto o lançamento deste item, tendo em vista que no item 29 do Anexo 88 do RICMS/BA, encontra-se relacionado os produtos lâmpadas elétricas, starters e reatores e que grande parte das mercadorias comercializadas com notas fiscais e que foram objeto de cobrança, não se enquadram no regime de substituição tributária.

Alega também, que mesmo as mercadorias comercializadas que estão enquadradas no regime de substituição tributária, embora não tenha pago o imposto por antecipação, “efetuiu o recolhimento de todo o imposto devido, ao efetuar as vendas das referidas mercadorias ao consumidor final” e que a exigência do imposto por substituição configura cobrança em duplicidade nas operações de saídas de mercadorias, em relação aos itens IV e V. Afirma que no seu entendimento é ilegal a cobrança do ICMS nas saídas posteriores, nos termos do art. 42, § 1º da Lei 7.014/96 e que a falta do recolhimento do imposto por antecipação não causou prejuízo ao Erário Público, inclusive pelo fato de que o lançamento constante do item III, não contempla as mercadorias do presente item.

Com relação à infração 2, relativo a aplicação de multa pela falta de registro na escrita fiscal de mercadorias não tributáveis, alega que não pode ser mantida a multa aplicada, em razão de não ter escriturado o livro de Registro de Entradas de Mercadorias no exercício de 2003 e 2004 e no seu entendimento, sem a posse do mencionado livro, não deve ser aplicada a multa e sim ser aplicada multa fixa de R\$460,00 pela não escrituração do livro, conforme disposto no art. 42, XV, “d” da Lei 7.014/96.

No tocante à infração 3, relativo a omissão de saída de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, haja vista que não foram considerados no levantamento fiscal os saldos contabilizados nos livros de Registro de Inventário nos exercícios de 2002 e 2003 “acostados aos autos”, requer, também, a realização de perícia, por fiscal estranho ao feito para apurar o fato.

Relativamente à infração 4, alega que na informação fiscal o autuante não examinou a documentação apresentada e as alegações aduzidas na defesa.

Observa que o item 29 do Anexo 88 do RICMS/BA, indica como produtos enquadrados no regime de substituição tributária: lâmpadas elétrica, starters e reatores, entretanto grande parte das mercadorias adquiridas não se enquadram nesta situação, conforme cópias das DIs juntadas ao PAF, a exemplo de Kits para luminárias; projetores e kits para projetores; vidros para luminárias e para projetores e suportes para luminárias.

Argumenta que no item V, foi exigido o ICMS normal, no item IV, foi adicionada à mesma base de cálculo a MVA de 35% e aplicada a alíquota de 17% relativo a imposto substituto, mas que se referem às mesmas DIs e no seu entendimento não pode ser exigido o imposto normal e o substituto sobre as mesmas mercadorias adquiridas. Alega que deveria ser exigido apenas o ICMS por antecipação, no qual “já estaria incluída a cobrança referente ao ICMS incidente sobre o valor de aquisição das mercadorias importadas” e que alternativamente “deveria ter sido concedido o crédito fiscal referente a todo o imposto já lançado no item V, o que não ocorreu e resultou na cobrança em duplicidade do ICMS”, motivo pelo qual requer a improcedência desta infração.

No que se refere à infração 5, afirma que todos os impostos foram pagos no momento do desembaraço aduaneiro, observando que se isso não ocorresse as mercadorias importadas não seriam liberadas.

Alega que o levantamento fiscal contém inúmeros erros na apuração da base de cálculo, a exemplo de diferença de valores atribuídos ao Imposto de Importação (II) e do IPI, de acordo com tabelas demonstrativas apresentadas na defesa inicial, inclusive ter o autuante lançado para cada adição de DI, o valor devido de IPI e II o que culminou em multiplicidade de ICMS exigidos e que requer sejam corrigidos.

Além disso, afirma que não foram consideradas as reduções de alíquotas do IPI e II para lâmpadas fluorescentes com eficiência superior a 40 W, que foram reduzidas a zero até 31/12/2002, a exemplo da DI 304813189 de 16/06/03, que o autuante indicou valor do II de R\$10.150,96, quando o correto foi de R\$2.537,74 e IPI de R\$9.331,08 quando o recolhido foi de R\$2.332,77. Alega que o procedimento do autuante elevou a base de cálculo do ICMS em até quatro vezes, além de desconsiderar as alíquotas zero do IPI e do II nas importações de lâmpadas fluorescentes, o que resultou em valores arbitrários e irreais exigidos em relação às infrações 4 e 5, cujo ICMS relativo à importação de mercadorias afirma ter sido pago corretamente. Requer a realização de perícia por fiscal estranho ao feito para corrigir os erros contidos no presente lançamento.

Por fim, diante do exposto, requer a realização de perícia por fiscal estranho ao feito e requer a improcedência da autuação devido a inúmeras ilegalidades presentes que afronta a legislação tributária Estadual.

Instado a pronunciar-se sobre a manifestação do autuado, o autuante à fl. 884 diz que o que foi dito nas fls. 868 a 880, reafirma e confirma reinvidicações anteriores constantes das fls. 613 a 778 e 792 a 816 e não havendo fatos novos, mantém o seu posicionamento contido na última informação fiscal.

VOTO

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, inclusive com a realização de diversas diligências.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em decorrência da falta de recolhimento do imposto: por antecipação (importadas e de outros Estados); relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque; recolhimento a menos do ICMS devido pelas importações, além de aplicar multa de 1% sobre o valor de mercadorias não registradas.

Com relação à infração 1, na defesa inicial o autuado alegou que:

- a) na apuração da base de cálculo foram incluídas mercadorias não constante do item 29 do Anexo 88 do RICMS (lâmpadas elétricas, starters e reatores), que não estão sujeitas à antecipação do ICMS;
- b) mesmo que não tenha recolhido o imposto por antecipação, deu o tratamento de apuração do imposto pelo regime normal, tributando as mercadorias no momento das vendas;

Pela análise dos documentos juntados ao processo, verifico que em relação aos exercícios de:

2001: Não identifiquei no processo qualquer demonstrativo que desse suporte ao valor exigido de R\$792,08 indicado no Auto de Infração. Na última informação fiscal (fl. 846), o autuante manteve este valor e apresentou um demonstrativo à fl. 847, mas não indicou a que documento fiscal se refere a base de cálculo de R\$4.714,75;

2002: No demonstrativo original à fl. 31, foram indicados diversos valores, sob o qual foi acrescida a Margem de Valor Agregada (MVA) de 40%. Para atender ao questionamento da defesa de que não se tratava de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, esta JJF determinou a realização de diligência (fl. 821) para que o autuante refizesse o demonstrativo original, com a indicação do documento fiscal de origem e do produto. O autuante juntou o demonstrativo à fl. 848, no qual não indicou qualquer documento fiscal e também, não indicou a que produto se referia.

Pelo exposto, concluo que o procedimento fiscal em relação aos exercícios de 2001 e 2002, não demonstra de forma clara e compreensiva, como foi apurada a base de cálculo do ICMS exigido a título de antecipação, mesmo após a realização de diversas diligências, não foram saneados os vícios, o que conduz a nulidade do procedimento fiscal relativo aos itens 1 a 8 do demonstrativo de débito à fl. 6, de acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

2003: No demonstrativo original à fl. 39, foi indicado recolhimento a menos do imposto por antecipação, relativo a diversos meses, que resultou em débito de R\$1.094,99 sem ter sido indicado a que documentos se referiam. Na última diligência o autuante refez o demonstrativo sintético original, cuja cópia juntou à fl. 849, no qual, indicou valores remanescentes de R\$158,16; R\$333,98 e R\$311,59, totalizando R\$588,85, respectivamente nos meses de janeiro, março e dezembro.

Já na fl. 850, no demonstrativo analítico, foram relacionadas as notas fiscais e indicados os produtos relativos ao mês de janeiro, tendo sido retido em GNRE o valor de R\$159,65 e recolhido a mais R\$1,50; No mesmo demonstrativo à fl. 850, foi indicado que o valor retido em GNRE foi de R\$333,98, referente ao mês de março, valor este idêntico ao apurado, e no mês de dezembro, foi indicado no demonstrativo à fl. 855, que foi retido em GNRE o valor de R\$529,42, valor este superior ao apurado de R\$311,59.

Pelo exposto, concluo que não há qualquer valor a ser exigido no exercício de 2003, devendo serem afastados integralmente os valores exigidos relacionados nos itens 9 a 16 do demonstrativo de débito à fl. 6, por insubsistência da exigência fiscal relativa ao exercício de 2003;

2004: Na penúltima informação fiscal (fl. 846), o autuante indicou valor devido de R\$53.350,67, agravando o débito original de R\$5.614,01, constante do demonstrativo original à fl. 50, o que foi impugnado pelo recorrente na manifestação às fls. 870/872.

Pela análise dos documentos juntados ao processo, verifico que no demonstrativo à fl. 50, do ICMS apurado, o autuante deduziu valores que totalizaram R\$50.932,16 referentes à Processo de Denúncia Espontânea, conforme observado em nota de rodapé e documento juntado à fl. 51.

Observo que no demonstrativo original à fl. 50, não foi indicado mensalmente a que produto e nota fiscal se referia o imposto exigido, tendo o autuante, em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF, juntado os demonstrativos analíticos às fls. 857 a 863, no qual indicou a nota fiscal e o tipo de produto (lâmpada e reator), fazendo a exclusão dos produtos que não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária. Portanto, diante do demonstrativo que lhe foi entregue com a indicação dos produtos, o autuado não juntou qualquer prova de que se refere a produtos não enquadrados no regime de substituição tributária, motivo pelo qual não acato tal alegação.

Quanto à alegação defensiva de que apesar de não ter sido pago o ICMS por antecipação, mas que o imposto foi pago no momento da venda, constato que o recorrente não apresentou qualquer prova de que tenha dado saída dos produtos do estabelecimento com tributação normal, motivo pelo qual não acato, também, esta alegação.

Entretanto, mesmo que o recorrente não tenha recolhido os valores indicados no demonstrativo de débito da Denúncia Espontânea cuja cópia foi acostada pelo autuante à fl. 51, ou que não tenha sido deferida pelo órgão fazendário responsável, não podem ser exigidos os valores que foram agravados em relação ao exercício de 2004, o que pode ser feito mediante nova ação fiscal. Isso posto, tomando como base os valores exigidos no demonstrativo à fl. 50, complementado pelos demonstrativos às fls. 857 a 863, considero devido o valor de R\$5.614,01, que foi o valor original exigido nesta infração, conforme demonstrativo abaixo, relativo ao exercício de 2004.

Data Ocorr	Data Venc	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor R\$	Fl. PAF
31/01/04	09/02/04	2.284,18	17,00	60,00	388,31	50/857
30/04/04	09/05/04	2.287,12	17,00	60,00	388,81	50/859
31/07/04	09/07/04	780,82	17,00	60,00	132,74	50/860
30/08/04	09/09/04	24.912,12	17,00	60,00	4.235,06	50/861
31/10/04	09/11/04	2.338,18	17,00	60,00	397,49	50/862
31/12/04	09/01/05	421,18	17,00	60,00	71,60	50/863
Total					5.614,01	

Na informação fiscal à fl. 846, o autuante indicou valor devido de R\$2.759,98 referente ao exercício de 2005. Constatado que embora tenha apresentado demonstrativo à fl. 864, não foi indicado qualquer valor no Auto de Infração (fl. 2), relativo ao exercício de 2005. Portanto, deve ser afastado o mencionado valor, o que pode ser feito mediante nova ação fiscal.

Por tudo que foi exposto, deve ser mantida a exigência de R\$5.614,01 relativo ao exercício de 2004. Infração subsistente em parte.

Relativamente à segunda infração, tendo sido acusado de deixar de registrar a entrada de mercadorias, o impugnante alegou que não efetuou a escrituração dos livros Registros de Entradas nos exercícios de 2003 e 2004 e que não apresentou ao autuante.

Por sua vez, o autuante contestou dizendo que as notas fiscais de compras deveriam ser registradas no livro próprio, o que não ocorreu.

Constatado que conforme esclarecido pelo autuante, trata-se das notas fiscais coletadas no CFAMT, cujas vias foram acostadas às fls. 95 a 601. A multa aplicada tipificada no art. 42, XI da Lei 7.014/96 prevê a aplicação de 1% (um por cento) sobre o valor comercial da mercadoria não tributável ou cujo imposto já tenha sido pago por antecipação, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Logo, se o contribuinte reconheceu que não escriturou o livro REM, como afirmou no item 9 da defesa à fl. 617, restou caracterizada a infração apontada na autuação, tanto em relação ao exercício de 2002, que o contribuinte apresentou o mencionado livro e cujo demonstrativo foi juntado à fl. 40, como também nos exercícios de 2003 e 2004, relativo aos demonstrativos às fls. 41/43 e 52/61 em consonância com as notas fiscais juntadas às fls. 95 a 601.

Tendo em vista que estando inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS, na condição do regime Normal com apuração do imposto por este regime, estava obrigado a fazer a escrituração

do livro de Registro de Entradas, para apurar os créditos fiscais relativo às aquisições de mercadorias a ser compensado pelos débitos gerados, bem como das mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação. É obrigação do contribuinte, exibir à fiscalização os livros fiscais quando solicitados mediante intimação, o que não ocorreu durante os trabalhos de auditorias e também, no momento que foi intimado por determinação do CONSEF, em atendimento a diligência.

Por tudo que foi exposto, deve ser mantida integralmente a multa aplicada ao recorrente, tendo em vista que não comprovou a escrituração nos livros próprios das notas fiscais relacionadas pelo autuante no seu levantamento fiscal. Infração não elidida.

Quanto à terceira infração, na defesa apresentada o autuado alegou que no levantamento quantitativo de estoque procedido pelo autuante, não foram consideradas as quantidades registradas nos livros Registros de Inventário de 31/12/02 e 31/12/03. Para tentar sanear esta inconsistência, o CONSEF determinou a realização de diversas diligências à Infaz de Origem, tendo o autuante expedido na primeira diligência, três intimações cujas cópias foram juntadas às fls. 826 a 830 e na segunda diligência, mais três intimações, conforme documentos às fls. 836 a 839, não tendo o impugnante atendido nenhuma delas, para apresentar o livro Registro de Inventário.

Da análise dos elementos contidos no processo, constato que:

- a) os demonstrativos de estoques sintéticos juntados pelo autuante às fls. 38 e 49, não indicam quantidades relativas ao estoque inicial e final do exercício de 2002 e 2003;
- b) o Termo de Arrecadação de livros e documentos juntados à fl. 11, indica que não foi entregue a fiscalização, o livro de Registro de Inventário (RI), conforme Termo de Intimação constante do mesmo documento;
- c) o autuante, na penúltima informação fiscal alegou que não procedeu o reajuste do demonstrativo de estoque em virtude do autuado não ter entregue o livro RI;
- d) o autuado juntou às fls. 639 a 653, relação estoques existentes em 31/12/02 e 31/12/03.

Pelo exposto, restou comprovado que durante os trabalhos de auditoria o contribuinte não fez a entrega do livro RI à fiscalização e tendo o mesmo requerido a realização de diligência para corrigir as inconsistências que indicou na defesa, também, não atendeu às seis intimações para entregar o mencionado livro. Assim sendo, não acato as cópias dos documentos juntados com a defesa, por se tratar de uma relação de mercadorias, a qual não pode ser considerada como livro RI. Da mesma forma, não tendo apresentado o mencionado livro à fiscalização, mediante intimação fiscal feita pelo autuante em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF, e sendo o mesmo detentor do citado livro, entendo que o recorrente dificultou a apuração dos fatos reais, afrontando o princípio da verdade material. Por isso, ao recusar comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (nos termos dos art. 140 e 142 do RPAF/BA), ficando o autuante impossibilitado de cumprir o que foi determinado na diligência fiscal requisitada pelo CONSEF para atender solicitação do recorrente. Portanto fica mantida esta infração na sua integralidade.

Quanto à quarta infração (antecipação do ICMS na importação, relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária) e quinta infração (ICMS devido na importação), na defesa inicial o autuado alegou que:

- a) o item 29 do Anexo 88 do RICMS/BA prevê que estão sujeitas à antecipação do imposto, apenas os produtos lâmpadas elétricas, starters e reatores, porém o autuante apurou o imposto de mercadorias importadas que não estavam sujeitas à antecipação do ICMS, por não se enquadrarem como mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme cópias de Declarações de Importações (DI) que juntou com a defesa, o que foi contestado pelo autuante;

- b) deu o tratamento de apuração do imposto pelo regime normal, em relação à algumas lâmpadas importadas e pediu a conversão do imposto exigido em multa nos termos do art. 42, § 1º da Lei 7.014/96;
- c) foi exigido a cobrança do ICMS em duplicidade, relativo ao imposto normal na quarta infração e por antecipação na quinta infração, o que configura duplicidade;
- d) o crédito fiscal concedido não corresponde ao valor constante da última coluna do demonstrativo do ICMS da importação, conforme quadro demonstrativo à fl. 623;
- e) na apuração da base de cálculo do ICMS importação (quinta infração), computou valores relativos ao Imposto de Importação (II) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) diferentes dos valores que efetivamente foram recolhidos aos cofres da União, conforme quadros demonstrativos às fls. 627 a 637.

O autuante na primeira informação fiscal (fls. 784 a 786), não contestou as alegações acima.

Para sanear as inconsistências apontadas, o CONSEF determinou a realização de diversas diligências, conforme resumo abaixo:

- 1) na diligência à fl. 821, foi determinado que o autuante refizesse os demonstrativos originais, mantendo apenas as mercadorias sujeitas à antecipação do ICMS (infração 4) e esclarecesse se foi dado tratamento normal nas saídas dos produtos sujeitos à antecipação do imposto, bem como corrigisse os valores relativos ao Imposto de Importação e IPI. Não tendo sido cumprida, sob alegação de que o contribuinte não entregou os documentos;
- 2) na diligência à fl. 834, foi determinado novamente que o autuante refizesse os demonstrativos originais, com base nos documentos constantes do Auto de Infração e dos documentos juntados com a defesa, o que não foi cumprido, conforme informação fiscal às fls. 840/841;
- 3) na diligência à fl. 843, foi determinado outra vez que o autuante refizesse os demonstrativos originais, com base nos documentos constantes do Auto de Infração e dos documentos juntados com a defesa, o que não foi cumprido, conforme informação fiscal à fl. 846, afirmando que “mantemos a mesma opinião” em relação às infrações 4 e 5.

Por tudo que foi exposto, pelo confronto dos demonstrativos elaborados pelo autuante com os documentos juntados pelo defendente, verifico que:

- I) No demonstrativo à fl. 70, relativamente à DI 110505390, relativo ao mês de outubro/01, foi relacionado produtos enquadrados no regime de substituição tributária (lâmpadas e reatores) e também de produtos não enquadrados (tubos de descarga, partes de iluminação de vidro e outros), tendo apurado ICMS devido de R\$407,69. No demonstrativo à fl. 68, tomou como base de cálculo o valor do imposto devido e deduziu o valor pago de R\$285,35, apurando diferença de R\$122,34 relativo ao ICMS devido na importação. Já no demonstrativo à fl. 66, utilizando a mesma base de cálculo apurada na importação de R\$2.938,14, adicionou a MVA de 35% e do valor apurado de R\$550,37 deduziu crédito de R\$285,35, o que resultou em diferença exigida de R\$265,02.
- II) Analisando o procedimento fiscal acima descrito, verifico que tendo apurado ICMS devido na importação, este valor é que deveria ser deduzido do imposto exigido por antecipação, enquanto o autuante deduziu o valor pago e não o apurado, conforme quadro demonstrativo juntado pelo autuado à fl. 623. Também, foram incluídos indevidamente na apuração do ICMS substituto, os valores relativos a mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária;
- III) Conforme quadros demonstrativos juntado pelo autuado à fl. 627, foi apurado Imposto de Importação totalizando R\$3.559,30 e IPI de R\$3.271,83, que confrontado com os documentos juntados às fls. 658 a 660, e demonstrativo elaborado pelo autuante acostado à fl. 70, constato que os valores relativos ao IPI e Imposto de Importação tiveram seus valores quadruplicados;
- IV) Nas diversas diligências determinadas pelo CONSEF, solicitando que esclarecesse o tratamento tributário dado nas saídas dos produtos sujeitos à antecipação do imposto e corrigisse os

valores relativos ao Imposto de Importação e IPI, o autuante alegou impossibilidade de fazê-lo sob alegação de não entrega de documentos, embora se constate que parte dos documentos foi acostada ao processo.

Pelo acima exposto, considerando que foram realizadas diversas diligências no sentido de corrigir as inconsistências existentes no demonstrativo elaborado pelo autuante, quer seja pela identificação de valores incorretos, ou de documentos acostados ao processo pelo deficiente, que não foram computados pelo autuante, concluo que há uma incerteza na determinação da apuração da base de cálculo das infrações 4 e 5, para mensurar o fato tributário impositivo, o que fere os princípios da legalidade e da verdade material. Na situação presente, ficaram indeterminado quais mercadorias importadas integram o rol dos produtos enquadrados no regime de substituição tributária; incorreção no montante dos créditos fiscais para apuração do ICMS por antecipação, valores do IPI e do Imposto de Importação incorretos, o que dificultou a apresentação de defesa e configura cerceamento do direito de defesa do contribuinte. Por isso, devem ser decretadas as nulidades das infrações 4 e 5, por incerteza na constituição da base de cálculo. Recomendo à autoridade competente, mandar renovar o procedimento fiscal a salvo de incorreções. Infrações nulas.

No tocante à sexta infração, o contribuinte não se manifestou sobre a mesma, tanto no momento da apresentação da defesa, quanto nas manifestações feitas acerca da informação fiscal prestada pelo autuante. Portanto, não havendo qualquer discordância em relação a esta infração, a mesma deve ser mantida. Infração subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **118973.0055/06-3**, lavrado contra **OMNI-LIGHT SOLUÇÕES EM ILUMINAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$23.319,12**, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.169,90 e 70% sobre R\$13.149,22, previstas no art. 42, II, “d”, e III da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$9.512,69**, prevista no art. 42, XI, da supracitada Lei, e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR