

A. I. Nº - 298962.0004/07-0  
AUTUADO - COMERCIAL BARCELONA LTDA.  
AUTUANTE - EGÍDIO SILVA  
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA  
INTERNET - 14.05.08

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0129-04/08**

**EMENTA: ICMS.** 1. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Na apuração do débito foi compensado o crédito fiscal previsto na legislação tributária relativo ao período em que estava enquadrado no SIMBAHIA. Não comprovada a ilegitimidade da presunção. 2. IMPOSTO LANÇADO: a) RECOLHIDO A MENOS. Diferença entre o valor lançado no livro Registro de Saída de Mercadoria e o livro Registro de Apuração. b) NÃO RECOLHIDO. Falta de recolhimento do imposto referente a operações escrituradas no livro próprio. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. NOTAS FISCAIS. a.1) ESCRITURADAS a.2) NÃO ESCRITURADAS. b) ANTECIPAÇÃO TOTAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infrações não defendidas. Rejeitadas as preliminares de nulidade e decadência argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 27/09/07, exige ICMS no valor de R\$379.240,51, acrescido de multas de 50%, 60% e 70% relativas às seguintes infrações:

01. Omissão de saídas de mercadorias apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta ainda na descrição dos fatos que o levantamento foi feito com base nas informações do SINTEGRA relativo a Notas Fiscais de Entradas não registradas em seus livros fiscais ou mantidas em arquivos, assim como, não consta da sua DME - R\$289.081,73.
02. 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. Consta ainda que foi levantado através do programa SAFA, conforme planilha anexada a este PAF (Auditoria da Conta Corrente) - R\$10.160,34.
03. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios - R\$1.255,59.
04. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de

comercialização. Valores incidentes sobre as mercadorias adquiridas através das Notas Fiscais não registradas, conforme demonstrativos anexados a este PAF às fls. 191 a 200 - R\$62.579,06.

05. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Valores sobre as mercadorias adquiridas e cujas Notas Fiscais foram registradas, conforme planilha anexada ao PAF - R\$11.011,14.

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/ou do exterior relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Falta do recolhimento do ICMS por antecipação nas Notas Fiscais oriundas de outros Estados, as quais foram devidamente registradas em seus livros fiscais, conforme planilha anexada a este PAF – R\$5.152,65.

O autuado, através de seus representantes legais apresenta defesa às folhas 1484 a 1500. Inicialmente transcreve as infrações constantes do Auto de Infração em comento e defende preliminarmente a necessidade de realização de nova planilha de débito, abatendo-se os valores pagos em antecipação tributária, sob pena de cobrança bis in idem do imposto.

Diz que a utilização do benefício de base de cálculo reduzida não pode suprimir o direito do contribuinte de utilizar o sistema de creditamento, princípio constitucional que não pode ser eliminado. Transcreve o art. 155, II, § 2º da Constituição Federal. Expõe que o termo “cobrado” deve ser, então entendido como “apurado”, que não se traduz em valor em dinheiro, porquanto a compensação se dá entre operações de débito (obrigação tributária) e crédito (direito ao crédito). Por essa razão, o direito ao crédito é uma moeda escritural, cuja função precípua é servir como moeda de pagamento parcial de impostos indiretos, orientados pelo princípio da não-cumulatividade.

Acerca dessa matéria, transcreve diversas decisões de Tribunais Superiores (Resp 799724/RJ; RMS 19407/MT; Resp 848653/RS; fls. 1487 a 1492).

Conclui argumentando que deverá o presente Auto de Infração ser anulado, total ou parcialmente, para que os fiscais possam realizar nova apuração do tributo, abatendo-se o crédito das notas fiscalizadas, em observância da não-cumulatividade de tributo.

Argumenta ainda, em sede de preliminar, instituto da prescrição quinqüenal prevista no ordenamento jurídico, uma vez que, conforme consta do Auto de Infração, o período de fiscalização ocorreu entre 01/01/02 a 31/12/06, ensejando a lavratura do AI em 27/09/07. Portanto, constatada a prescrição do direito de cobrança dos tributos cujo fato gerador ocorreu antes de 27/09/02. E sobre a matéria, transcreve às fls. 1492 a 1495, decisão contida no Resp 802063/SP, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux do STJ, que decidiu pela prescrição do direito de cobrança judicial pelo fisco.

No mérito, em relação à não-cumulatividade de tributo, ratifica que o direito à compensação é assegurado por princípio constitucional que não pode ser eliminado e por esse motivo, deve o Auto de Infração ser totalmente, ou parcialmente, anulado para que o tributo seja recalculado utilizando o sistema de creditamento.

Concernente a isenção de ICMS em produtos constantes da cesta básica, argumenta que se faz necessário, apurar a isenção tributária dos produtos alimentícios constantes na lista de isenção do regulamento de ICMS.

Acrescenta que nas notas anexadas a este recurso voluntário verifica-se diversos produtos isentos de tributação, motivo pelo qual devem ser excluídos do Auto de Infração, objeto da lide.

Relativo ao enquadramento, explica que apesar da empresa recorrente possuir a condição atual de contribuinte normal, já figurou como contribuinte simples, ou seja, enquadrado no SIMBAHIA, e que o imposto deve ser apurado de acordo com a condição da empresa na época do recolhimento.

Relata ainda, que consoante Auto de Infração, houve desenquadramento parcial da condição da empresa recorrente, por não ter observado o período de enquadramento da mesma no SIMBAHIA.

Transcreve o art. 7º, II, “b” da Lei Estadual 7.357/98, que instituiu o tratamento tributário para apuração simplificada do ICMS para empresas inscritas no SIMBAHIA, e que na situação de Empresa de Pequeno Porte (EPP), era previsto percentual de 2,5% sobre a receita bruta mensal e que injustamente, no que tange ao levantamento quantitativo de estoque e quanto às mercadorias em estoque desacompanhadas de documento fiscal, foi exigido o tributo à alíquota de 17%, dando-se ao autuado tratamento de contribuinte normal durante todo o período de apuração, contrariando o art. 17 da Lei nº 7.357/98, que transcreveu à fl. 1497.

Argumenta ainda, que igual regra vem também disciplinada no RICMS/BA, com as alterações que lhe foram introduzidas com base na referida lei estadual instituidora do SIMBAHIA, conforme o art. 408-P do citado diploma legal, que transcreveu à fl. 1498.

Pondera que em linhas gerais determinam a Lei e o seu Regulamento que o contribuinte enquadrado no SIMBAHIA que incorrer de omissão de informações deverá pagar tributo - ICMS - com base no regime normal, só quando ocorrer o desenquadramento do regime normal durante o período que estiver apurando o imposto pelo regime simplificado. Argumenta que a lei infraconstitucional deve ser interpretada de modo a não contrariar os princípios insculpidos na Constituição Federal.

Transcreve o art. 167 da Lei 7.629/99. Ressalta que não se busca que seja declarado a constitucionalidade da lei, mas sim a sua interpretação amoldada à Constituição Federal.

Finaliza requerendo que seja julgado procedente o presente recurso voluntário para que sejam os lançamento tributários oriundos do Auto de Infração, débito principal e acessório, anulados, com base na fundamentação apresentada, para que ao final:

- a) Os fiscais possam realizar nova apuração do tributo, abatendo-se o crédito das notas fiscais fiscalizadas, em observância da não-cumulatividade de tributo;
- b) Que seja reconhecida a prescrição quinqüenal, cujo fato gerador ocorreu antes de 27/09/02; e
- c) Julgada procedente o presente recurso e transitado julgado, em caso de anulação total do débito, requer ainda a baixa da inscrição da autuada na dívida ativa.

O autuante presta informação fiscal às fls. 2586/2587 argumentando que ocorreram os seguintes fatos em relação ao estabelecimento autuado:

- a) Adquiriu mercadorias devidamente documentada pelos fornecedores, mas não registrou no livro próprio, o que implicou em infringência em diversos artigos do RICMS/BA, conforme indicado no enquadramento da infração, o que implica em sonegação tributária;
- b) Não houve cobrança em duplicidade em hipótese alguma, visto que as receitas sonegadas são tributadas na sua integralidade, não implicando em nulidade nem refazimento do procedimento fiscal. Alega que o argumento defensivo é protelatório;
- c) Não houve prescrição dos fatos geradores referentes ao período anterior a 27/09/02, por entender que a contagem de prazo começa no primeiro dia do exercício seguinte em que ocorreu o fato gerador e no caso em apreço, auditou o exercício de 2002 em 2006;
- d) Quanto ao reclame dos créditos do Simbahia, diz que conforme documentos às fls. 19 a 25, no período de 01/01/02 a 28/02/04 foi concedido o crédito fiscal presumido de 8%, relativo à época em que a empresa integrava o regime simplificado, passando para o regime normal.

## VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação, argumentando que na apuração do imposto exigido não foi observado o princípio da não-cumulatividade do tributo. Não acato tal argumentação, tendo em vista que o imposto foi apurado corretamente, por se tratar do mérito da questão, será

apreciado oportunamente. Além do mais, tal pedido não se enquadra nas situações dispostas no art. 18 do RPAF/BA.

O autuado na defesa apresentada suscitou a prescrição do direito de cobrança dos tributos cujo fato gerador ocorreu antes de 27/09/02, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 27/09/07 argumentando que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Rejeito a preliminar de decadência suscitada tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 27/09/07 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

*Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativo, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.*

*...  
§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

*Art. 107-B*

*§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2002, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/02 a 31/12/02 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/08.

No mérito, o Auto de Infração trata de diversas infrações: Omissão de saídas de mercadorias apurada através de entradas de mercadorias não registradas; falta de recolhimento e recolhimento a menos de ICMS escriturado nos livros fiscais próprios; falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial (registradas/não registradas) e falta de recolhimento do ICMS por antecipação.

Com relação à infração 1, embora a defesa não tenha se referido de modo específico a esta infração, o autuado solicitou que a planilha de débito fosse refeita contemplando os valores do ICMS pagos que foram destacados nas notas fiscais de aquisição de mercadorias que não foram contabilizadas. Convém ressaltar que o imposto foi exigido a título de presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas não contabilizadas conforme disposto no art. 2º, § 3º do RICMS/BA (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96).

Quanto ao pedido de compensação dos créditos destacados nas notas fiscais não registradas, tal solicitação não pode ser acatada, tendo em vista que:

1) Relativamente ao período fiscalizado de janeiro de 2002 a fevereiro de 2004, o contribuinte apurava o imposto como integrante do SIMBAHIA.

Neste caso, conforme disposto no art. 15, V da Lei nº 7.357/98, o contribuinte perde o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS quando incorrer na prática de infrações de natureza grave. Por sua vez, o artigo 408-L do RICMS/97, indica como prática de infrações de natureza grave as que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915. Já o inciso III, do mencionado dispositivo legal elenca como infração a entradas ou pagamentos não contabilizados. O art. 19 da mencionada Lei nº 7.357/98 determina que quando se constatar quaisquer das situações previstas nos artigos

15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, devendo ser utilizado crédito de 8% sobre o valor da saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais (art. 19, § 1º, da Lei nº 7.357/98).

Logo, em relação a este período fiscalizado, o contribuinte apurando o ICMS no regime do SIMBAHIA, é vedado à utilização de quaisquer créditos fiscais. Tendo incorrido em prática de infração de natureza grave, no demonstrativo às fls. 19 a 25, o autuante compensou no débito apurado com o crédito fiscal de 8%, conforme previsto na legislação tributária, e está correto o procedimento fiscal.

- 2) Referente ao período fiscalizado de março de 2004 a dezembro de 2006, o contribuinte apurava o ICMS pelo regime Normal. Neste caso, tendo sido exigido o ICMS a título de presunção (art. 2º, § 3º do RICMS/BA), o valor exigido não se refere às mercadorias adquiridas e não contabilizadas, e sim às receitas auferidas anteriormente que não foram contabilizadas e que foram utilizadas no pagamento das compras também não registradas. Neste caso, não há crédito a ser compensado no débito fiscal apurado na infração, estando também correto o procedimento adotado pela fiscalização.

Saliento que o contribuinte poderá escriturar o crédito fiscal relativo às notas fiscais objeto da autuação que não foram contabilizadas, desde que o faça em conformidade com o disposto no Regulamento do ICMS (art. 101, § 1º), observando as regras previstas no mencionado dispositivo legal. Ressalto que esta compensação não pode ser feita nesta fase processual, tendo em vista que conforme anteriormente exposto, o crédito fiscal das notas fiscais não contabilizadas não está vinculado ao débito apurado relativo a omissões anteriores.

Com relação à alegação de que parte das mercadorias adquiridas são isentas do ICMS, ou tem alíquota reduzida (cesta básica), da mesma forma que foi apreciado anteriormente, o imposto exigido a título de presunção remete para omissão de receitas anteriores e não dos produtos adquiridos, motivo pelo qual não pode ser acatada tal alegação. Além do mais, o contribuinte não trouxe ao processo qualquer demonstrativo que evidenciasse o porcentual de operações tributadas, isentas ou tributadas antecipadamente.

Relativamente ao argumento de que em parte do período fiscalizado estava enquadrado no SIMBAHIA, e que o imposto deve ser apurado de acordo com a condição da empresa na época do recolhimento, conforme anteriormente apreciado tendo apurado infração de natureza grave, o contribuinte não foi desenquadrado do regime do SIMBAHIA e sim exigido o ICMS aplicando a alíquota interna de 17% sobre as receitas omitidas e deduzido o crédito fiscal de 8% conforme previsto na legislação do imposto vigente à época dos fatos geradores (art. 408-S, § 1º do RICMS/97), não podendo ser acatado o argumento de aplicação do porcentual previsto sobre a receita bruta mensal da ME ou EPP, relativo às operações não contabilizadas.

Com relação às infrações 2, 3, 4, 5 e 6, o recorrente não apresentou qualquer argumento para contrapor às acusações contidas nas mesmas, o que implica no seu reconhecimento tácito, nos termos do art. 140 do RPAF/BA, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Ressalto que conforme disposto no art. 123 do mencionado diploma legal, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Dessa forma, devem ser mantidas na sua totalidade estas infrações.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º 298962.0004/07-0, lavrado contra **COMERCIAL BARCELONA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$379.240,51**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.255,59, 60% sobre R\$88.903,19 e 70% sobre R\$289.081,73, previstas no art. 42, I “a”, II “a” e “d”, e III da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 6 de maio de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR