

A. I. N° - 170623.0053/09-1
AUTUADO - ÓTICA DINIZ LTDA.
AUTUANTE - MARIA INEZ AGUIAR VIEIRA, SUELI SANTOS BARRETO, LUZINETE MARIA DA SILVA e EDISON LEMOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 14/06/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0135-03/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. PRODUTOS DE ÓTICA. 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. Infração caracterizada. 2. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES ANTERIORES 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. Não comprovado o registro das notas fiscais. Não comprovada a ilegitimidade da presunção. Infração não elidida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. **b)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Penalidade absorvida pela multa por descumprimento da obrigação principal. Indeferido o pedido para realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/10/2009, exige ICMS e aplica penalidades em razão de quatro imputações.

Infração 01. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Exercício de 2007 – meses de outubro e novembro; exercício de 2008 – mês de fevereiro. Demonstrativo R\$2.791,70, acrescido da multa de 60%.

Infração 02. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Exercício de 2008 – meses de março a dezembro. Demonstrativos à fl. 14. ICMS no valor de R\$1.002,93, acrescido da multa de 70%.

Infração 03. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Exercício de 2007 - meses de outubro e novembro; exercício de 2008 – mês de fevereiro. Demonstrativos à fl. 13. Multa no valor de R\$168,81.

Infração 04. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Exercício de 2008 – meses de maio e dezembro. Demonstrativo à fl. 15. Multa no valor de R\$589,95.

O autuado, por intermédio de advogado com Procuração à fl. 220, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 208 a 216, na qual inicialmente descreve a imputação e, em seguida, passa a contestá-las.

Em relação à Infração 01, relata que o Fisco esclarece que no período fiscalizado ele, autuado, estava sujeito ao regime de substituição por antecipação. Que, por equívoco, algumas notas fiscais não foram registradas no livro Registro de Entradas, o que resultou na suposta falta de recolhimento do ICMS por antecipação. Que, em cumprimento à intimação do Fisco, apresentou algumas notas fiscais (vias originais), que serviram de base para o lançamento fiscal ora impugnado. Que além disso, atendendo à solicitação da Fiscalização, os fornecedores encaminharam cópias das notas fiscais restantes, que serviram de base para o presente lançamento. Que, contudo, como é de conhecimento geral, o ICMS rege-se pelo princípio da não-cumulatividade, materializado pela sistemática de débitos e créditos do estabelecimento em uma conta gráfica e assim, via de regra, as entradas do estabelecimento geram crédito correspondente ao imposto pago nas etapas anteriores de produção, enquanto as saídas geram débito. Que no caso específico o Fisco o acusa de não ter efetuado o registro das notas fiscais no LRE, o que, supostamente implicou no não recolhimento do ICMS por antecipação. Que, entretanto, em momento algum foi reconhecido pela Fiscalização que a falta de registro dessas notas fiscais também ocasionou o não aproveitamento dos correlatos créditos fiscais decorrentes da aquisição das mercadorias. Pede a realização de diligência fiscal pela ASTEC, a fim de que se apure o montante dos créditos decorrentes da aquisição das mercadorias objeto das notas fiscais relacionadas pela Fiscalização, com o propósito de evitar que ele, contribuinte, seja prejudicado por terem sido considerados apenas os seus supostos débitos, ao passo que os créditos correspondentes foram simplesmente desprezados. Assim, após a realização da referida diligência, pleiteia pela procedência parcial da Infração 01.

Passa a pronunciar-se acerca do que denomina “Infração 02”, citando o enunciado da Infração 03. Aduz que esta Infração, que descreve entrada de mercadorias não tributáveis sem o devido registro fiscal, não merece prosperar porque as referidas notas fiscais cujas entradas não foram registradas no LRE já foram objeto de exigência do ICMS por antecipação na Infração 01, com a aplicação de multa no percentual de 60% (sessenta por cento). Que, dessa forma, a multa pelo suposto descumprimento de obrigação principal absorveria a multa pelo descumprimento de obrigação acessória, conforme preceitua o § 5º do artigo 42 da Lei nº. 7.014/96, que copia. Transcreve trechos de Ementas e textos dos Acórdãos JJF nº 0458-03/05 e JJF nº 0311-04/07. Pede que seja julgada improcedente a Infração 02 (contendo o enunciado da Infração 03), em virtude desta ter sido absorvida pela multa aplicada na infração 01.

O contribuinte manifesta-se citando a imputação que identifica como “Infração 03”, citando o enunciado da Infração 02, e diz que esta imputação (enunciado da Infração 02) expressa que, segundo o relatório da autuação, no período de março a dezembro de 2008, estava no regime de tributação normal. Que, neste período, foi constatada a existência de algumas notas fiscais não registradas em sua contabilidade, o que resultou na aplicação da multa pelo artigo 4º da Lei nº 7.014/96, de suposta omissão de saída de mercadorias sem o devido pagamento do imposto devido. Que, em decorrência disso, foi aplic

valor das notas fiscais não registradas, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96. Que, contudo, o ICMS rege-se pelo princípio da não-cumulatividade, materializado pela sistemática de débitos e créditos do estabelecimento em uma conta gráfica. E que as entradas do estabelecimento geram crédito correspondente ao imposto pago nas etapas anteriores de produção, enquanto as saídas geram débito. Que, no caso específico ora examinado, o Fisco o acusa de não ter efetuado o registro das notas fiscais no LRE, o que gerou a presunção de que algumas saídas foram, supostamente, omitidas. Que, entretanto, em momento algum foi reconhecido pela Fiscalização que a falta de registro dessas notas fiscais também ocasionou o não aproveitamento dos correlatos créditos fiscais decorrentes da aquisição das mercadorias. Pede pela realização de diligência fiscal pela ASTEC, a fim de que se apure o montante dos créditos decorrentes da aquisição das mercadorias objeto das notas fiscais relacionadas pela Fiscalização, com o propósito de evitar que o contribuinte seja prejudicado por terem sido considerados apenas os seus supostos débitos, ao passo que os créditos correspondentes foram simplesmente desprezados. Assim, após a realização da referida diligência, pleiteia pela procedência parcial da infração 03 (com enunciado da Infração 02).

Quanto à Infração 04, expõe que trata-se do suposto descumprimento de obrigação acessória, em virtude de entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Que, por esta razão, foi cobrada multa de 10% (dez por cento) do valor comercial de mercadoria, prevista no artigo 42, inciso IX, da Lei Estadual nº. 7.014/96. Que, entretanto, a Infração 04 não merece prosperar pelo mesmo raciocínio já exposto no item referente à Infração 02 (refere-se ao enunciado da Infração 03), porque as referidas notas fiscais cujas entradas não foram registradas no LRE já foram objeto de exigência do ICMS na Infração 03 (refere-se ao enunciado da Infração 02), com a aplicação de multa no percentual de 70% (setenta por cento). Que, dessa forma, a multa aplicada pelo suposto descumprimento de obrigação principal absorve a multa pelo descumprimento de obrigação acessória, conforme preceitua o § 5º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que volta a transcrever. Cita trechos dos Acórdãos JF nº. 0311-04/07 e JF nº 0458-03/05. Pede que seja julgada improcedente a Infração 04, em virtude desta ter sido absorvida pela multa aplicada na infração 03 (enunciado da Infração 02).

Conclui pedindo que seja julgado parcialmente procedente o Auto de Infração ora impugnado.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 223 a 231, inicialmente descrevendo os termos da autuação e da sua impugnação. Pronunciam-se acerca do instituto da decadência. Em seguida, aduzem que não pode prosperar a alegação da impugnante, quando diz que os autuantes desprezaram os créditos fiscais constantes nas notas fiscais objeto da autuação referente à infração 01, porque basta uma verificação no anexo (Demonstrativo de Cálculo da Antecipação Total referente a Notas Fiscais não Registradas no LRE), em especial aos valores constantes na coluna “E”, para constatar que a fiscalização reconheceu todos os valores dos créditos fiscais referentes às Notas Fiscais que integram essa infração, sendo certo que esses valores podem ser cotejados com as cópias das referidas notas fiscais, colacionadas neste PAF. Também entendem ser descabido o pedido de diligência fiscal a ser realizada pela ASTEC, uma vez que constam apensados no processo todos os elementos de prova necessários para averiguação e constatação de nossas afirmações. Que, considerando que a impugnante não contesta a falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, apurada pelo Fisco, e que as alegações defensivas referentes à falta de reconhecimento dos créditos fiscais não refletem a verdade dos fatos, pedem pela procedência total da Infração 01.

Passam a tratar da imputação que denominam de Infração 02, citando o enunciado da infração 03, expondo que esta não guarda qualquer tipo de relação com a Infração 01, tampouco sendo a Infração 01 consequência direta da Infração 02 (teor da Infração 03). Que a infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades. Fato Gerador e a incidência do imposto estão condicionadas, no caso de mercadorias sujeitas a tributação do ICMS e provenientes de outras

portanto, em atendimento à obrigação principal, o contribuinte responsável pela aquisição das mercadorias deve efetuar o cálculo e recolhimento do imposto de acordo as normas estabelecidas na Lei nº 7.014/96, inexistindo condicionante na Lei em questão que exija a escrituração dos documentos fiscais referentes às aquisições dessas mercadorias como parte do processo de cumprimento da obrigação principal que é o pagamento do imposto devido.

Que assim, de acordo com a legislação vigente, não há qualquer vinculação direta, para efeito de cumprimento da obrigação principal, entre a escrituração nos livros próprios dos documentos fiscais que deram suporte à operação mercantil, e o pagamento do imposto devido em cada operação. Que, no mesmo sentido, a infração 02 (teor da Infração 03), que trata da falta de registro na escrita fiscal referente à entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, também não guarda relação com a infração 01, uma vez que trata de descumprimento de obrigação acessória.

Observam que a infração 01 trata de falta de recolhimento de mercadorias tributáveis, enquanto que a infração 02 (teor da Infração 03) trata de mercadorias não tributáveis. Que a razão é fácil de explicar, pois uma vez que acontece a entrada, neste Estado, de mercadoria proveniente de outra Unidade da Federação, sujeita à antecipação tributária total, cabe ao sujeito passivo efetuar o cálculo e recolhimento do imposto devido, encerrando-se aí a fase de tributação. E que é por esse motivo que na escrituração dos documentos fiscais referentes a tais aquisições, os valores são lançados na coluna de “não tributáveis”. Aduzem ser esta mais uma prova de que a falta de escrituração dos documentos constantes na infração 02 (teor da Infração 03) não pode ser encarada como circunstância agravante da falta de recolhimento do imposto cobrado na infração 01, uma vez que se houvesse sido efetuada a escrituração dos documentos fiscais, os valores referentes aos mesmos seriam lançados como não tributáveis. Que assim, resta descaracterizado a aplicação do §5º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, prevalecendo para todos os efeitos o §4º do artigo 42 da mesma lei, que dispõe que as multas serão cumulativas quando resultarem, concomitantemente, do descumprimento de obrigação tributária acessória e principal.

Expõem que, quanto às decisões da 3ª Junta de Julgamento Fiscal e 4ª Junta de Julgamento Fiscal colacionadas pela impugnante, tais citações carecem de mais informações para atestarem a similaridade com a questão ora discutida, no que tange às características do contribuinte e do objeto da autuação, sem o que está impossibilitada qualquer análise mais detalhada, portanto devendo ser desconsideradas por este CONSEF. Aduzem que diante destas informações e esclarecimentos, resta evidente que as alegações da impugnante não merecem prosperar, e pedem pela procedência total da Infração 02 (teor da Infração 03).

Em relação ao que denominam de Infração 03, mas descrevem com o enunciado da Infração 02, aduzem que trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, aduzem que o inciso IV do §3º do artigo 2º do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 estabelece que presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registradas.

Que o mesmo Regulamento, em seu artigo 60, inciso I, combinado com o seu artigo 2º, §3º, estabelece que a base de cálculo para os casos de presunção de omissão de saídas é, no caso de entradas não registradas na escrituração, o custo das entradas não registrados, que corresponderá ao valor da receita não declarada, pelo que está correto o procedimento fiscal adotado.

Que se configura a chamada presunção legal, visto que o sujeito passivo, ao deixar de registrar as entradas, efetuou o pagamento de tais entradas com recursos decorrentes de operações de saídas também não registradas. Que não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos.

Que o inciso I do artigo 60 estabelece claramente que, nas hipóteses na escrituração a base de cálculo deve ser o valor do custo das correspondência ao valor da receita não declarada. Que, nesse caso,

saídas, o que se busca é determinar o valor da receita omitida e não declarada, portanto o valor do custo das entradas não registradas é o que melhor reflete o valor da receita não declarada.

Que em nenhum momento eles, autuantes, questionaram ou negaram o direito ao crédito fiscal pelas entradas de mercadorias no estabelecimento da impugnante. Que a infração 03 (teor da Infração 02) diz respeito à presunção de omissão de saídas, e que o valor das entradas não registradas foi utilizado como base de cálculo para apuração da omissão de saídas.

Que no que diz respeito ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, entendem que o impugnante deve observar o que preceitua a norma regulamentar, em especial os artigos 91, 92 e 93 (Direito ao Crédito Fiscal) e artigo 101 (Escrituração do Crédito Fiscal), RICMS/BA.

Aduzem ser descabido o pedido de diligência fiscal a ser realizada pela ASTEC, uma vez que constam apensados no processo todos os elementos de prova e informações necessárias para averiguação e constatação de suas afirmações. Considerando que o impugnante não traz aos autos elementos que comprovem as suas argumentações, pedem pela procedência total da Infração 03 (teor da Infração 02).

Em relação à Infração 04, aduzem que não guarda relação com a Infração 03 (teor da Infração 02), e que esta Infração 03 (teor da Infração 02) tampouco é consequência direta da infração 04.

Que a infração 03 (teor da Infração 02) trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas.

Observam que o Fato Gerador e a incidência do imposto estão condicionadas, no caso em tela, a aquisição de mercadorias sujeita a tributação do ICMS.

Que em atendimento a obrigação principal, o contribuinte responsável pela aquisição das mercadorias deve efetuar o cálculo e recolhimento do imposto de acordo as normas estabelecidas na Lei nº 7.014/96. Que não existe condicionante na lei em questão que exija a escrituração dos documentos fiscais referentes às aquisições dessas mercadorias como parte do processo de cumprimento da obrigação principal que é o pagamento do imposto devido.

De acordo com a legislação vigente não há qualquer vinculação direta, para efeito de cumprimento da obrigação principal, entre a escrituração, nos livros próprios, dos documentos fiscais que deram suporte à operação mercantil e o pagamento do imposto devido em cada operação, ou seja, a apuração e o pagamento do imposto devido e a escrituração dos livros fiscais próprios são constituídas por ações distintas e independentes.

No mesmo sentido, a infração 04, que trata da falta de registro na escrita fiscal referente à entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis, também não guarda relação com a infração 03 (teor da Infração 02), uma vez que trata de descumprimento de obrigação acessória.

Que a falta de escrituração dos documentos fiscais não serviu de agravante para a falta do recolhimento do imposto da obrigação principal, pois a apuração e o pagamento do imposto independem da escrituração dos livros fiscais.

Que assim fica completamente descaracterizado a aplicação do §5º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, prevalecendo para todos os efeitos o §4º do artigo 42 da mesma lei, que transcrevem.

Quanto às decisões da 3ª Junta de Julgamento Fiscal e da 4ª Junta de Julgamento Fiscal colacionadas pela impugnante, aduzem que carecem de mais informações para que seja atestada a similaridade com a questão ora discutida, no tange às características do contribuinte e do objeto da autuação, fato que impossibilita qualquer análise mais detalhada, portanto devem ser desconsideradas no julgamento.

Pedem pela procedência total da Infração 04.

Concluem pronunciando-se pela manutenção integral da autuação.

VOTO

Preliminarmente, indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

Ainda preliminarmente, observo que tanto o contribuinte, quanto os autuantes, tratam de forma trocada os enunciados relativos às Infrações 02 e 03, mas tal equívoco não macula a impugnação, nem a informação fiscal, porquanto o enunciado referente a cada imputação impugnada foi transcrito de forma literal por ambas as partes.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado em razão das quatro imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

Quanto à Infração 01, falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, o contribuinte aduz que este levantamento foi realizado com base nos documentos que entregou à Fiscalização e, invocando o princípio da não cumulatividade, expôs que, via de regra, “as entradas do estabelecimento geram crédito correspondente ao imposto pago nas etapas anteriores de produção, enquanto as saídas geram débito, e o Fisco não considerou que a falta de registro dessas notas fiscais também ocasionou o não aproveitamento dos correlatos créditos fiscais decorrentes da aquisição das mercadorias. Pede então a realização de diligência fiscal pela Assessoria Técnica - ASTEC deste Conselho, a fim de que se apure o montante dos créditos decorrentes da aquisição das mercadorias objeto das notas fiscais relacionadas pela Fiscalização, para que se apure o valor de imposto a ser lançado de ofício deduzindo-se os créditos correspondentes, o que resultaria na procedência parcial da imputação.

O Fisco expõe então que na planilha denominada “Demonstrativo de Cálculo da Antecipação Total referente a Notas Fiscais não Registradas no LRE”, em especial nos valores constantes na sua coluna “E”, está comprovado que foram reconhecidos todos os valores dos créditos fiscais referentes às Notas Fiscais que integram a infração 01.

Observo que assiste razão ao Fisco em relação à consideração destes créditos, conforme comprovado nos Demonstrativos à fl. 12 dos autos. Portanto, estava previamente atendido o pleito do sujeito passivo.

Uma vez que o contribuinte não contesta a ocorrência da infração, apenas requerendo a consideração de tais créditos fiscais, é procedente a imputação 01.

Em relação à Infração 03, esta trata de entrada no estabelecimento de mercadorias não sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, tendo sido aplicada a multa de 1% sobre o valor de tais operações.

Observo que, tal como assinalam contribuinte e Fisco, a multa foi aplicada considerando-se as mesmas notas fiscais que serviram de base para a imputação 01.

Porém, ao contrário do quanto expõe o sujeito passivo em relação a esta imputação, a multa pelo descumprimento da obrigação principal, aplicada na Infração 01, não absorve a multa pelo descumprimento de obrigação acessória objeto desta imputação 03, exatamente porque determinam os §§ 4º e 5º do artigo 42 da Lei nº. 7.014/96, que:

Lei nº 7.014/96:

art. 42.

(...)

§ 4º As multas serão cumulativas quando resultarem concomitantemente do descumprimento de obrigação tributária acessória disposto no parágrafo seguinte.

§ 5º A multa pelo descumprimento de obrigação

Created with

 **nitroPDF** professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.

Destaco que primeira infração trata de falta de recolhimento de ICMS devido por substituição tributária. Tal pagamento poderia ter sido efetuado estando, ou não, escrituradas em parte, ou na totalidade, as notas fiscais que embasam as imputações.

Ainda que se possa supor que um contribuinte, que de forma irregular não deseje cumprir com a obrigação principal de recolhimento do imposto, delibere previamente por não escriturar documentos fiscais que tratem das operações de circulação de mercadorias que são fato gerador do tributo, esta suposição não está comprovada nos autos. Tanto assim que o contribuinte assevera, portanto expõe de forma explícita, em sua impugnação, que apenas por equívoco as notas fiscais que embasam a imputação 01, que trata do não recolhimento do imposto, não foram registradas no seu livro Registro de Entradas.

Ademais, tanto o contribuinte poderia ter registrado os documentos fiscais sem proceder ao pagamento do ICMS devido, quanto poderia não ter escriturado os documentos e ter recolhido o imposto devido por antecipação, pelo que a falta do recolhimento do imposto, devido exatamente pelas operações descritas nos documentos fiscais que embasam a imputação 01, não foi uma consequência direta da falta de escrituração das notas fiscais de entradas, irregularidade objeto da infração 03.

Destaco ainda que a multa pelo descumprimento da obrigação de recolher o ICMS devido por substituição tributária, conforme previsto no inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, é de 60% do valor do imposto não recolhido, independentemente do descumprimento de qualquer outra obrigação tributária, exatamente como afirmam os autuantes, pelo que inexistiu qualquer agravamento de penalidade, na Infração 01, por descumprimento de obrigação acessória. Continuou sendo, no caso da infração 01, o percentual de 60% do débito reclamado, tal como previsto originariamente na mencionada Lei.

Assim, em relação a estas duas infrações 01 e 03, a situação não se enquadra no disposto no parágrafo quinto do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e sim no parágrafo quarto do mesmo artigo, anteriormente mencionado.

Quanto aos Acórdãos de primeira instância deste Conselho, mencionados pelo contribuinte, não fazem coisa julgada em relação ao presente processo, sendo necessário examinar-se individualizadamente cada situação de litígio para proferir a decisão correlata.

Infração 03 procedente.

Quanto à Infração 02, omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, com Demonstrativo à fl. 14 e exigência de ICMS acrescido da multa de 70%, o contribuinte não nega a falta de contabilização dos valores objeto das operações descritas das notas fiscais que embasam a imputação, mas também pede o aproveitamento dos créditos fiscais correspondentes, após a realização de diligência que solicita.

O Fisco, contudo, explicita que os artigos 60, inciso I, e artigo 2º, §3º, ambos do RICMS/BA, prevêm que a base de cálculo para os casos de presunção de omissão de saídas é, no caso de entradas não registradas na escrituração, o custo das entradas não registrados, que corresponderá ao valor da receita não declarada:

RICMS/BA:

art. 2º Nas operações internas, interestaduais e ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

art. 60. A base de cálculo do ICMS, nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestações, é:

I - nas hipóteses de saldo credor de caixa, de suprimento de caixa de origem não comprovada, de passivo fictício ou inexistente e de entradas ou pagamentos não registrados na escrituração, o valor do saldo credor de caixa ou do suprimento de origem não comprovada, ou do exigível inexistente, ou dos pagamentos ou do custo das entradas não registrados, conforme o caso, que corresponderá ao valor da receita não declarada (art. 2º, § 3º);

Assim, não cabe a dedução de créditos fiscais pedida pelo contribuinte.

Infração 02 procedente.

No que tange à Infração 04, na qual aplica-se multa por falta de registro, na escrita fiscal, de entrada de mercadorias sujeitas a tributação, imputação que tem por objeto a falta de escrituração das mesmas notas fiscais de entradas de mercadorias que são base da imputação 02, conforme afirmam Fisco e contribuinte, e demonstram os levantamentos fiscais de fl. 14 (infração 02) e de fl. 15 (infração 04), assiste razão ao contribuinte quando afirma que a Infração 02 decorre do quanto apurado na infração 04, ou seja, exatamente pela falta de escrituração das notas fiscais de entradas (infração 04) é que existe a presunção de omissão de saídas anteriores não contabilizadas (infração 02).

Assim, em consonância com o disposto no §5º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, a multa aplicada no item 04 do Auto de Infração em lide, pelo descumprimento de obrigação acessória, é absorvida pela multa por descumprimento da obrigação principal objeto do item 02 deste mesmo Auto de Infração, porque o descumprimento dessa obrigação principal é uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória de falta de escrituração.

Imputação 04 improcedente.

Assinalo que, tal como exposto pelo Fisco, no que tange ao direito à escrituração e utilização do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o impugnante deve observar o que preceitua a norma regulamentar, em especial os artigos 91, 92, 93 e artigo 101, ambos do RICMS/BA.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$3.963,44.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **170623.0053/09-1**, lavrado contra **ÓTICA DINIZ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.794,63**, acrescido da multa de 60% sobre R\$2.791,70 e de 70% sobre R\$1.002,93 previstas, respectivamente, no artigo 42, incisos II, alínea “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$168,81** prevista no artigo 42, inciso XI, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO R