

A. I. Nº - 380214.0026/07-3
AUTUADO - INSTRUMENTAL SÃO JORGE LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO BARBOSA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 01. 04. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0052-01/11

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES DO RECOLHIDO E OS LANÇAMENTOS NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Autuado comprova a existência de créditos fiscais constantes nos documentos fiscais que comprovam ter sido apurado e recolhido o imposto efetivamente devido. Infração insubstente. **2.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Alegação defensiva de descaber a exigência de pagamento da diferença de alíquotas no período em que esteve inscrito no cadastro de contribuintes da SEFAZ/BA, na condição de optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS(SimBahia), restou devidamente comprovada. Devido o imposto no período em que o autuado se encontrava inscrito na condição de contribuinte do regime normal de apuração. Infração parcialmente subsistente. **3.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Autuado apresentou elementos de provas que elidem parcialmente a autuação. Refeitos os cálculos pelo próprio autuante. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **4.** NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Na revisão do procedimento fiscal, além dos equívocos existentes no lançamento original que resultaram no agravamento das infrações, foram incluídas mercadorias não constantes no levantamento original mudando o escopo da autuação e gerando a iliquidez do ICMS a ser exigido. Infrações 04, 05 e 06, nulas. **5.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. No presente caso, a exigência fiscal

somente pode prevalecer nos levantamentos referentes aos exercícios de 2004 e 2006, haja vista que a revisão realizada pelo autuante se apresenta correta, sendo parcialmente subsistentes os lançamentos referentes aos mencionados exercícios. Contudo, no que diz respeito aos exercícios de 2002, 2003 e 2005, restou demonstrado os vícios existentes nos levantamentos, o que inquina de nulidade o lançamento nestes exercícios. Infração parcialmente subsistente. **b)** Nesta infração está sendo exigido o imposto apurado em decorrência de omissão de entradas, referente ao exercício de 2003, valendo dizer que está se exigindo o imposto sobre as duas omissões apuradas. Ou seja, exige a omissão de saídas na infração 07 e omissão de entradas na infração 08, quando a exigência deveria recair, apenas, sobre a omissão de maior valor monetário, no caso, a omissão de entradas. Ademais, o valor remanescente apontado pelo autuante na revisão fiscal que realizou, diz respeito ao exercício de 2002, exercício este que não foi objeto do lançamento original. Infração nula. **c)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Autuado elide parcialmente a infração apresentando elementos de provas hábeis acatados corretamente pelo autuante na revisão fiscal que realizou. Infração parcialmente subsistente. **d)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Infração parcialmente subsistente. **e)** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO, NA ESCRITA FISCAL, DA SAÍDA DE MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Restou comprovada a irregularidade apontada nesta infração. Infração caracterizada. Não acolhida a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/12/2007, exige crédito tributário no valor de R\$ 79.049,57, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS, no mês de março de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.657,38, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de abril e maio de 2002, fevereiro de 2004 e março de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 155,41, acrescido da multa de 60%;

3. Efetuou o recolhimento a menos 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 [art.353, II do RICMS/BA], nos meses de janeiro a dezembro de 2002, janeiro a março, junho a agosto, novembro e dezembro de 2003, janeiro, fevereiro, maio a agosto, outubro a dezembro de 2004, janeiro, fevereiro, abril a outubro de 2005, janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$21.325,24, acrescido da multa de 60%;
4. 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, nos meses de março e abril de 2004, janeiro e fevereiro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$723,54, acrescido da multa de 60%;
5. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de junho, outubro a dezembro de 2004, janeiro a julho, setembro a dezembro de 2005, julho, agosto, outubro e dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 7.802,01, acrescido da multa de 50%;
6. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de maio de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.422,82, acrescido da multa de 50%;
7. Falta recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2002, 2003, 2004, 2005 e 2006, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, sendo exigido ICMS no valor de R\$11.143,47, acrescido da multa de 70%;
8. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos exercícios de 2003 e 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.118,81, acrescido da multa de 70%;
9. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 286,54, acrescido da multa de 70%;
10. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$100,29, acrescido da multa de 70%;
11. Recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), nos meses de março, maio a julho, setembro e dezembro de 2005, abril a novembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$27.264,06, acrescido da multa de 50%;

12. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$50,00.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 495 a 652, na qual argui, preliminarmente, a decadência dos lançamentos relativos ao exercício de 2002, alegando que somente teve ciência da autuação neste exercício de 2002, configurando-se, assim, a intempestividade da autuação, que somente poderia abranger o exercício de 2003 e os seguintes, razão pela qual devem ser excluídos da autuação todos os lançamentos relativos ao exercício de 2002, por serem indevidos.

Diz que vários lançamentos da autuação já foram objeto de Denúncia Espontânea, tendo sido efetuado o recolhimento através do DAE que anexa, no valor total de R\$ 2.145,38, no dia 23/01/2008, cujos valores discrimina, para facilitar a compreensão, já que se referem a várias infrações. Acrescenta que muitos outros são devidos, mas não houve tempo hábil para constatar a omissão e recolher. Frisa ainda que se tornou impossível ter certeza quanto a várias notas fiscais arroladas no demonstrativo relativo à antecipação parcial e substituição porque estas não lhe foram apresentadas, para verificação da veracidade. Afirma que a defesa ficou prejudicada porque não reconhece as notas e não encontrou nada que pudesse confirmar a existência destas.

Rechaça a infração 01, afirmando que na impressão do livro de Registro de Apuração do ICMS, relativa ao mês de janeiro de 2006, por erro do programa utilizado, não foram impressos os créditos de ICMS referentes às Notas Fiscais ns 153273, 53613, 622452, 54549, 55337, 32427, cujas cópias anexa aos autos, razão pela qual o saldo credor para os meses de fevereiro e março foi transportado a menos, justamente no valor de R\$ 1.657,38, exigido na autuação. Salienta que as notas fiscais estão lançadas no livro Registro de Apuração do ICMS, e que corrigindo o erro apontado e considerando-se o crédito destacado nas notas fiscais, constata-se que não houve recolhimento a menos.

Quanto à infração 02, afirma que os lançamentos de 2002, no valor de R\$ 52,34 e R\$ 27,45, e o lançamento de 2004, no valor de R\$ 27,59, foram denunciados espontaneamente em 23 de janeiro de 2008, conforme cópia anexa. Já o valor de R\$ 48,03 é indevido, porque a Nota Fiscal n. 477059, emitida em 29/03/2006, entrou em seu estabelecimento em 03/04/2006, quando já estava enquadrada no Simbahia, estando assim desobrigada do recolhimento da diferença de alíquotas, conforme pode se verificar no livro Registro de Entradas, haja vista que a referida nota fiscal foi lançada no mês de abril, quando chegou.

Com relação à infração 03, sustenta que os lançamentos relativos aos exercícios de 2002 foram atingidos pela decadência, mesmo assim, foram inseridos os valores corretos, para demonstrar a existência de engano na autuação.

Assevera que esta infração também carece de alguns reparos, já que se vale, para várias operações de MVA errada, citando como exemplo, a mercadoria cera cuja MVA é 35% e não 60%, além de ser aplicável aos produtos hospitalares, a redução de 10%, como se vê no demonstrativo que apresenta, cópia integral do demonstrativo constante da autuação, no qual se insere apenas as correções e se pode verificar o valor apurado pela autuação e o valor devido. Acrescenta que o imposto relativo a vários dos meses objeto de autuação já foram quitados através da mencionada Denúncia Espontânea, havendo na planilha menção expressa aos valores já quitados e aos valores pendentes de recolhimento.

No que tange à infração 04, diz que não procede totalmente, já que adiciona a base de cálculo do imposto valores referentes a frete, que, segundo a legislação vigente, não compõem a base de cálculo do ICMS antecipação parcial, como se vê na planilha que apresenta, sendo cópia integral do demonstrativo constante da autuação.

No tocante à infração 05, afirma que conforme se vê na planilha que apresenta, existem reparos a fazer nesta infração.

Com relação à infração 06, diz que em conformidade com a planilha que apresenta também existem reparos a fazer nesta infração. Observa que a planilha apresentada pelo autuante, na qual foram feitos os devidos ajustes e correções, segue após as explicações relativas a todas as infrações referente à antecipação tributária e antecipação parcial.

No respeitante à infração 07, assevera que precisa ser revista porque no levantamento realizado inúmeras notas fiscais e/ou cupons fiscais não foram lançados nos demonstrativos apresentados à empresa implicando assim em diferença de estoque que realmente não existiu. Diz que está apresentando planilha bem detalhada mostrando as entradas e/ou saídas não lançadas e a quantidade realmente omitida, se e quando existiu, e, ao final, planilha contendo todas as infrações relativas ao levantamento quantitativo de estoque, na qual é apresentado o valor efetivo das omissões. Acrescenta que, com relação ao exercício de 2002, embora atingido pela decadência, optou por demonstrar as correções que precisariam ser feitas, apenas para o efeito de argumentação.

No que concerne à infração 08, afirma que também precisa ser revista porque no levantamento realizado inúmeras notas fiscais e/ou cupons fiscais não foram lançados nos demonstrativos apresentados à empresa implicando assim em diferença de estoque que realmente não existiu. Diz que segue planilha bem detalhada mostrando as entradas e/ou saídas não lançadas e a quantidade realmente omitida, se e quando existiu, e, ao final, planilha contendo todas as infrações relativas ao levantamento quantitativo de estoque, na qual é apresentado o valor das omissões.

No que diz respeito à infração 09, diz que precisa ser revista porque no levantamento realizado inúmeras notas fiscais e/ou cupons fiscais não foram lançados nos demonstrativos apresentados à empresa implicando assim em diferença de estoque que realmente não existiu. Salienta que segue planilha bem detalhada mostrando as entradas e/ou saídas não lançadas e a quantidade realmente omitida, se e quando existiu, e, ao final, planilha contendo todas as infrações relativas ao levantamento quantitativo de estoque, na qual é apresentado o valor efetivo das omissões.

No tocante à infração 10, diz que precisa ser revista porque no levantamento realizado inúmeras notas fiscais e/ou cupons fiscais não foram lançados nos demonstrativos apresentados à empresa implicando assim em diferença de estoque que realmente não existiu. Registra que segue planilha bem detalhada mostrando as entradas e/ou saídas não lançadas e a quantidade realmente omitida, se e quando existiu, e, ao final, planilha contendo todas as infrações relativas ao levantamento quantitativo de estoque, na qual é apresentado o valor efetivo das omissões.

No que tange à infração 11, diz que precisa ser corrigida, afirmando que no exercício de 2005, a autuação não deduziu as devoluções de mercadorias, conforme notas fiscais que anexa, sendo lançada uma receita irreal. Apresenta planilha para comprovação de sua alegação. Já no exercício de 2006, alega que os valores efetivamente recolhidos não foram lançados na planilha elaborada pelo autuante. Diz que foram lançados valores totalmente discrepantes. Apresenta planilha com os valores recolhidos. Sustenta que esta infração é totalmente improcedente.

Quanto à infração 12, diz que precisa ser revista porque no levantamento realizado inúmeras notas fiscais e/ou cupons fiscais não foram lançados nos demonstrativos apresentados à empresa implicando assim em diferença de estoque que realmente não existiu. Consigna que segue planilha bem detalhada mostrando as entradas e/ou saídas não lançadas e a quantidade realmente omitida, se e quando existiu, e, ao final desta, planilha contendo todas as infrações relativas ao levantamento quantitativo de estoque, na qual é apresentado o valor efetivo das omissões.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, para excluir aqueles lançamentos indevidos e para lhe condenar a pagar o imposto ainda não recolhido ou não denunciado, conforme demonstrou à exaustão nos demonstrativos apresentados, processando-se a defesa composta de 158 páginas e acompanhada de milhares de documentos xerocopiados.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 2486 a 2496), esclarecendo que o autuado foi intimado a apresentar os documentos fiscais e para fazer a correção dos dados do arquivo magnético, sendo que, depois de sucessivas prorrogações de prazo, passados 80 (oitenta) dias, foi informado que os arquivos haviam sido reapresentados devidamente retificados.

Registra que o Auto de Infração foi apresentado ao autuado, que se insurgiu contra o resultado apurado, conforme o processo de defesa em 5 (cinco) volumes, contendo o total de 1.973 folhas.

Diz que ficou constatado que as infrações decorrentes da apuração do estoque fechado levantado a partir dos dados dos arquivos magnéticos estavam inconsistentes, uma vez que centenas de documentos estavam ausentes no relatório, centenas digitadas parcialmente ou foram digitados de forma invertida. Acrescenta que, da mesma forma, não foram apresentados todos os documentos fiscais, uma vez que as infrações da substituição tributária e da antecipação parcial também foram objetos de defesa, tendo apresentado milhares de cópias de notas fiscais que em sua maioria não havia sido apresentada na primeira oportunidade.

Salienta que, no afã de contrapor as infrações apuradas no Auto de Infração, o autuado juntou milhares de documentos convenientes a sua defesa, tendo com base em tais documentos, retificados os valores das infrações, uma para mais outras para menos.

Continuando, rechaça a decadência arguida pelo autuado, sustentando que o prazo para contagem da decadência é aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, que estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Afirma que, no caso concreto, os fatos geradores do imposto ocorreram no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2006, e o prazo para a constituição do crédito tributário, em relação ao exercício de 2002, se extinguiu no dia 31/12/2006. Como o Auto de Infração foi lavrado em 28/12/2006, portanto, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo.

Contesta o argumento defensivo de que fez denúncia espontânea, com data posterior ao Auto de Infração, deduzindo-se que tenha havido o reconhecimento tácito de parte das infrações, no montante de R\$2.145,38, conforme fl. 655.

Quanto à alegação defensiva referente à infração 01 de que no mês de janeiro de 2006, os créditos de ICMS referentes às Notas Fiscais nºs 153273, 053613, 622452, 054549, 055337 e 032427 não foram lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, gerando, por consequência saldo credor nos meses de fevereiro e março de 2006, tendo juntado às fls. 1238 a 1248 as Notas Fiscais ns 152273, e 32427, CTIC 53613, 622452, 54549, 55337 e cópia do livro Registro de Apuração do ICMS do referido mês elaborado pelo autuado após o término da fiscalização. Sustenta que os dados foram obtidos da escrituração fiscal do autuado, sendo, portanto, improcedente a alegação.

Com relação à alegação defensiva referente à infração 02, diz que em verdade, o autuado reconheceu a infração nos valores de R\$52,34, R\$27,45 e R\$27,59, contudo, impugnou o valor R\$48,03, apurado a partir da Nota Fiscal n 477059, de 29/03/06, no total de R\$441,34 que saiu do estabelecimento do fornecedor no mesmo dia de sua emissão, conforme fl. 1258, portanto, não procedendo a alegação do autuado.

No que tange à infração 03, diz que a Fazenda Pública Estadual tinha até 31/12/2006 para constituir os créditos tributários do exercício de 2002, portanto, não procedendo a arguição de decadência. Acrescenta que na apuração da Substituição Tributária, o autuado relacionou em sua defesa as notas fiscais e os respectivos produtos que tem a incidência da substituição tributária, sendo que, analisadas todas as notas fiscais, aquelas consideradas pertinentes foram corrigidas. Quanto à alegação de utilização de MVA incorreta, acata o argumento defensivo, dizendo que dentre os produtos adquiridos, algumas notas fiscais se referiam a cera e passaram despercebidas, como se medicamento fosse, e por consequência aplicada a MVA daquele produto, que agora corrige. Acata

também o argumento defensivo relativo à redução de base de cálculo de 10%, uma vez que está previsto no art. 61, §2º, I do RICMS/BA. Consigna que no demonstrativo que elaborou (fls. 191 a 221) a base de cálculo não foi reduzida provocando, portanto, distorção no imposto devido, que agora corrige.

Relativamente à infração 04, diz que na apuração da Antecipação Parcial, de fato foi considerada na base de cálculo o frete cobrado através de CRTTC, o que contraria a orientação regente para esta operação, portanto, procedendo a arguição defensiva.

Salienta que examinou as notas fiscais de entrada juntadas na defesa, sendo os produtos nelas relacionados reclassificados, resultando num acréscimo ou diminuição no imposto a recolher Antecipação Parcial e ou da Substituição Tributária.

Observa que na apuração do imposto a pagar, os créditos utilizados na apuração, foram obtidos incorretamente por meio da fórmula matemática, alíquota vezes total da Nota Fiscal, visto que nele estava o valor do IPI, além do que alguns fornecedores não geram créditos, a exemplo da Nota Fiscal n. 014.164, de 11/01/06, Nota Fiscal n. 038.657, de 23/01/06 e Notas Fiscais ns 007.526, 007.528, 007.532, de 30/01/06, que agora corrige.

Afirma que procede em parte a alegação do autuado, sendo excluídos da base de cálculo os CRTTCs, regularizado o valor dos créditos e corrigido os produtos com incidência da substituição tributária, restando ainda Antecipação Parcial a pagar no valor de R\$ 783,71, conforme novo demonstrativo que apresenta.

Realça que em alguns meses houve acréscimo do valor inicialmente apurado, devido aos ajustes efetuados, a título de exemplo cita as Notas Fiscais ns 465527, de 14/12/05, e da diminuição do crédito e ou exclusão Notas Fiscais ns 014.164, de 11/01/06, 038.657, de 23/01/06 e 007.526, 007.528, 007.532, de 30/01/06.

No que diz respeito à infração 05, observa que o autuado não ataca diretamente a infração, contudo, o erro identificado na infração 04 persistiu nesta infração (fls. 499 a 519 e 1260 a 2240).

Reconhece que na apuração da Antecipação Parcial, de fato foi considerado na base de cálculo o frete cobrado através de CRTTC, o que contraria a orientação regente para esta operação, portanto, procedendo a arguição defensiva.

Admite que diversos produtos farmacêuticos, não relacionados no Convênio, foram incluídos indevidamente na Substituição Tributária, contra o que o contribuinte se insurgiu. Diz que tais produtos foram deslocados, provocando acréscimo na Antecipação parcial, conforme demonstrado na planilha.

Consigna que os créditos fiscais de ICMS relacionados no demonstrativo de fls. 191 a 221, foram obtidos por meio da fórmula matemática, alíquota vezes total da Nota Fiscal, contudo, acrescido, portanto do valor do IPI que não compõe a base de cálculo do crédito do ICMS, além do que alguns fornecedores por conta da sua condição de microempresa não geram crédito fiscal em seus documentos fiscais.

Diz que procede em parte a alegação do autuado, e que depois de excluído da base de cálculo os CRTTCs, regularizado o valor dos créditos e da substituição tributária, restou Antecipação Parcial a pagar no valor de R\$ 7.778,62, conforme novo demonstrativo que apresenta.

No que concerne à infração 06, diz que o autuado não ataca diretamente a ocorrência, entretanto, o erro identificado nas infrações 04 e 05, também persistiu nesta infração (fls. 499 a 519 e 1260 a 2240). Observa que a apuração da Antecipação Parcial foi considerada na base de cálculo o valor da Nota Fiscal, adicionada com o frete cobrado através de CRTTC, o que contraria a orientação regente para esta operação. Diz que diversos produtos farmacêuticos, não enquadrados no convênio, foram incluídos indevidamente como Substituição Tributária, sendo tais produtos deslocados, provocando acréscimo na Antecipação Parcial, conforme demonstrado na planilha. Frisa que os créditos de

ICMS relacionados no demonstrativo de fls. 191 a 221, foram obtidos por meio da fórmula matemática, alíquota vezes X total da Nota Fiscal, contudo, acrescido do valor do IPI que não compõe a base de cálculo do crédito do ICMS, além do que alguns fornecedores por conta da sua condição de microempresa não geram crédito fiscal em seus documentos fiscais. Admite que procede em parte a alegação do autuado e que depois de excluído da base de cálculo os CRTCs e regularizado o valor dos créditos e da Substituição Tributária, ainda restou Antecipação Parcial a pagar no valor de R\$ 181,32, conforme demonstrativo que apresenta. Salienta que o acréscimo advém do deslocamento do imposto a pagar da Substituição tributária para Antecipação Parcial e da diminuição do crédito e ou sua exclusão, tudo demonstrado na planilha.

Reportando-se sobre os argumentos defensivos referentes à infração 07, de que na apuração do estoque fechado, diversas notas fiscais e cupons fiscais não foram lançados nos demonstrativos gerados pelo sistema SAFA, apresentando novas planilhas na qual apresenta o valor, por ela reconhecido, como omissões às fls. 520 a 580 e 657 a 1236, ressalta que o não lançamento das notas fiscais e cupons fiscais ocorreu por culpa exclusiva do autuado, que não cumpriu a obrigação acessória da entrega do meio magnético com todos os dados e requisitos estabelecidos no Convênio.

Realça que todos os documentos acostados na peça defensiva quando considerados pertinentes, foram inseridos no Sistema SAFA, resultando na geração de novos relatórios, com apuração de novo valor para a infração, o qual destoa dos valores reconhecidos pelo impugnante. Acrescenta que procede em parte a arguição defensiva. Registra que à fl. 740, consta a Nota Fiscal n 144135, de 29/12/03, lançada no Livro de Registro de Entrada no exercício de 2004, portanto, lançada no estoque de 2004. A Nota Fiscal n. 461, 03/02/03(fl. 752), foi cancelada, não tendo razão o pedido de seu registro.

Com relação à infração 08, diz que o autuado alega que na apuração do estoque fechado, diversas notas fiscais e cupons fiscais não foram lançados nos demonstrativos gerados pelo sistema SAFA, apresentando novas planilhas na qual aponta o valor reconhecido como omissões às fls. 581 a 632 e 657 a 1236. Acrescenta que os documentos acostados pelo impugnante na defesa apresentada, quando considerados pertinentes, foram inseridos no Sistema SAFA, resultando na geração de novos relatórios, com apuração de novo valor para a infração, o qual destoa dos valores reconhecidos pelo autuado. Diz que procede em parte a arguição defensiva.

No que diz respeito à infração 09, diz que o impugnante alega que na apuração do estoque fechado, diversas notas fiscais e cupons fiscais não foram lançados nos demonstrativos gerados pelo sistema SAFA, apresentando novas planilhas na qual apresenta o valor como omissões às fls. 633 a 638 e 657 a 1236. Acrescenta que os documentos acostados na defesa, quando considerados pertinentes, foram inseridos no Sistema SAFA, resultando na geração de novos relatórios, com apuração de novo valor para a infração, o qual destoa dos valores reconhecidos pelo autuado. Diz que procede em parte a arguição defensiva.

No tocante à infração 10, diz que o autuado alega que na apuração do estoque fechado, diversas notas fiscais e cupons fiscais não foram lançados nos demonstrativos gerados pelo sistema SAFA, apresentando novas planilhas na qual apresenta o valor reconhecido como omissões às fls. 639 a 644 e 657 a 1236. Consigna que os documentos acostados na defesa, quando considerados pertinentes, foram inseridos no Sistema SAFA, resultando na geração de novos relatórios, com apuração de novo valor para a infração, o qual destoa dos valores reconhecidos pelo impugnante. Diz que procede a arguição defensiva.

No respeitante à infração 11, diz que o impugnante argui(fl. 645) que no exercício de 2005, o autuante não deduziu as notas fiscais de devolução na apuração da receita bruta – EPP. Já no exercício de 2006, informa que os valores recolhidos não foram lançados no demonstrativo, sendo lançados valores totalmente estranhos.

Salienta que a receita bruta foi apurada com base no livro de Registro de Apuração do ICMS escriturado pelo autuado, sendo consideradas todas as devoluções registradas, portanto, improcedente a alegação. Quanto aos recolhimentos do exercício de 2006, admite que de fato houve equívoco na transcrição dos valores existentes no relatório INC para o demonstrativo de débito do autuado (fls. 240 a 242), que agora corrige. Diz que é procedente a alegação.

Quanto à infração 12, diz que o impugnante alega que na apuração do estoque fechado, diversas notas fiscais e cupons fiscais não foram lançados nos demonstrativos gerados pelo sistema SAFA, apresentando novas planilhas na qual apresenta o valor reconhecido como omissões às fls. 646 a 651 e 657 a 1236. Registra que os documentos acostados na defesa, considerados pertinentes, foram inseridos no Sistema SAFA, resultando na geração de novos relatórios, com apuração de novo valor para a infração, o qual destoa dos valores reconhecidos pelo impugnante. Diz que procede em parte a arguição defensiva.

Conclui dizendo que após a análise minuciosa da impugnação apresentada pelo autuado, assim como dos documentos acostados aos autos, os valores devidos passam a ser o que apresenta no novo demonstrativo de débito abaixo, ficando o débito originalmente exigido reduzido do valor de R\$ 79.049,57 para R\$ 35.971,27:

Infração	Valor AI	Valor após Contestação	Contestação
01 – 03.01.01	1.657,38	1.657,38	sim
02 – 06.02.01	155,41	155,41	sim
03 – 07.01.02	21.325,24	13.056,29	sim
04 – 07.15.01	723,54	783,71	sim
05 – 07.03.04	7.802,01	5.233,26	sim
06 – 07.03.03	5.422,82	181,32	sim
07 – 04.05.02	11.143,47	8.168,86	sim
08 – 04.05.05	3.118,81	5.591,58	sim
09 – 04.05.08	286,54	140,48	sim
10 – 04.05.09	100,29	49,16	sim
11 – 03.07.02	27.264,06	903,82	sim
12 – 04.05.03	50,00	50,00	sim
Total do AI	79.049,57	35.971,27	

Finaliza mantendo parcialmente o Auto de Infração.

Intimado o autuado para conhecimento da informação fiscal, este se manifestou às fls. 2655 a 2664, reiterando a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente ao exercício de 2002, sustentando que o direito da Fazenda Estadual findou em 31 de dezembro de 2007, tendo a ciência do lançamento sido dada apenas em janeiro de 2008, ou seja, após precluso o prazo decadencial. Salienta que o autuante prefere não mencionar a data em que efetivou a ciência do Auto de Infração ao contribuinte.

Diz que relativamente às parcelas espontaneamente quitadas, mesmo após a lavratura do Auto de Infração, houve reconhecimento tácito, sendo mais uma demonstração de sua intenção.

Afirma que não procede totalmente a alegação do autuante, no sentido de que o livro Registro de Apuração do ICMS foi elaborado após término da Fiscalização, pois a empresa na condição de EPP, não está obrigada a escriturar o referido livro. Referindo-se à Nota Fiscal n.477059, emitida em 29/03/2006, o autuante poderia ter verificado no comprovante de recebimento (cópia então anexa) que a mercadoria somente chegou ao estabelecimento em abril. Salienta que a entrada ocorre quando a mercadoria chega e não quando sai da indústria. Diz que outras notas fiscais foram excluídas sem explicação.

Prosseguindo, consigna que o autuante não verificou com bastante atenção os demonstrativos anexados na defesa mostrando que os levantamentos de estoque continham erros. Diz que para cada item foi feito um demonstrativo detalhado mostrando a omissão apontada no Auto de Infração e eventual omissão após as correções indicadas, com a aceitação das saídas e entradas indicadas nas notas fiscais e cupons fiscais anexados e que não constam dos relatórios apresentados pelo autuante.

Assevera que o autuante não tem como provar que o arquivo entregue não contém todos os dados e requisitos estabelecidos no convênio. Questiona se o erro não está no programa utilizado pelo autuante.

Sustenta que algumas infrações tiveram o valor do imposto acrescido, o que diz não pode ser feito.

No que concerne ao imposto EPP 2005, diz que realmente o autuante utilizou os dados constantes do livro Registro de Apuração do ICMS, contudo, continua não abatendo os valores referentes às devoluções.

Reportando-se sobre a planilha que cobra substituição tributária e antecipação parcial, diz que realmente o autuante acolheu bastante coisa. Porém, ainda assim permaneceram outros erros, a exemplo de no resultado apresentado para cada mês constar os valores acolhidos. Acrescenta que a fórmula da planilha precisa ser corrigida.

Continuando, aponta outros erros que persistem, conforme abaixo:

- Nota Fiscal n. 126700, de 12/02/2003, foram incluídos os produtos “pro-shine” e “on an on”, código 34.04.20.20, que não são da substituição tributárias;
- Nota Fiscal n. 146209, de 05/02/2004, não existe nela produto da substituição tributária;
- Nota Fiscal n. 39244, de 22/06/2004, incluído o produto “bomba vácuo”, que é da substituição tributária, portanto, não deve pagar antecipação parcial;
- Nota Fiscal n.157100, de 25/08/2004, imposto pago em 11/10/2007, com mês de referência 09/2004;
- Notas Fiscais ns 19987 e 15798, de outubro/2004, imposto pago com mês de referência 11/2004, no valor de R\$ 4.842,14, cada uma;
- várias (dezenas) de notas fiscais lançadas no demonstrativo, no campo “Defesa Fiscal”, como “Sintegra”, não foram anexadas ao Auto de Infração. Questiona como pode se certificar se comprou já que não pode ver a nota fiscal. Afirma que isto é cerceamento de defesa e cobrança indevida;
- Notas Fiscais ns 431 e 2647, duplicidade na cobrança do imposto;
- Notas Fiscais ns 1318, 18106 e 106050, de outubro/2004, não foram acolhidas pelo autuante, contudo, trata-se de material de uso. Questiona se EPP paga antecipação pela aquisição de material de uso;
- Notas Fiscais ns 15787 e 4151, 4160, idem, idem.

Afirma que com a verificação que este CONSEF mandar fazer ficará provado que as omissões são bastante pequenas, conforme indicado na defesa, e não os valores apresentados pelo autuante.

Finaliza sua manifestação, requerendo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

A 1ª JJF, considerando que o autuado ao se manifestar sobre a informação fiscal prestada pelo autuante discordou do resultado apresentado, apontando erros nos levantamentos e planilhas elaborados, assim como que não constava nos autos ter sido o autuante cientificado sobre a manifestação do contribuinte, converteu o processo em diligência à INFAZ/ITABUNA(fl. 2819), a fim de que fosse dada ciência ao autuante.

O autuante se pronunciou às fls. 2821-A a 2823, sobre a manifestação do contribuinte, afirmando que descabe a decadência suscitada pelo autuado, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado regularmente, em consonância com o art. 173 do CTN, cujo teor reproduz.

Quanto às inconsistências apontadas na informação fiscal e replicadas na manifestação do autuado, afirma que foram todas saneadas com a juntada dos documentos na defesa, e inseridas nos levantamentos, de forma reconhecida pelo próprio autuado.

Ressalta que o escopo da auditoria fiscal abrangeu períodos em que o autuado tinha condição Normal e outros de EPP, não tendo cabimento as alegações.

Diz que a Nota Fiscal nº 477059, emitida em 29/03/06, citada na manifestação fiscal do impugnante, não faz parte do levantamento realizado.

Registra que os demonstrativos que elaborou foram utilizados como âncora, não como prova, sendo os documentos acostados sim, utilizados e inseridos nos levantamentos, afastando as inconsistências.

Com relação ao arquivo magnético, assevera que não lhe cabe provar que não contém todos os dados, bastando o autuado verificar a sua consistência e confrontar com os dados contábeis que identificará as inconsistências, já relatadas e informadas, inclusive por intimações fls. 15 e 16.

Diz que o autuado reconhece que os dados utilizados na apuração do crédito fiscal EPP foram obtidos nos livros fiscais, inclusive os das devoluções que foram devidamente suprimidos.

Consigna que o impugnante reconhece que foram acolhidos, quando pertinentes, os reclames oferecidos na defesa, ainda assim alguns documentos, sobre os quais oferece a tréplica.

Ressalta que o autuado é cadastrado sob o código de atividade 4773300 - *Comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos, comercialização de medicamentos e produtos farmacêuticos* -, razão pela qual não houve a necessidade de discriminação dos medicamentos, já que as notas fiscais que suscitaram dúvidas foram apensadas pelo autuado às fls. 661 a 2240.

Com relação à Nota Fiscal 126700, de 12/02/03, diz que o produto “PRO-SHINE” trata-se de uma cera de base acrílica de alto brilho, antiderrapante e transparente desenvolvida para aplicações onde se deseja um piso brilhante, de fácil manutenção e de baixo custo, que tem como MVA 35%, corretamente aplicado no levantamento.

A Nota Fiscal nº 146209, de 05/02/04, trata-se de medicamento, corretamente inserido no levantamento. Frisa que tal documento não foi inserido na defesa, conforme se verifica às fls. 1433 a 1435.

Quanto à Nota Fiscal nº 157100, de 25/08/04, esclarece que foi migrada para o mês de setembro nos levantamentos, quando da realização da Informação Fiscal, portanto, não procedendo à alegação defensiva inserida na manifestação.

No tocante à Nota Fiscal nº 19987, de 26/10/04 e 15798, de 27/10/04, afirma que o autuado se insurge por conveniência, haja vista que na defesa foi apresentado levantamento (fl. 509), ratificando a competência correta das notas fiscais, tentando agora migrar para o mês seguinte, no intuito de omitir o ICMS apurado.

No que tange às Notas Fiscais ns 431 e 2647, de 09/05/05, diz que o autuado não apresentou prova da alegação, pois os números das notas fiscais são totalmente distintos, apenas a data e o valor são iguais, não procedendo a alegação defensiva.

Relativamente às Notas Fiscais ns 1318 de 02/10/06, 18106 de 02/10/06 e 106050 de 03/10/06, consigna que as alegações defensivas não foram acolhidas em decorrência da não apresentação da prova material.

No que diz respeito às Notas Fiscais ns 15787, 4151 e 4160, diz que as alegações defensivas não foram acolhidas, por falta da prova material.

Reportando-se sobre o pedido de diligência formulado pelo autuado, sustenta que não tem cabimento, uma vez que o processo está devidamente saneado e corrigido.

Finaliza ratificando integralmente os termos da informação fiscal de fls. 2486 a 2652, e mantém parcialmente o Auto de Infração.

A 1ª JJF, considerando as alegações defensivas, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF(fl. 2826), a fim de que Auditor Fiscal designado intimasse o autuado para que identificasse os pontos de cada infração sobre os quais não concordava, após a revisão fiscal feita pelo próprio autuante ao prestar a informação fiscal e, posteriormente, revisasse o lançamento confrontando as alegações defensivas com a contestação do autuante.

Através do Parecer ASTEC Nº 071/2010, o Auditor Fiscal designado esclareceu que intimado para apresentação dos documentos necessários para atendimento da diligência, conforme fls. 2834 a 2840, o autuado alegou não possuir cópia do PAF nem os documentos solicitados, devido ao sinistro ocorrido na empresa em 28/12/2007, justificando dessa forma a não apresentação dos documentos solicitados.

Intimado para ciência do Parecer ASTEC Nº 071/2010, o autuado se manifestou às fls. 2856 a 2860, insurgindo-se contra a realização da diligência, sob o argumento de que tudo solicitado já fora apresentado, antes mesmo de ter sido solicitado quando apresentou a defesa de fls. 495 e seguintes.

O autuante se pronunciou às fls. 2862 a 2863, afirmando que a irresignação do autuado é descabida, haja vista que todos os documentos acostados à época foram examinados e sobre os quais emitiu o seu posicionamento, não tendo agora que alegar o sinistro ocorrido.

Diz que ratifica parcialmente os termos do Auto de Infração, em conformidade com a informação fiscal juntada às fls. 2486 a 2652, esperando que seja julgado procedente em parte.

A 1ª JJF, considerando que a diligência solicitada a ASTEC/CONSEF não apresentara resultado conclusivo, e tendo em vista a necessidade de esclarecimentos indispensáveis para decisão da lide, converteu o processo em diligência à INFAZ/ITABUNA(fl. 2.866), a fim de que fossem esclarecidos pelo autuante os pontos suscitados pelo impugnante e não abordados na informação fiscal. Ou seja: de desconhecimento das notas fiscais obtidas através do SINTEGRA; de que apesar de o autuante haver acatado *“bastante coisa”*, a planilha que cobra substituição tributária e antecipação parcial, ainda contém erros, *“a exemplo do resultado apresentado para cada mês constar os valores acolhidos pelo autuante, devendo a fórmula da planilha ser corrigida;”* que a Nota Fiscal nº 39244, de 22/06/2004, diz respeito ao produto *“bomba vácuo”* que está sujeita à substituição tributária e não à antecipação parcial.

O autuante cumprindo a diligência se pronunciou às fls. 2869 a 2870, esclarecendo que nenhum documento fiscal foi obtido no SINTEGRA, como afirmara o autuado, sendo descabida a alegação. Acrescenta que foram objeto da fiscalização os documentos fiscais relacionados nas intimações juntadas no primeiro volume do Processo Administrativo Fiscal, ou seja, livros e documentos fiscais e Arquivo Magnético, elaborados pelo contribuinte.

Quanto ao suposto erro na fórmula que apurou a substituição tributária e a antecipação parcial, esclarece que os valores acolhidos na informação fiscal foram deduzidos e/ou zerados na base de cálculo conforme o caso, descabendo, portanto, a revisão da totalização mensal, conforme pode ser verificado nas planilhas de fls. 2499 a 2524, em confronto com planilhas de fls. 191 a 221.

Com relação à alegação defensiva de que a Nota Fiscal nº 39244, de 22/06/2004, diz respeito ao produto bomba vácuo que está sujeito a substituição tributária e não à Antecipação parcial, assevera que todos os documentos do autuado foram classificados com base na NCM do produto, considerando a legislação que vigia na data do fato gerador, portanto não tendo sentido a alegação do autuado.

No tocante a alegação defensiva de que houve alteração de valor nas infrações 04 e 08, esclarece que decorreu das alterações processadas, com base nas provas anexadas a defesa.

Finaliza afirmando que todos os documentos acostados na defesa já foram exaustivamente analisados, sendo excluídos e/ou deduzidos da base de cálculo aqueles em que a alegação defensiva foi comprovada.

Consta nos autos (fls. 2816/2817), extrato do SIGAT referente ao pagamento parcial do débito.

VOTO

A princípio, cabe-me apreciar a arguição defensiva de que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário referente ao exercício de 2002, já houvera decaído, conforme faço a seguir.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Já o § 5º do artigo 107-B do mesmo COTEB acima referido, estabelece que se considera 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.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2002, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2003, com termo final em 31/12/2008.

Assim, como o contribuinte tomou conhecimento da ação fiscal em 24/09/2007, conforme Termo de Intimação e, posteriormente, da lavratura do Auto de Infração em 28/12/2007, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme argüido pelo impugnante.

Vale consignar que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05, 0192-11-05 e 0144-11/09.

Diante disso, não acolho a decadência arguida.

No que concerne à infração 01, verifico que procede a alegação defensiva de que na impressão do livro de Registro de Apuração do ICMS, relativa ao mês de janeiro de 2006, por erro do programa utilizado, não foram impressos os créditos de ICMS referentes às Notas Fiscais nºs 153273, 53613, 622452, 54549, 55337, 32427, cujas cópias estão anexadas aos autos, razão pela qual o saldo credor para os meses de fevereiro e março foi transportado a menos, justamente no valor de R\$ 1.657,38, exigido na autuação.

Efetivamente, verifica-se que o imposto destacado nas Notas Fiscais nºs 153273, 53613, 622452, 54549, 55337, 32427, representa o crédito fiscal no valor total de R\$ 1.657,38, portanto, mesmo valor exigido nesta infração, o que permite concluir que assiste razão ao impugnante quanto à alegação apresentada na peça defensiva. Infração insubsistente.

Quanto à infração 02, observo que incorre em equívoco o autuado quando afirma que os valores de R\$ 52,34, R\$ 27,45, e R\$ 27,59, foram denunciados espontaneamente, em 23 de janeiro de 2008, haja vista que tal “denúncia” ocorreu após o início da ação fiscal, portanto, afastando a espontaneidade que permitiria elidir a aplicação da penalidade.

Em verdade, na denúncia espontânea o contribuinte identifica a infração e antes do início de qualquer procedimento fiscal ou medida de fiscalização, oferece denúncia por vontade própria da

irregularidade incorrida, o que afasta a imposição de qualquer penalidade, conforme estabelece o art. 138, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, abaixo reproduzido:

“Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”

Porém, constato que assiste razão ao impugnante quando sustenta que o valor de R\$ 48,03, é indevido, em razão de a Nota Fiscal nº 477059, emitida em 29/03/2006, ter entrado em seu estabelecimento em 03/04/2006, quando já estava enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - Simbahia, estando assim desobrigado do recolhimento da diferença de alíquotas, conforme pode se verificar no livro Registro de Entradas, haja vista que a referida nota fiscal foi lançada no mês de abril, quando entrou no estabelecimento.

De fato, nos termos do art. 7º, inciso V, do RICMS/BA, não é devido o pagamento da diferença de alíquotas, por parte das microempresas, das empresas de pequeno porte e dos ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual.

Assim sendo, como o contribuinte no mês de abril passou a condição de empresa de pequeno porte, optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), e a mercadoria adentrou efetivamente no estabelecimento no referido mês, não há que se falar em pagamento da diferença de alíquotas, conforme exigido neste item da autuação, relativamente à Nota Fiscal nº 477059.

Assim sendo, considero parcialmente subsistente esta infração no valor de R\$ 107,38.

No respeitante à infração 03, verifico que o impugnante alega que os lançamentos relativos aos exercícios de 2002 foram atingidos pela decadência, o que já foi objeto de apreciação linhas acima, quando restou demonstrado a inocorrência da decadência arguida.

Noto que alega ainda o autuado que esta infração também carece de alguns reparos, já que se vale, para várias operações de MVA errada, citando como exemplo, a mercadoria cuja MVA é 35% e não 60%, além de ser aplicável aos produtos hospitalares, a redução de 10%, como se vê no demonstrativo que apresenta, cópia integral do demonstrativo constante da autuação, no qual se insere apenas as correções e se pode verificar o valor apurado pela autuação e o valor devido.

Vejo que o autuante, acertadamente, acatou os argumentos defensivos, corrigindo o levantamento, inclusive, quanto à alegação de utilização de MVA incorreta, dizendo que dentre os produtos adquiridos, algumas notas fiscais se referiam a cera e passaram despercebidas, como se medicamento fosse, e por consequência aplicada a MVA daquele produto, que corrigiu. Acatou também corretamente, o argumento defensivo relativo à redução de base de cálculo de 10%, uma vez que prevista no art. 61, §2º, I do RICMS/BA.

Assim, considerando os ajustes e correções realizados pelo autuante, esta infração é parcialmente subsistente, contudo, não no valor de R\$ 13.056,29, conforme indicado pelo autuante, mas sim no valor de R\$ 12.315,62, haja vista que o somatório das parcelas apuradas no demonstrativo elaborado pelo autuante às fls. 2786 a 2811, resulta no valor de R\$ 12.315,62. Infração parcialmente subsistente.

No tocante às infrações 04, 05 e 06, que dizem respeito à falta de recolhimento e ao recolhimento a menos do ICMS referente à antecipação parcial, considero que os equívocos existentes originalmente nos levantamentos destas infrações e, posteriormente, as correções e ajustes realizadas pelo autuante, não permitem com segurança e certeza identificar o valor do débito efetivamente devido.

Assim é que, conforme dito pelo próprio autuante, na apuração da Antecipação Parcial foi considerado na base de cálculo o valor da Nota Fiscal, adicionada com o frete cobrado através de CRTIC, o que contraria a orientação regente para esta operação.

Na realidade, em se tratando de antecipação parcial do ICMS, não cabe o cômputo do valor do frete na base de cálculo, quando constante no CTRC.

Disse, também, o autuante, que diversos produtos farmacêuticos, não enquadrados no convênio, foram incluídos indevidamente como Substituição Tributária, sendo tais produtos deslocados, provocando acréscimo na Antecipação Parcial, conforme demonstrado na planilha.

Consignou ainda que os créditos de ICMS relacionados no demonstrativo foram obtidos por meio da fórmula matemática, “*alíquota vezes X total da Nota Fiscal*”, contudo, acrescido do valor do IPI que não compõe a base de cálculo do crédito do ICMS. Também, que alguns fornecedores por conta da sua condição de microempresa não geram crédito fiscal em seus documentos fiscais.

Esclareceu ainda que o “*acrécimo da infração advém do deslocamento do imposto a pagar da Substituição Tributária para Antecipação Parcial e da diminuição do crédito e ou sua exclusão,*” conforme demonstrado na planilha.

Ora, a revisão procedida pelo autuante conforme explanado acima, além de ter sido feita com itens que poderiam ser corrigidos na forma como foi realizada, a exemplo de exclusão de parcelas que diminuiriam o valor do débito originalmente exigido, como a exclusão da base de cálculo do valor do frete indicado no CTRC, também foi realizada com itens que aumentariam o valor do débito originalmente exigido, a exemplo da redução do valor do crédito fiscal, em decorrência de erro na apuração ao utilizar a fórmula “*alíquota X total da Nota Fiscal*”, acrescido do valor do IPI, assim como em virtude de ter ocorrido aquisições de mercadorias junto a fornecedores que por conta de sua condição de microempresa não geram crédito fiscal em seus documentos fiscais.

Além disso, por ter incluído indevidamente produtos farmacêuticos, não enquadrados no regime de substituição tributária, disse que tais produtos foram “*deslocados*”, para a exigência referente à antecipação parcial, o que provocou o acréscimo no valor exigido referente à Antecipação Parcial. Ou seja, incluiu diversas mercadorias que não se encontravam no levantamento original destas infrações, descaracterizando completamente os lançamentos, já que modificou a base de cálculo do imposto.

É certo que com estes procedimentos, tornou ilíquido o quantum a ser exigido, o que acarreta a nulidade da exigência fiscal, com fulcro no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Diante disto, considero nulas as infrações 04, 05 e 06, ao tempo em que, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de refazimento dos atos, observando a ocorrência do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional.

No que tange à infração 07 - *Falta recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2002, 2003, 2004, 2005 e 2006, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis,-* constato que a exigência fiscal somente pode prevalecer com relação aos exercícios de 2004 e 2006, haja vista que realizada corretamente, sendo nulas as exigências referentes aos exercícios de 2002, 2003 e 2005.

Isto porque, no que concerne ao exercício de 2002, com os ajustes e correções realizados pelo autuante - quando prestou a informação fiscal -, o maior valor monetário das omissões deixou de ser o das saídas tributáveis para o das entradas tributáveis. Ou seja, originalmente foi apurada neste exercício omissão de saídas no valor de R\$ 26.062,79(fl. 63) e omissão de entradas no valor de R\$ 25.419,30(fl. 63), tendo sido correta a exigência pela omissão de saídas no valor de R\$ 26.062,79.

Ocorre que, após a revisão realizada pelo autuante, a omissão de saídas passou para o valor de R\$ 4.696,38, sobre a qual exigiu o imposto, enquanto a omissão de entradas passou para R\$ 32.891,67, portanto, passando para o maior valor monetário o das entradas omitidas, sobre o qual deveria recair

a exigência do imposto, deixando assim de observar as disposições do art. 13, inciso II da Portaria n. 445/98. Ou seja, deveria ter dado ciência ao contribuinte sobre a mudança ocorrida, inclusive, informando-o sobre a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, no intuito de preservar seu direito de ampla defesa e do contraditório.

No que concerne a exigência contida nesta infração 07, referente ao exercício de 2003, em verdade, a nulidade resta patente desde o lançamento original, haja vista que no levantamento o autuante apurou tanto omissão de saídas como de entradas, exigindo o imposto sobre o valor de maior expressão monetária, no caso, o das saídas tributáveis, contudo, também exigiu o imposto apurado em decorrência de omissão de entradas, na infração 08, referente ao exercício de 2003. Vale dizer que, tendo apurado omissão de entradas no exercício de 2003, tanto no levantamento da infração 07 como na infração 08, a exigência fiscal não deveria recair sobre a omissão de saídas, mas sim sobre a omissão de entradas, haja vista que da forma como realizada a autuação está sendo exigido o imposto sobre as duas omissões. Ou seja, exige a omissão de saídas na infração 07 e omissão de entradas na infração 08, quando a exigência referente ao exercício de 2003, deveria recair unicamente sobre a omissão de maior valor monetário apurada no levantamento fiscal.

Com relação ao exercício de 2005 - ainda referente à infração 07-, verifico que o autuante incluiu na revisão fiscal mercadorias anteriormente não computadas no levantamento, haja vista que a omissão de saídas originalmente apontada foi no valor de R\$ 3.112,95(fl. 146), enquanto após a revisão aponta o valor de R\$ 19.006,57(fl. 2618), portanto, valor substancialmente superior ao anteriormente indicado.

Diante do exposto, considero nulos os lançamentos da infração 07, referentes aos exercícios de 2002, 2003 e 2005, recomendando a autoridade competente que observe no caso de refazimento dos atos, a ocorrência do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional, e parcialmente subsistentes os lançamentos referentes aos exercícios de 2004 e 2006, respectivamente, no valor de R\$ 1.456,56 e R\$ 2.520,83. Infração parcialmente subsistente no valor de R\$ 3.977,39.

No respeitante à infração 08 – *Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas* -, além do que foi dito acima quando da análise da infração 07 relativamente aos exercícios de 2003 e 2005, o que inquina de nulidade essa infração, verifico que o valor do ICMS de R\$ 5.591,58, apontado pelo autuante na revisão que realizou diz respeito ao exercício de 2002(fl. 2553/2554), portanto, exercício que não foi objeto da autuação originalmente, o que certamente não pode ser exigido nesse lançamento, por inobservância do devido processo legal e cerceamento do direito de defesa.

Assim sendo, considero nula esta infração com fulcro no art. 18, IV, “a” do RPAF/99, recomendando a autoridade competente que observe no caso de refazimento dos atos, a ocorrência do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional.

Quanto à infração 09, verifico que o autuante revisou o levantamento acatando os argumentos e documentos acostados na peça defensiva que foram considerados pertinentes, inserindo os documentos no Sistema SAFA, tendo elaborado novos demonstrativos com a indicação do novo valor corretamente apurado e devido para esta infração de R\$ 140,48. Infração parcialmente subsistente.

Com relação à infração 10, noto que o autuante revisou o levantamento, tendo acatado os argumentos e documentos acostados na peça defensiva considerados pertinentes, inserindo os dados

constantes nos documentos no Sistema SAFA, tendo elaborado novos demonstrativos com a indicação do valor corretamente apurado e devido para esta infração de R\$ 49,16. Infração parcialmente subsistente.

No que diz respeito à infração 11, constato que assiste razão ao autuante, haja vista que a receita bruta foi apurada com base no livro de Registro de Apuração do ICMS escriturado pelo autuado - independentemente de estar obrigado ou não a escriturar -, tendo considerado as devoluções registradas, não procedendo a alegação defensiva nesse sentido.

Vejo também que o autuante acertadamente acatou o argumento defensivo referente aos recolhimentos do exercício de 2006, admitindo a ocorrência de equívoco na transcrição dos valores existentes no relatório INC para o demonstrativo de débito do autuado, corrigindo-os, o que resultou na redução substancial do valor originalmente exigido de R\$ 27.264,06 para R\$ 903,82.

Relativamente à infração 12, noto que o autuante revisou o levantamento, acatando os documentos acostados na peça defensiva que foram considerados pertinentes, inserindo-os no Sistema SAFA, resultando na geração de novos relatórios, apontando a omissão encontrada, sendo que, por se tratar de omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, cabe a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$50,00, conforme acertadamente indicou o autuante. Infração subsistente.

Diante do exposto, a infração 01 é insubsistente, as infrações 02, 03, 07, 09, 10 e 11 são parcialmente subsistentes, as infrações 04, 05, 06 e 08 são nulas e a infração 12 subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

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 **380214.0026/07-3**, lavrado contra **INSTRUMENTAL SÃO JORGE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.493,85**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 903,82, 60% sobre R\$ 12.472,16 e de 70% sobre R\$ 4.117,87, previstas no artigo 42 incisos I, “b”, item 3, II, “f”, “d”, “e”, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, inciso XX do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

Recomendada a repetição autoridade competente que observe no caso de refazimento dos atos, a ocorrência do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional, relativamente às infrações 04, 05 e 06 e 07 08.

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”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR