

A. I. Nº - 102148.0019/10-8
AUTUADO - ANA M. R. MACHADO
AUTUANTE - MARCUS VINICIUS BARRETO MAGALHÃES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11.11.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0291-04/11

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. a) NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. b) NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Documentos fiscais juntados com a defesa comprovam regularidade da escrituração da maioria das notas fiscais. Refeito os cálculos o que implicou em redução do débito. Infrações 1 e 2 procedentes em parte. c) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE LIVROS FISCAIS. MULTA. Infração não defendida. d) EXTRAVIO DE LIVROS FISCAIS. MULTA. Documentos juntados ao processo comprovam que o contribuinte só adotou providências para reconstituição dos livros extraviados após o início da ação fiscal o que não elimina o caráter de espontaneidade. Mantido a multa por livro extraviado. Infração não elidida. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR LANÇADO NO RAICMS E O RECOLHIDO. Documentos juntados com a defesa comprovam que na apuração do imposto exigido não foram considerados valores recolhidos do ICMS antecipação parcial. Refeitos os demonstrativos, resultou em redução do débito. Infração procedente em parte. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Não acatado o pedido de aplicação do benefício da redução da base de cálculo sobre as omissões de saídas de mercadorias apuradas nas infrações 6 e 7, por falta de amparo legal. Não acolhido a nulidade suscitada, bem como a não extinção de parte do crédito tributário pelo instituto da decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 23/12/10 para exigir ICMS no valor de R\$68.338,32 acrescido das multas de 60% e 70%, além de aplicar multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando R\$18.125,47 referente às seguintes infrações:

01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$14.731,16.
02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor não registrado - R\$174,31.
03. Deixou de escriturar livros fiscais (Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências), tendo sido aplicada multa fixa - R\$460,00.
04. Extraviou os livros fiscais de Registro de Entrada, Saída e Apuração de ICMS, tendo sido aplicado multas fixas totalizando R\$2.760,00.
05. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (2005/2006) - R\$39.786,42.
06. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entrada 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, no mesmo exercício (2005) - R\$11.302,18.
07. Falta de recolhimento do ICMS relativo à 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, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis (2006) - R\$17.249,72.

O autuado na defesa apresentada (fls. 692/703) inicialmente discorre sobre as infrações, ressalta que as ocorrências são de 2005/2006 e cientificado em 27/12/10, preliminarmente pede o reconhecimento da decadência do direito de constituição do crédito tributário, em relação às obrigações principal e acessórias, cujos fatos ocorreram até o dia 27/12/05 por ter se esgotado o prazo de cinco anos para a cobrança.

Transcreve o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN) e diz que tendo procedido ao autolançamento do ICMS incidente sobre as operações de circulação de mercadorias que realizou, cumprido as obrigações acessórias, recolhido o imposto devido, não há dúvida de que o prazo decadencial começa a fluir a partir do fato gerador do imposto ou das obrigações acessórias, e não a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte como entende o Fisco Estadual.

Manifesta que não há incompatibilidade com o disposto no art. 965 do RICMS/BA que reproduz o disposto no art. 173, I, do CTN, visto que o termo “poderia ter sido efetuado” deve ser interpretado para a hipótese em que o contribuinte tenha operado com um comportamento omissivo, abstendo-se de promover o auto-lançamento do ICMS ou não tenha atendido qualquer dispositivo pertinente a obrigações acessórias, situação que não se verificou no caso presente.

Transcreve diversos Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujas ementas (RE nº 183.603/SP; EmbDRE nº 101.407/SP) reforçam o seu posicionamento de que ocorreu a decadência do crédito tributário dos fatos geradores ocorridos até 27/12/05, posicionamento seguido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, cf. Autos da Apelação Civil 15909-0/2006.

Ressalta ainda acerca da decadência, a aplicação analógica, para fins de análise da legislação Estadual, deva atentar para a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 08, que assim dispõe: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

No mérito, quanto às infrações 1 e 2, alega que a acusação é improcedente em parte, de acordo com as cópias do LRE, tendo apurado falta de registro de apenas quatro notas fiscais, e que

continua procurando identificar os registros correspondentes, impugnando tais valores residuais, ante a “ausência dos documentos citados nos demonstrativos da autuação”.

Com relação à infração 4, esclarece que de acordo com o Processo nº 65455120100, cujo parecer final segue anexo, solicitou a obtenção de autorização para a reconstituição dos livros extraviados, o que demonstra a sua conduta lícita.

Argumenta que se mantida a ação fiscal, requer a redução para apenas uma multa de R\$920,00 nos termos do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, considerando a inexistência de dolo, fraude ou simulação e sim uma “infração involuntária”, sem falta de pagamento do imposto, visto que o ICMS de 2005 foi apurado e recolhido.

No tocante à infração 5, alega inexistir as diferenças apontadas, visto que na apuração do débito, não foram deduzidos os valores dos pagamentos de “antecipação parcial”, efetuados. Junta ao processo cópia do LRAICMS, comprovantes de pagamentos, dos meses de janeiro a março, junho, julho e novembro/06. Pede revisão do lançamento e a posterior juntada de novos documentos.

Por fim, com relação às infrações 6 e 7, requer que sejam considerados os produtos que possuem redução de base de cálculo, prevista no art. 87, V, do RICMS nas “operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (hardware), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados de impressão” com redação do Dec. 10.316/07 vigente a partir de 12/04/07.

Argumenta que da leitura e interpretação do texto, entende que até 12/04/07, a legislação alcançava a redução de base de cálculo para todos os “produtos de uso exclusivo em informática”, não havendo qualquer restrição o que veio acontecer através da discriminação contida no Anexo 5-A do RICMS/BA. Entende que a norma era abrangente (bastando que o produto fosse destinado ao uso em informática para usufruir o benefício) e diante da edição do Anexo 5-A, a exigência recai sobre os produtos ali listados, não sendo feita a redução devida.

Ainda sobre matéria de exigência de imposto baseada em presunção, destaca que o CONSEF firmou posicionamento no sentido de proporcionalizar a cobrança aos produtos tributados, com fase de tributação encerrada tributados e de mercadorias da cesta básica, a exemplo do Acórdão CJF nº 0155-12/09; CJF 0189-11/09; CJF 0230-11/07 além de outros.

Pede que a base de cálculo seja adequada ao redutor previsto em lei, de forma que a carga tributária se equipare de 7%, sem embargo, em relação a 2005, a aplicabilidade da decadência.

Ressalta que no particular, não se pode admitir que as omissões ocorreram em dezembro e que a fixação do dia 31/12, se deve à necessidade de determinar um período base, em benefício do contribuinte, mas na situação presente toda a omissão deve ser proporcionalizada pelo número de meses (12), prevalecendo a exigência, no máximo, apenas sobre 1/12.

No que se refere às quantidades e valores levantados, diante da falta de tempo para as devidas conferências, pede apresentação posterior, caso identifique algum erro na auditoria.

Protesta pela produção dos meios de prova em direito admitidos, posterior juntada de documentos, se necessário, revisão por fiscal estranho ao feito, reconhecimento da decadência sobre os fatos geradores de 2005 e, nulidade ou improcedência do Auto de Infração, ou, procedência parcial, com a adequação das infrações 6 e 7 aos termos do art. 87, V, do RICMS/BA.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 765/772), no tocante a decadência, afirma que o art. 150, § 4º do CTN estabelece restrição de que se a lei não fixar prazo à homologação ela será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, mas o art. 28, §1º do COTEB fixa prazo de cinco anos a partir do primeiro dia do ano seguinte ao da efetivação do lançamento. Logo, de acordo com a data que foi cientificada da autuação, foi obedecido o prazo legal.

Com relação às infrações 1 e 2, reconhece que o autuado comprovou a escrituração da maioria das notas fiscais tanto de mercadorias tributáveis como não tributáveis. Refez os demonstrativos

originais apresentados às fls. 767/769 o que resultou em valor devido de R\$270,87 na infração 1 e R\$113,08 na infração 2.

Relativamente à infração 3, ressalta que não foi questionada na defesa e deve ser mantida.

No tocante à infração 4, diante do argumento defensivo de que solicitou e foi autorizado a reconstituir os livros fiscais extraviados, esclarece que expediu intimações em 30/09/10; 18/10/10; 21/10/10; 26/10/10 e 10/11/10 e somente em 22/12/10 que o contribuinte enviou os livros através de email, conforme documento à fl. 555.

Diz que, além disso, o contribuinte foi notificado por duas vezes da infração, sendo a primeira em 08/11/10 e a segunda em 09/11/10 culminando como o seu descredenciamento por falta de atendimento à fiscalização.

Ressalta que o comunicado ao público do extravio dos livros fiscais só foi feito em 11/11/10 conforme documento à fl. 50 (publicação em jornal).

Afirma que o contribuinte não deu a devida importância para apresentar os livros fiscais solicitados, alega decadência dos fatos ocorridos em 2005, atrasou a entrega dos livros fiscais, não pagou os valores notificados, solicitando ainda que a multa seja restrita a um livro. Por estes fatos entende que deve ser mantida a ação fiscal de forma integral.

Quanto à infração 5, diante da alegação defensiva de que não deduziu os valores pagos a título de antecipação parcial, juntada do livro RAICMS e comprovante de pagamentos dos valores relativos aos meses de janeiro, fevereiro, junho, julho e novembro/06 presta os esclarecimentos a seguir.

Exercício de 2005: Embora não tenha se defendido, refez o conta corrente e verificou que o valor do crédito do ICMS antecipação parcial no valor de R\$82,50 deveria ter sido lançado no mês de dezembro e não no mês de novembro, tendo em vista que foi pago em 26/12/05. “Já o valor lançado em dezembro de 2005, como crédito de antecipação parcial na ordem de R\$2.436,07, o mesmo só foi pago em 25/01/06, e, neste caso, retirei este lançamento agora”.

Afirma que de acordo com a cópia do livro RAICMS juntado às fls. 663/684 o contribuinte creditou-se a título de ICMS antecipação parcial de diversos valores, no período de janeiro a dezembro/05, conforme relacionado à fl. 770, “mas sem comprovação”. Ressalta que o imposto pago por conta de antecipação parcial nos exercícios de 2005/2006 consta nas páginas 556/558.

Informa que com a informação fiscal junta demonstrativo consolidado da antecipação paga, bem como dos demais impostos. Com as modificações feitas nos meses de novembro e dezembro/05 o ICMS reclamado naquele exercício passa de R\$32.918,65 para R\$35.354,72.

No tocante às infrações 6 e 7, salienta que o autuado questionou apenas que os produtos objeto do levantamento fiscal possuem redução de base de cálculo.

Informa que no exercício de 2005 foi apurada omissão de entrada de mercadorias e não cabe aplicação da redução da base de cálculo. Com relação ao exercício de 2006 em que foi apurada omissão de saída, diz que aplicou a redução da base de cálculo o que reduziu o valor exigido de R\$17.249,72 para R\$7.385,43.

Apresentou demonstrativo consolidado, reduzindo o débito de R\$86.463,79 para R\$55.811,17.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 799) o autuado manifestou-se (fls. 801/803). Solicita que as intimações sejam encaminhadas para o endereço do patrono conforme indicado, reitera o pedido de reconhecimento da decadência dos fatos geradores até 27/12/05.

Quanto às infrações 1 e 2, diz que continua buscando identificar os registros de notas fiscais.

Relativamente à infração 4, argumenta que a informação de que após intimada ter providenciado a regularização dos livros vem a fortalecer o pedido de redução para aplicação de uma multa.

No tocante à infração 5, além das exclusões feitas pelo autuante, alega que devem ser feitas outras em vista do descompasso entre autuação e informação fiscal, visto que inicialmente não contemplava utilização de créditos de antecipação parcial, “feita na informação” relativa aos

meses de janeiro a abril, junho a dezembro/05. Entende que tal procedimento denota insegurança na determinação da infração e por alteração indevida na causa de pedir.

Com relação às infrações 6 e 7, afirma que o entendimento do autuante de que não caberia a aplicação da redução da base de cálculo sobre omissão de entrada, visto que se trata de exigência de imposto por presunção de omissão de receitas auferidas com as vendas de mercadorias que se enquadram na redução desejada. Diz que sem embargo da análise da questão de decadência relativa ao exercício de 2005 a redução também deve ser aplicada no exercício de 2006.

Reitera a decadência, nulidade, improcedência ou procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante presta nova informação fiscal (fls. 806/809) e diz que com relação às infrações 1 e 2 não tendo apresentado novos elementos, fica mantido os valores de informação fiscal anterior.

Quanto à infração 4, afirma que houve extravio de livros e deve ser mantida as multas pertinentes.

Relativamente à infração 5, comenta os argumentos quanto às alterações procedidas e afirma que as mesmas foram feitas em consonância com o disposto no art. 18 e incisos do RPAF/BA, não cabendo a nulidade pretendida e mantida a informação fiscal anterior.

Com relação à infração 6, comenta a alegação defensiva quanto a redução da base de cálculo sobre a omissão de entrada e diz que quanto ao mérito da infração, as mercadorias selecionadas conforma relatório às fls. 789/790, foi exigido imposto em conformidade com o art. 7º da Portaria 445/98, ficando mantida a exigência fiscal de acordo com a informação fiscal anterior.

Reitera a contestação anterior quanto à decadência e mantém o débito da informação anterior.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado alegou que os fatos geradores ocorridos no exercício de 2005 foram extintos pela decadência. A decadência é um instituto aplicado ao sistema tributário como forma extintiva de direito subjetivo da Fazenda Pública, constante numa relação jurídico tributária. Nasce em razão da omissão do sujeito ativo em proceder ao lançamento tributário e uma vez não constituído perde do direito de lançar, conforme dispõe os artigos 173, I e 150, § 4º, ambos do CTN.

O art. 173, I CTN prevê como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; já o art. 150, § 4º, prevê como marco a data do fato gerador, nos dois casos, soma-se a um desses o prazo de cinco anos. Já as decisões do STJ podem ser sintetizadas no seguinte:

Nos lançamentos por homologação, em que haja antecipação de pagamento do tributo, aplica-se o exposto no art. 150, § 4º, com prazo de cinco anos a contar do fato gerador, exceto quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Não havendo pagamento antecipado pelo contribuinte, é cabível o lançamento de direito (ofício), previsto no art. 149, V, CTN, e o prazo decadencial rege-se pela regra geral do art. 173, I, CTN (RESP 445.137/MG agosto 2006).

Portanto, o lançamento de ofício feito na situação presente, não prevalece à tese defensiva de que apenas parte do suposto tributo devido deixou de ser lançado, a regra é que o início do quinquênio decadencial ocorra no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a teor do disposto no inciso I do art. 173, CTN.

Por sua vez, o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; ...”.

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

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

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente

tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos aos fatos geradores ocorridos entre 01/01/05 a 31/12/05 só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/11, fato que não ocorreu.

No tocante ao argumento de que por analogia deve ser aplicada a Súmula Vinculante nº 8 do STF aos fatos geradores do ICMS, observo que a mencionada Súmula Vinculante estabelece:

São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Não acato tal argumento, tendo em vista que a mencionada Súmula Vinculante trata de decadência de contribuições previdenciárias em atraso (cujos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 foram revogados pela LC 128/08) para efeito de contagem de tempo de contribuição para obter benefício no Regime Geral de Previdência Social.

Pelo exposto, existem disposições expressas na legislação tributária (CTN e COTEBA) quanto à contagem de prazo dos débitos tributários para efeitos de prescrição e decadência, conseqüentemente, não pode ser aplicado por analogia, precedentes jurisprudenciais referentes à decadência de contribuições previdenciárias. Fica rejeitado o pedido de decadência.

No momento que tomou conhecimento da informação fiscal o autuado suscitou a nulidade da infração 5 sob o argumento de que as mudanças efetuadas denotam insegurança na determinação da infração. Verifico que a infração tem como suporte os demonstrativos originais (fls. 39 e 559). Diante da juntada de documentos fiscais com a defesa, o autuante promoveu reformulações que alteraram os demonstrativos originais, fato que foi dado conhecimento a empresa para que pudesse exercer seu direito de defesa, nos termos do art. 18, §1º do RPAF/BA. Por isso, fica rejeitada a nulidade pretendida.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado, de omissões apuradas em levantamento quantitativo de estoques além de aplicar multas por descumprimento de obrigações acessórias.

Relativamente às infrações 1 e 2, que acusa falta de registro na escrita fiscal de mercadorias tributáveis e não tributáveis, o autuado juntou com a defesa demonstrativo às fls. 706/707 e cópia do LRE (fls. 708/741), que comprova a regularidade da escrituração da maior parte das notas fiscais relacionadas nas planilhas do autuante juntadas às fls. 53/54 e 99.

Com relação à infração 1, verifico conformidade no demonstrativo do autuado e refeito pelo autuante (fls. 706 e 768), restando devido valor de R\$270,87.

Já no tocante à infração 2, pelo confronto do demonstrativo do autuado (fl. 707) com o do autuante (fl. 769) constato que o primeiro reconheceu como devido o valor de R\$49,66 enquanto o segundo indicou valor devido de R\$113,08. Observo que o autuante manteve a exigência do valor de R\$63,42 relativo à nota fiscal 968468 cujo lançamento foi feito em 06/12/06 na fl. 102 do LRE nº 5, cuja cópia foi juntada à fl. 737, portanto, assiste razão ao autuado. Por isso, acato o demonstrativo juntado à defesa (fl. 707) e considero devido o valor de R\$49,66 relativo à falta de registro da nota fiscal 945598. Infrações 1 e 2 elididas em parte.

Quanto à infração 3, não tendo sido defendida, deve ser mantida na sua integralidade.

Relativamente à infração 4, o autuado admitiu que teve extraviado os livros de Entrada, Saída e Apuração do ICMS relativo ao exercício de 2005, mas pediu autorização para fazer reconstituição a qual lhe foi concedida. Pediu que em vez de aplicar uma multa por cada livro fosse reduzida para uma multa pelos livros extraviados, o que foi contestado pelo autuante.

Pela análise dos elementos contidos no processo, conforme ressaltado pelo autuante foram expedidas diversas intimações (30/09/10; 18/10/10; 21/10/10; 26/10/10 e 10/11/10) conforme documentos juntados às fls. 10 a 21 e só após o início da ação fiscal o autuado adotou providências no sentido de reconstituir os livros, com a publicação em jornal dos seus extravios em 11/11/10 (fl. 50), seguido de entrada de pedido de autorização para reconstituir livros

extraviados no Processo nº 65455120100 em 22/11/10 (fl. 51), que foi autorizado em 29/12/10 (fl. 743) após a lavratura do Auto de Infração ocorrido em 23/12/10. Logo, não pode ser acolhido o argumento de que teve conduta lícita e adotou providências para reconstituir os livros extraviados, visto que as provas juntadas ao processo comprovam que isso só ocorreu após o início da ação fiscal, o que elimina o caráter de espontaneidade. Por isso, não acato o pedido de redução da multa aplicada.

Ressalto que a previsão legal (art. 42, XIV da Lei nº 7.014/96) é de multa de R\$ 920,00 por livro extraviado, inutilizado ou mantido fora do estabelecimento, em local não autorizado. Assim sendo deve ser mantida a multa aplicada de R\$2.760,00 pelo extravio dos três livros fiscais. Infração não elidida.

No tocante à infração 5, o autuado alegou que na apuração do débito não foram considerados os pagamentos do ICMS “antecipação parcial” conforme documentos juntados com a defesa. Convém ressaltar que o livro RAICMS do exercício de 2005 foi extraviado (vide infração 3) e foi reconstituído e entregue a fiscalização (fl. 555).

Por sua vez o autuante refez os demonstrativos de acordo com os documentos apresentados.

Pela análise dos elementos constantes do processo faço as seguintes observações:

a) Janeiro/05: O livro RAICMS juntado à fl. 662 indica valor a recolher de R\$20.021,99 e o extrato de pagamento juntado à fl. 556 indica valor recolhido de R\$19.446,59 conforme consta no demonstrativo do autuante à fl. 559 resultando em diferença a recolher de R\$575,40. Isso ocorreu também em outros meses e não tendo sido apresentado prova em contrário, devem ficar mantidos os valores exigidos;

b) Quanto aos meses em que o autuante reformulou os demonstrativos originais:

Novembro/05: Na cópia do livro à fl. 682 a empresa na apuração do ICMS computou crédito do ICMS antecipação parcial no valor de R\$3.887,97 e apurou valor devido de R\$15.667,10. O autuante contestou afirmando inexistir comprovação de pagamento do ICMS antecipação parcial neste mês conforme extrato à fl. 556. O autuado tomou conhecimento da informação fiscal e não juntou qualquer comprovante de pagamento do ICMS antecipação parcial. Diante da inexistência de provas deve ser considerado o valor apurado pelo autuante de R\$19.555,53 e recolhido de R\$18.477,57 (fl. 556) restando devido o valor de R\$1.077,96 (fl. 773).

Dezembro/05: Na cópia do livro à fl. 684 a empresa na apuração do ICMS computou crédito do ICMS antecipação parcial no valor de R\$2.288,10 e apurou valor devido de R\$27.120,24, tendo recolhido R\$25.305,84 (4x R\$6.326,46). O autuante contestou afirmando que conforme extrato à fl. 556 foi recolhido em 26/12/05 valor de ICMS antecipação parcial de R\$82,50, que foi considerado resultando em valor devido de R\$4.070,00 no demonstrativo à fl. 776, o que não foi contestado pelo autuado. Diante da inexistência de provas em contrário, considera devido o valor de R\$4.070,00 (fl. 776).

Com os ajustes procedidos no exercício de 2005, acato o demonstrativo à fl. 773 e considero devido o montante de R\$35.354,72.

c) Com relação ao exercício de 2006, o autuante reconheceu na segunda informação fiscal, que de acordo com extratos de pagamentos juntados com a defesa e cópia do LRAICMS, reformulou o demonstrativo original considerando os valores recolhidos do ICMS antecipação parcial. Verifico pelo confronto do demonstrativo original (fls. 117/119) com os refeitos às fls. 779/781 que foram deduzidos os valores recolhidos no mês de junho/06 totalizando R\$6.226,82 (R\$920,31 + R\$2.035,22 + R\$1.749,91 + R\$1.561,38) conforme relação de DAEs à fl. 557. Não tendo o autuado contestado os valores resultantes, acato o demonstrativo de débito elaborado pelo autuante juntado à fl. 781, ficando reduzido o valor exigido no exercício de 2006 de R\$6.867,78 (fl. 116) para R\$600,96 (fl. 781).

Por fim, embora o autuante tenha indicado como valor total da infração 5, R\$33.519,61 (fls. 771/772) a soma dos valores contidos nos demonstrativos analíticos às fls. 773 (2005) e 781 (2006)

totaliza R\$35.955,68 (R\$35.354,72 + R\$600,96), valor este que considero correto. Infração procedente em parte.

Quanto às infrações 6 e 7, na defesa apresentada o autuado não contestou as quantidades omitidas apuradas pela fiscalização, tendo alegado que deveria ser considerado a redução de base de cálculo, prevista no art. 87, V, do RICMS (aparelhos e equipamentos de processamento de dados, periféricos, suprimentos de uso em informática).

O autuante contestou dizendo que no exercício de 2005 (infração 6) foi apurado omissão de entrada de mercadorias e não cabe aplicação da redução da base de cálculo. Acatou o pedido em relação ao exercício de 2006 (infração 7) relativo a omissão de saída, reduzindo o valor exigido de R\$17.249,72 para R\$7.385,43.

Por sua vez o autuado contestou argumentando que se tratando de exigência de imposto por presunção de omissão de receitas (infração 7) é cabível a redução de base de cálculo desejada.

Observo que conforme ressaltado pelo impugnante a infração 6 acusa omissão de entrada de mercadorias conforme demonstrativo sintético à fl. 354, tendo sido exigido imposto a título de presunção de omissão de saídas anteriores, cuja base de cálculo do ICMS foi apurada mediante o disposto no art. 60, II, "b" do RICMS/BA e a infração 7 acusa omissão de saída de mercadorias, cuja base de cálculo foi apurada em consonância com o disposto no art. 60, II, "a" do mesmo diploma legal.

Os procedimentos fiscais pertinentes são disciplinados no art. 13 da Port. 455/98, com suporte nos dispositivos regulamentares e não há qualquer previsão legal para contemplar redução de base de cálculo.

Por sua vez, a IN 56/07 orienta que uma vez apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 3º do art. 2º do RICMS/97 (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96), poderá ser considerado os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provados pelo contribuinte por meio de dados e informações das operações mercantis que realiza. Portanto, esta orientação objetiva excluir do montante das operações omitidas apurada mediante presunção legal, a parte proporcional relativa a operações isentas, não tributadas e com fase de tributação encerrada, que não se aplica à situação presente de saídas contempladas com redução de base de cálculo.

Na situação presente, tendo apurado omissão de entrada e omissão de saída relativa a produtos que a legislação prevê tributação com base de cálculo reduzida, entendo que só se aplica a fruição do benefício de redução de base de cálculo em relação às operações em que o contribuinte tenha emitido e escriturado regularmente os documentos fiscais pertinentes a movimentação dos estoques. Constatado omissão de entrada mediante levantamento quantitativo dos estoques, fica caracterizado que não houve registro dos documentos fiscais pertinentes das operações de aquisição de mercadorias e da mesma forma, se apurado omissão de saídas, deixaram de emitir documentos fiscais e devida escrituração relativa às saídas de mercadorias.

Ressalto que conforme disposto no art. 13 e inciso I do RICMS/BA, "A outorga de benefício fiscal, salvo disposição em contrário: I - não dispensa o contribuinte do cumprimento de obrigações acessórias". Pelo exposto, concluo que não pode ser acolhido o pedido de aplicação da redução da base de cálculo sobre as omissões apuradas pela fiscalização nas infrações 6 e 7.

Com relação às decisões do CONSEF colacionadas ao processo, observo que não tem pertinência com a situação presente, conforme abaixo sintetizado nos Acórdãos:

- a) CJF 0155-12/09 – Presunção Cartão de Crédito - Proporcionalidade IN 56/07;
- b) JF 0424-01/08 – Omissão de entrada – Proporcionalidade IN 56/07;
- c) CJF 0189-11/09 – Presunção Saldo Credor de Caixa – Aplicadas alíquotas específicas da cesta básica;
- d) CJF 2031/00 – Omissão de entrada – Aplicadas alíquotas específicas da cesta básica;

- e) CJF 2563/00 – Omissão de Entrada - Aplicadas alíquotas específicas da cesta básica, e excluído saídas com fase de tributação encerrada;
- f) CJF 0230-11/07 – Passivo Fictício – Aplicadas alíquotas específicas da cesta básica.

Logo, nas situações acima, trata-se de aplicação de alíquotas específicas previstas no RICMS/BA quanto a produtos da cesta básica, exclusão de produtos com fase de tributação encerrada (cabe aplicação de multa – Port. 455/98) e aplicação da proporcionalidade em relação a operações mercantis realizadas isentas, não tributadas e com fase de tributação encerrada (IN 56/07). Portanto, não há suporte em nenhuma destas decisões do CONSEF para contemplar as omissões apuradas em relação a benefício fiscal de redução de base de cálculo.

Com relação à infração 7, se trata de omissão de saída e não é cabível a aplicação da IN 56/07.

Dessa forma considero devido os valores integrais de R\$11.302,18 (infração 6) e R\$17.249,72 (infração 7).

Diante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **102148.0019/10-8**, lavrado contra **ANA M. R. MACHADO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$64.507,58**, acrescido das multas de 60% sobre R\$35.955,68 e 70% sobre R\$28.551,90, previstas no art. 42, II, “b” e III da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando o valor de **R\$17.753,83**, previstas no art. 42, IX, XI, XIV e XV, “d” da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR