

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0047/12-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SEMP TOSHIBA BAHIA S/A.
RECORRIDOS - SEMP TOSHIBA BAHIA S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0218-01/12
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 04/09/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0246-12/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) DIFERENÇA DE SAÍDA MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA QUE AS ENTRADAS. Infração insubsistente, tendo em vista que está contida na omissão detectada na infração 2. b) DIFERENÇA DE ENTRADAS MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA QUE AS SAÍDAS. As alegações defensivas não são capazes de elidir este item da autuação. Infração subsistente. 2. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO. A imposição de acréscimos moratórios somente é cabível quando o pagamento do débito ocorre fora do prazo legal, mesmo se espontâneo. No presente caso não restou comprovado que houve pagamento fora do prazo regulamentar, haja vista que o fato gerador do ICMS se dá no momento da saída da mercadoria do estabelecimento e não da emissão da nota fiscal. Infração insubsistente. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Operações de saídas destinadas a contribuintes inscritos na condição de normal com tributação a alíquota de 7% em vez de 17%. Ausência de prova material da incidência da alíquota de 7% sobre saídas de mercadorias tributadas à alíquota de 17%, de forma a fundamentar a imputação fiscal, o que leva à incerteza da infração e cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Acolhida a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Não acolhida a decadência suscitada. Reformada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 31/01/12 para lançar o ICMS em decorrência de quatro irregularidades, sendo objeto do Recurso Voluntário as imputações 1, 2 e 4 e do Recurso de Ofício as infrações 1 e 3, a seguir descritas:

Infração 1 - falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2007, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, sendo exigido ICMS no valor de R\$226.289,93, acrescido da multa de 70%.

Consta que o levantamento se refere às operações com mercadorias de produção própria, conforme demonstrativos de Auditoria de Estoques, apurando-se diferença nas entradas no montante de R\$102.763,12 e, nas saídas, no valor de R\$1.331.117,22, com cópias entregues ao contribuinte.

Infração 2 - falta de recolhimento do imposto 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, no exercício de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.451.574,95, acrescido da multa de 70%.

Consta que o levantamento se refere às operações com mercadorias adquiridas para revenda, conforme demonstrativos de Auditoria de Estoques, apurando-se base de cálculo nas entradas no valor de R\$6.538.676,16 e, nas saídas, no montante de R\$7.119.438,14, com cópias entregues ao contribuinte.

Infração 3 - falta de recolhimento dos acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago de forma intempestiva, mas espontaneamente, nos meses de janeiro a maio de 2007, sendo exigida a importância de R\$39.311,53, conforme demonstrativo de notas fiscais com data de saída em 2007 e data de emissão de 2006, e descrição analítica dos documentos fiscais, com cópia entregue ao contribuinte;

Infração 4 - recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$12.568,56, acrescido da multa de 60%, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro e março a outubro de 2007, tudo consoante o “Demonstrativo de Apuração do ICMS Normal Recolhido a Menor Devido a Utilização de Alíquota Indevida nas Saídas Internas”, com cópia entregue ao contribuinte.

Consta que o contribuinte utilizou a alíquota de 7%, em vez de 17%, nas operações de saídas de rádio portátil, rádio com compact disc, receiver com compact disc, compact disc, telefone sem fio e telefone com fio.

A Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu a lide administrativa, *in verbis*:

“Preliminarmente, não acolho a nulidade arguida, pois constato que o lançamento foi realizado em conformidade com o RPAF/99, especialmente o seu art. 39, inexistindo vícios ou falhas capazes de inquinar de nulidade o Auto de Infração, portanto, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do referido RPAF/99.

No que tange à arguição de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário, referente aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2007 a 30/01/2007, conforme as disposições do artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional – CTN, observo que não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que o autuado tomou conhecimento do início da ação fiscal em 21/11/2011, conforme Termo de Intimação à fl. 06 dos autos e, posteriormente, da lavratura do Auto de Infração em 31/01/2012, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas do art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97 estabelecem que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O entendimento prevalecente neste CONSEF é de que as disposições do artigo 150, § 4º do CTN alcançam as situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento integralmente antes da homologação pela autoridade administrativa.

No caso em exame, a autuação acusa o contribuinte de ter deixado de oferecer parcelas do tributo e o Fisco agiu no sentido de recuperá-las mediante o lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, sendo que, o prazo de contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I do CTN, ou seja, 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim sendo, como o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2008, com termo final em 31/12/2012 e o lançamento ocorreu em 31/01/2012, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário.

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, CJF 0144-11/09, sendo que deste último, reproduzo abaixo, a título ilustrativo, trecho do voto:

“VOTO

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo

prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, in verbis:

“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.” Grifos nossos*

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “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.”

Entendemos data venia, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo a quo do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Diante do exposto, não acolho a arguição de decadência.

Quanto ao pedido de realização de diligência formulado pelo impugnante, relativamente às infrações 01 e 02, sob o fundamento de que os casos destes autos já encontram solução nos arts. 123, §3º, 145, caput, e 150, I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, que autorizam ao contribuinte requerer a diligência fiscal com a finalidade de se executar um novo levantamento, por Auditor estranho ao feito (RPAF, art. 148, II), para então se esclarecer o mérito da demanda, cabe-me apreciar a solicitação conforme faço a seguir.

Consoante o art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, na instauração, preparo, instrução, tramitação e Decisão do processo administrativo, deverão ser atendidos dentre outros os princípios da verdade material e da garantia de ampla defesa.

O § 1º do artigo acima referido determina que no preparo, instrução e tramitação do processo, ter-se-á sempre em vista a conveniência da rápida solução do pedido ou litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador.

O contribuinte tem assegurado no art. 123 do Diploma regulamentar processual acima mencionado, o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Conforme dispõe o § 1º do referido artigo, a matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

Também, nos termos do § 3º do mesmo dispositivo, a depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.

No presente caso, o impugnante ao rechaçar as infrações 01 e 02, trouxe o que denominou de “exemplos”, para justificar a realização de diligência, a fim de apurar equívocos porventura existentes.

É certo que a diligência não se presta para produzir provas de responsabilidade das partes ou colher juízo de terceiros sobre a matéria em litígio, mas a trazer aos autos elementos que possam contribuir para o deslinde do processo.

Nesse sentido, o art. 147 do RPAF/99 determina que, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Precisamente com fundamentos nesses enunciados é que não acolho o pedido de diligência formulado pelo impugnante, pois considero que este teve o tempo necessário para identificar, se fosse o caso, a totalidade dos equívocos porventura existentes no levantamento levado a efeito pelos autuantes.

Isso porque, a ação fiscal foi iniciada em 21/11/2011 e a lavratura do Auto de Infração se deu em 31/01/2011, cuja ciência o contribuinte tomou em 19/03/2012, tendo o prazo de defesa de 30 (trinta) dias para apresentar defesa, o que fez com a protocolização em 27/04/2012.

Portanto, desde o início da ação fiscal até a apresentação da defesa o contribuinte teve aproximadamente 05 (cinco) meses para se preparar e apresentar todos os elementos de provas que se encontram na sua posse.

Ademais, além dos “exemplos” apontados na peça de defesa cuja apreciação será feita a seguir no exame do mérito da autuação, não vislumbrei qualquer evidência de erros no levantamento, razão pela qual considero suficientes os elementos contidos nos autos, para a formação de minha convicção sobre a Decisão da lide.

Diante disso, indefiro o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito, quanto à infração 01, constato que assiste razão ao impugnante quando alega a existência de notas fiscais que foram emitidas e saíram no mesmo exercício de 2007, referentes às mercadorias sob os códigos 917119: TELEFONE SEM FIO FT1911SE; Código 917093: TELEFONE SEM FIO FT1909ID; Código 917084: TELEFONE SEM FIO FT1908; Código 917155: TELEFONE COM FIO TC4020.

Efetivamente, a análise das Notas Fiscais acostadas às fls. 176 a 184, 203 a 206, 212 a 220 e 226/227 – identificadas pelo autuado na peça de defesa - permite constatar que todas elas foram emitidas e têm como data de saída o exercício de 2007, portanto, devem ser consideradas no levantamento de estoques que apurou saídas de mercadorias sem notas fiscais, conforme este item da autuação.

Importante registrar que o exame dos referidos documentos fiscais comprovam que as quantidades de mercadorias apontadas pelo impugnante, efetivamente, são as mesmas discriminadas na peça de defesa.

Assim sendo, considerando as quantidades de mercadorias discriminadas nas referidas notas fiscais de saídas - não computadas no levantamento levado a efeito pelos autuantes -, a omissão de saídas apontadas no demonstrativo “AUDITORIA DE ESTOQUES – EXERCÍCIO FECHADO – RELATÓRIO DE CÁLCULO DAS OMISSÕES” (fls.11 a 13), relativamente às mercadorias sob os Códigos 917119: TELEFONE SEM FIO FT1911SE; Código 917093: TELEFONE SEM FIO FT1909ID;Código 917084:TELEFONE SEM FIO FT190;Código 917155:TELEFONE COM FIO TC4020, passa do valor de R\$1.091.586,00 para o valor de R\$924.921,85.

Diante disso, o valor total da omissão de saídas originalmente apontado no “DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DAS OMISSÕES” (fl. 08), no valor de R\$1.331.117,22 passa para o valor de R\$1.164.453,00 sobre o qual aplicada a alíquota de 17% resulta no valor de ICMS devido de R\$197.957,00.

Quanto aos demais argumentos defensivos atinentes a esta infração, não há como prosperar, haja vista que a metodologia utilizada pelos autuantes está correta.

É certo que a emissão da nota fiscal não resulta, ainda, na ocorrência do fato gerador, o que somente ocorre quando da efetiva saída da mercadoria. Desse modo, há que se considerar ainda no estoque aquelas mercadorias que apesar de emitidas em 2006 somente tiveram a efetiva saída do estabelecimento em 2007.

Cabe-me registrar também que a alegação defensiva de que estava apresentando a título exemplificativo os equívocos existentes no levantamento levado a efeito pelos autuantes não encontra guarida na legislação do ICMS, notadamente, no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, haja vista que nos termos do art. 123 do mencionado diploma regulamentar processual, cabe ao contribuinte no exercício do seu direito de defesa apresentar todos os elementos de provas que disponha.

Certamente, desde o momento do início da ação fiscal que culminou com a lavratura do Auto de Infração em lide, teve o autuado o tempo necessário para apresentação de suas razões e todos os elementos probatórios de suas alegações.

Diante do exposto, a infração 01 é parcialmente subsistente no valor de R\$197.957,00.

No que concerne à infração 02, verifico que o impugnante insurge-se contra este item da autuação aduzindo as mesmas razões para apresentar, exemplificativamente, equívocos que segundo diz existentes no levantamento levado a efeito pelos autuantes.

Assim é que, relativamente às mercadorias sob o Código 916959: DVD SD7070VK; Código 915709: RADIO GRAVADOR RG8172SMP3; Código 915282:: DVD SD8070VIX, alega que os autuantes incluíram na apuração do estoque de 2007 diversas Notas Fiscais emitidas em 2006 cujas saídas ocorreram em 2007.

Quanto a essa argumentação, vale consignar aqui o que foi dito na análise da infração 01, ou seja, a emissão da nota fiscal não caracteriza a ocorrência do fato gerador do ICMS. Verdadeiramente, o fato gerador da obrigação principal, no caso em tela, somente ocorre quando da efetiva saída da mercadoria. Desse modo, há que se considerar ainda existentes no estoque aquelas mercadorias que, apesar de terem as Notas Fiscais emitidas em 2006, somente tiveram a efetiva saída do estabelecimento em 2007.

No que tange à alegação defensiva atinente à existência de remessa de mercadorias para reparo ou conserto, incluídas no levantamento com CFOP 5.915, referente às Notas Fiscais nº 107558, 110752, considero correta a inclusão do mencionado CFOP, haja vista que tais remessas representam movimentação física do estoque, devendo ser computadas no levantamento.

Relativamente à argumentação defensiva referente às mercadorias Códigos 917761 e 916726: RADIO GRAVADOR S RG8177MP3, de que a Fiscalização não observou que o Código 917761 é exatamente a mesma mercadoria constante do Código 916726, verifico que os autuantes contestam tal argumentação consignando que tais Códigos contêm a seguinte descrição: 916726 RADIO GRAVADOR RG8177MP3; 917761 RADIO GRAVADOR S RG8177MP3, não lhes parecendo se tratar da mesma mercadoria, pois sabe-se que uma simples letra do alfabeto é suficiente para alterar a característica de um produto, existindo, no caso, um “S” que distingue uma mercadoria da outra, além do código.

Coadunado com o entendimento manifestado pelos autuantes, haja vista que existe uma distinção clara na descrição das duas mercadorias com a inserção da letra “S”, além da distinção de Códigos.

Desse modo, a infração 02 é integralmente subsistente.

No que tange à infração 03, observo que os autuantes consignam na Informação Fiscal que os acréscimos moratórios exigidos neste item da autuação, são devidos face ao procedimento adotado pelo autuado de registrar nos livros fiscais os documentos pertinentes, isto é, as Notas Fiscais, quando da efetiva saída das mercadorias e não pela data da sua emissão. Destacam que também foram observadas as operações cujas saídas ocorreram de armazéns gerais em outras unidades da Federação.

No caso deste item da autuação, constato que assiste razão ao impugnante, haja vista que somente quando da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, isto é, da efetiva saída da mercadoria do estabelecimento, surge a obrigação do contribuinte de apurar e, se for o caso, recolher o ICMS devido, mesmo assim no prazo estabelecido no artigo 124, inciso I, do RICMS/BA, ou seja, até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador.

Certamente que a exigência de acréscimos moratórios a partir da data de emissão da Nota Fiscal, não encontra amparo na legislação tributária do ICMS.

Diante disso, a infração 03 é insubsistente.

No que diz respeito à infração 04, a análise da situação cadastral dos adquirentes das mercadorias comercializadas pelo autuado, precisamente de suas inscrições estaduais, permite constatar que somente os contribuintes inscritos sob os nºs 050.992.078, 069.180.983, 051.557.377 e 008.252.968, respectivamente, OESTE BAHIA COM. DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA., GAZIN IND. E COM. DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA., MOVELE COM. DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA., e ELETRODISCO GANDUENSE LTDA., efetivamente, se encontravam inscritos na condição de “NORMAL” e não como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, razão pela qual a alíquota que deveria ter sido aplicada pelo autuado para estes contribuintes deveria ter sido 17% e não 7%, conforme procedeu.

Desse modo, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$9.455,57, conforme demonstrativo de débito abaixo:

<i>Data de Ocorrência</i>	<i>ICMS devido (R\$)</i>
31/01/2007	38,86
30/03/2007	47,77
30/04/2007	1.348,11
31/05/2007	1.580,90
31/07/2007	641,12
31/08/2007	2.825,60
31/10/2007	2.973,21
TOTAL	9.455,57

Diante do exposto, a infração 01 e 04 são parcialmente subsistentes, a infração 02 integralmente subsistente e a infração 03 insubsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, inicialmente, informando que “*é uma sociedade que tem por objeto a indústria e comércio de aparelhos elétricos, eletrodomésticos, eletroeletrônicos, eletrônicos e componentes, de bens de informática, periféricos e equipamentos assemelhados, aparelhos de telecomunicação e dos respectivos componentes*”.

Suscita a decadência do direito de a Fazenda Estadual efetuar o lançamento relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a março de 2007, tendo em vista que foi cientificado da autuação em 19/03/12.

Argumenta que, no caso de lançamento por homologação, em que o contribuinte antecipa o pagamento, corretamente ou a menor, o termo inicial da contagem do prazo decadencial se dá a partir da data de ocorrência do fato gerador, conforme a dicção do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, em virtude de o Fisco ter conhecimento da data da ocorrência do respectivo fato. Transcreve algumas decisões administrativas a respeito da matéria.

No mérito da infração 1, reclama que “*em nenhum momento prévio à lavratura do presente auto, a Fiscalização oportunizou à Recorrente esclarecer as diferenças supostamente encontradas*” e, “*ao contrário, sem verificar qualquer documento adicional aos arquivos magnéticos ou mesmo conferir a correção do levantamento, realizou o lançamento de ICMS*”.

Alega que a diferença apontada ocorreu porque a fiscalização ignorou a existência de inúmeras notas fiscais cujas vendas foram realizadas no exercício de 2007, como, por exemplo:

1. notas fiscais emitidas em 2007, com saídas em 2007 – foram desconsideradas, na baixa do estoque, as operações formalizadas por meio das Notas Fiscais n^{os} 48461, 48462, 48503, 48525, 50530, 51101, 51128, 51304 e 51980, sendo que somente esses documentos fiscais representam saídas regulares de 35 itens;
2. notas fiscais emitidas em 2007, com saídas em 2008 – não foi observada a realização de operações devidamente formalizadas, como aquelas a que se referem as Notas Fiscais n^{os} 118129 a 118133, 118137 a 118149, todas emitidas em 27/12/07 em nome do CARREFOUR COM E IND LTDA, que acobertam saídas de 3500 itens;
3. notas fiscais emitidas em 2007, com saídas em 2007 – foram desconsideradas, na baixa do estoque, as operações formalizadas por meio das Notas Fiscais n^{os} 48429, 48434, 50317 e 110166, que representam saídas com recolhimento de ICMS de 360 itens (código 917093 - telefone sem fio FT1909ID);
4. notas fiscais emitidas em 2007, com saídas em 2008 - não foram computadas, na baixa regular do estoque, as operações relativas às Notas Fiscais n^{os} 67172 a 67176, em nome de ARTHUR LUNDGREN TEC S/A C P, e cada uma com 200 itens (código 917093 - telefone sem fio FT1909ID);
5. notas fiscais emitidas em 2007, com saídas em 2007 - não foram computadas, na baixa regular do estoque, as operações relativas às seguintes notas fiscais: i) n^{os} 117258 a 117266, com código do produto 917084, todas emitidas em 29/11/07 em nome do CARREFOUR COM E IND LTDA., que acobertam a saída de 1836 itens; ii) n^o 66555, com o código do produto 917743, emitida para a SEMP TOSHIBA S/A em 20/12/07, com 57 itens;
6. notas fiscais emitidas em 2007, com saídas em 2008 - não foram computadas, na baixa regular do estoque, as operações relativas às seguintes notas fiscais: i) n^{os} 66685 e 66686, com o código do produto 917084, ambas emitidas para a MASTER ELETRONICA BRINQ LTDA. em 27/12/07, com 80 itens em cada; ii) n^{os} 118160 e 118161, com o código do produto 917743, ambas emitidas para a ESTRELA DISTRIB DE ELET LTDA. em 31/12/07, com 100 itens em cada;
7. notas fiscais emitidas em 2007, com saídas em 2007 - não foram consideradas, na baixa regular do estoque, as operações relativas às Notas Fiscais n^{os} 50324 e 50325, com o código de produto

917155, ambas emitidas para PONTO CERTO UTIL DOMS LTDA., em 30/06/07, a primeira com 60 itens e a segunda com 40 itens;

8. notas fiscais emitidas em 2007, com saídas em 2008 - não foram consideradas, na baixa regular do estoque, as operações relativas às Notas Fiscais n^{os} 118104 a 118125, com código do produto 917155, todas emitidas em 29/11/07 em nome do CARREFOUR COM E IND LTDA., que acobertam a saída de 5000 itens.

No que tange à infração 2, argumenta que a fiscalização cometeu diversos equívocos, conforme demonstrou exemplificativamente:

1. notas Fiscais emitidas em 2006, com saídas em 2007 - a Fiscalização considerou no estoque inicial mercadorias cuja saída foi amparada pelas Notas Fiscais n^{os} 30334, 30336 a 30341, todas emitidas em 31/10/06, com 200 itens cada, no total de 1400 itens (código 916959 (DVD SD7070VK);
2. notas Fiscais emitidas em 2006, com saídas em 2007 - a Fiscalização considerou que ocorreu no exercício de 2007 a baixa de estoque de mercadorias cuja saída foi amparada pelas Notas Fiscais n^{os} 106590 e 106591, emitidas em 29/12/06, em nome da ARTHUR LUNDGREN TECIDOS S.A, com o total de 400 itens (código 915709 - rádio gravador RG8172SMP3);
3. envio de mercadorias para reparo ou conserto - na apuração das saídas com notas fiscais foram incluídas operações com CFOP 5.915, que representa remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo, como exemplificam as Notas Fiscais n^{os} 107558 e 110752 (código 915709 - rádio gravador RG8172SMP3);
4. notas fiscais emitidas em 2006, com saídas em 2007 - a Fiscalização considerou que ocorreu no exercício de 2007 a baixa de estoque de mercadorias cuja saída foi amparada pelas Notas Fiscais n^{os} 106620 a 106625, emitidas em 30/12/06, em nome da ROCHA MAGAZINE LOJA DE DEPARTAMENTOS LTDA., com o total de 600 itens (código 915282 - DVD SD8070VIX);
5. envio de mercadorias para reparo ou conserto - na apuração das saídas com notas fiscais foram incluídas operações com CFOP 5.915, que representa remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo, como exemplificam as Notas Fiscais n^{os} 107558 e 110752, com 252 itens (código 915282 - DVD SD8070VIX);
6. a Fiscalização não observou que o código nº 917761 é exatamente o mesmo produto constante do código nº 916726. Diz que, pelo próprio nome e descrição do produto, verifica-se que o código nº 916726 também trata de Rádio Gravador RG8177MP3 e, portanto, ao se analisar o controle de estoque dessa mercadoria é preciso verificar também a movimentação registrada com ambos os códigos, como determina o artigo 3º, inciso III, da Portaria nº 445/98;
7. no levantamento quantitativo do estoque de Rádio Gravador S RG8177MP3, o autuante, além de não realizar o levantamento por tipo de mercadoria, mas fazê-lo por código de produto, incorreu em outras falhas, uma delas foi não considerar, na baixa de estoque, as operações cujas notas foram emitidas no exercício de 2007 (quando o ICMS foi recolhido), mas cujo embarque ocorreu em 2008;
8. notas Fiscais emitidas em 2007, com saídas em 2008 – os autuantes não levaram em conta as Notas Fiscais n^{os} 62280 a 62282, emitidas em 31/10/07, em nome da ROCHA GLOBEX UTILIDADES S/A, com o total de 300 itens.

Quanto à infração 4, alega que o autuante não observou que, à época dos fatos geradores, os adquirentes das mercadorias em questão se encontravam inscritos no SIMBAHIA e, em consequência, as saídas de mercadorias a eles destinadas eram tributadas de acordo com o artigo 51, inciso I, alínea “c”, do RICMS/97, de acordo com a orientação da própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (Instrução Normativa nº 38/94).

Acrescenta, em relação às Notas Fiscais n^{os} 108637, 108638, 111010, 111011, 111012, 111013, 111014, 114769, 114770 e 115049, destinadas a PARIS COMERCIO DE MOVEIS ELETRODOMESTICOS E

REPRESENTACOES LTDA., que, conforme consulta ao site da Secretaria da Fazenda, a adquirente é uma empresa de pequeno porte, inscrita nessa condição no cadastro estadual desde 05/08/99, e, sendo assim, o caso é de incidência da alíquota de 7%, e não 17%, como pretende a Fiscalização.

Conclui que não há que se falar em aplicação da alíquota de 17% já que todas as mercadorias relacionadas no *“Demonstrativo de apuração do ICMS normal recolhido a menor devido à utilização de alíquota indevida nas saídas internas”* foram destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, nos estritos termos da legislação.

Requer que seja determinada a conversão do feito em diligência, sob a alegação de que restou claro *“que as conclusões da Fiscalização não foram resultado de uma análise rigorosa de documentos e de livros fiscais, conforme determina o art. 3º da Portaria nº. 445 de 10 de agosto de 1998, muito pelo contrário, derivaram apenas de um exame de informações contidas em Arquivos Magnéticos ou a partir deles presumidamente”*.

Ressalta que disponibilizará toda a documentação necessária para se constatar a regularidade do registro dos estoques, entradas e saídas e, assim, comprovar a inexistência de qualquer omissão no recolhimento de tributos ou cumprimento de obrigações.

Finalmente, requer que sejam declaradas nulas as infrações 1, 2 e 4, com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

A PGE/PROFIS, por meio do Dr. José Augusto Martins Júnior, inicialmente afirma que a preliminar de decadência deve ser afastada, pelas razões seguintes:

1. segundo a jurisprudência assente nos Tribunais Superiores, a lavratura do Auto de Infração representa o momento de constituição do crédito tributário, *“sendo o linde temporal final para contagem do prazo decadencial”*, consoante a Decisão exarada no REsp 83.984/MG e RE 90.296 que transcreveu;
2. dessa forma, *“a ocorrência do prazo decadencial para constituição de crédito tributário não possui qualquer correlação com manifestação da pessoa ao qual é imputado o estado de sujeição à constituição do crédito tributário, sendo apenas relevante para tal averiguação, o prazo estabelecido em lei para constituição do mesmo”*;
3. resta claro, do exame dos autos, *“a absoluta inexistência da decadência do direito da Fazenda Pública no caso em apreço, não sendo, no meu entender, correto o entendimento de que a ciência do Auto de Infração seria o prazo final para o exercício do direito potestativo de constituição do crédito tributário”*.

No mérito, quanto às infrações 1 e 2, aduz que os argumentos recursais foram apreciados pelo órgão de primeira instância, ponto a ponto, *“não existindo na peça recursal nenhum elemento probatório novo capaz de permitir e engendrar o reexame da Decisão vestibular”*.

Concernente à infração 4, salienta que a Decisão de piso *“verificou esmiuçadamente as empresas destinatárias das mercadorias que estavam sujeitas ao regime do Simples, tendo sido feito o expurgo necessário”*, não havendo no Recurso, elemento novo capaz de ensejar modificação do julgado vergastado.

Finaliza opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de realização de diligência formulado pelo recorrente, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra “a”, do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio

sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

O contribuinte suscitou, em sua peça recursal, a decadência dos valores lançados cujos fatos geradores ocorreram no período anterior a março de 2007, argumentando que, por ser o ICMS um imposto por homologação, o crédito tributário está sujeito ao prazo estabelecido no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, isto é, cinco anos a contar do fato gerador.

Entendo que não se vislumbra a decadência suscitada pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional (CTN), cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação repetida no artigo 107-B do Código Tributário Estadual (COTEB), aprovado pela Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, ao qual não cabe a este órgão julgador negar vigência, nos termos do artigo 167 do RPAF/BA:

“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.” (grifos não originais)*

Além disso, a Lei nº 3.956/81 (COTEB) estabelece, no artigo 107-A, inciso I, que *“O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*.

Sendo assim, o prazo legal para a constituição do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos em 2007 se esgotaria em 31/12/12. Como este Auto de Infração foi lavrado em 31/01/12, não se encontravam decaídos os débitos relativos aos fatos geradores apontados na peça recursal.

Ademais, concordo com o Parecer da d. PGE/PROFIS, de que não está correto *“o entendimento de que a ciência do Auto de Infração seria o prazo final para o exercício do direito potestativo de constituição do crédito tributário”*, haja vista as inúmeras decisões dos Tribunais Superiores no sentido de que a lavratura do lançamento de ofício configura o *dies ad quem* para a contagem do prazo decadencial.

Por outro lado, a Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008 e publicada no DOU de 20/06/2008 – declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: *“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.”*

Enquanto não houver o pronunciamento específico do citado Tribunal, há de se entender que a referida Súmula não se aplica ao ICMS, embora ressalte que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, diante das seguintes razões:

1. a posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, por meio do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 8 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial comungando com o apresentado pelo recorrente;
2. o entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, mediante o Parecer CFS nº 02/2008;
3. o despacho exarado pelo Procurador Geral do Estado da Bahia, datado de 03/11/11, em resposta a Consulta por mim formulada, quando titular do cargo de Presidente deste Conselho de Fazenda Estadual, manifestando-se pela necessidade de elaboração de *“minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, com o propósito de afastar a*

divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.”

No mérito, verifico que, na infração 1, objeto dos Recursos Voluntário e de Ofício, foi cobrado o ICMS em face da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis (de produção própria) efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis – no exercício de 2007.

Na segunda imputação, objeto apenas do Recurso Voluntário, o ICMS foi exigido em decorrência da constatação de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias (adquiridas para revenda), 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 exercício de 2007.

Da análise dos demonstrativos apensados aos autos (em papel e em meio magnético) é possível observar que os autuantes elaboraram dois levantamentos quantitativos de estoques – um para as mercadorias produzidas pelo contribuinte e outro para as mercadorias adquiridas para revenda, sendo que a forma de cálculo do ICMS para as diferenças encontradas no roteiro foi a mesma: aplicação da alíquota de 17% sobre as bases de cálculo apuradas, considerando que se tratava de mercadorias com tributação normal.

Nessa situação, os prepostos fiscais poderiam até consignar, em demonstrativos distintos, o levantamento das mercadorias produzidas e revendidas pelo recorrente, mas, ao final, deveriam ter unificado, em um demonstrativo-resumo, todas as diferenças encontradas, a fim de se conferir qual a omissão de maior expressão monetária e, a partir daí, calcular o ICMS devido.

Observo que os autuantes não seguiram a metodologia prevista na Portaria nº 445/98, bem como a determinação do artigo 60 do RICMS/97 (abaixo reproduzido), ao considerarem os dois levantamentos de maneira isolada.

Vejamos o que determina o artigo 60 do RICMS/97:

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

(...)

II - *tratando-se de diferença apurada pelo fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque, para efeitos de definição do valor unitário da mercadoria:*

a) *apurando-se omissão de saídas:*

1 - *o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado;*

(...)

b) *apurando-se omissão de entradas e ficando caracterizada a existência de receita oculta empregada no pagamento de tais entradas:*

1 - *o custo médio das compras no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria no período considerado;*

(...)

§ 1º *Na apuração da base de cálculo em função dos critérios previstos neste artigo, quando forem constatadas, simultaneamente, irregularidades no disponível e no exigível, bem como entradas ou pagamentos não registrados ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência ou diferença de maior valor monetário, se se configurar a presunção de que as demais nela estejam compreendidas.*

Esta é a regra que se infere dos artigos 13 e 14 da Portaria nº 445/98, como a seguir transcrito:

Art. 13. *No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:*

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, “a”, e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;

II - o valor da omissão de entradas é maior do que o da omissão de saídas, caso em que:

- a)** deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto (RICMS/97, art. 2º, § 3º);
- b)** a base de cálculo é o valor da omissão de entradas, por ser maior do que o valor da omissão de saídas, considerando-se este incluído no valor a ser tributado (RICMS/97, art. 60, § 1º);
- c)** para efeitos de determinação da base de cálculo de que cuida a alínea anterior, deve-se apurar o valor da receita não contabilizada, que corresponde ao custo das entradas omitidas, em função do preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadorias, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, II, “b”);
- d)** a multa aplicável é a prevista para a prática de omissão de receita apurada mediante levantamento quantitativo (70%), ficando absorvida por esta a multa pelo descumprimento da obrigação acessória;
- e)** apesar de ter havido omissão de saídas, mas tendo em vista ser o valor da omissão de entradas superior ao das saídas, e considerando que a exigência do tributo é feita neste caso em função do valor da presunção de receitas relativas a operações não contabilizadas, tendo como base de cálculo o valor da omissão de entradas, a verificação da omissão de saídas deve ser também consignada, expressamente, tanto no Auto de Infração como no Termo de Encerramento de Fiscalização, fazendo-se juntada dos papéis de trabalho a ela correspondentes, demonstrando as quantidades, os preços e a apuração do valor da omissão de saídas, para que sirvam como elementos de prova.

Art. 14. No caso do inciso II do artigo anterior, feita a exigência do ICMS com base na presunção legal de omissão de receitas relativas a operações tributáveis, caso o sujeito passivo venha a comprovar a improcedência daquela presunção, porém subsistindo a omissão de saídas, prevalecerá o débito a estas correspondente (art. 5º).

Em função do que prevê a legislação em vigor, passo a apreciar, em conjunto, os argumentos recursais concernentes às infrações 1 e 2 deste lançamento de ofício.

O órgão julgador de Primeira Instância, após acatar diversos documentos fiscais que não haviam sido considerados pelos autuantes, referentes a notas fiscais emitidas em 2007 e cujas saídas das mercadorias ocorreram no próprio exercício de 2007, reduziu a base de cálculo da omissão de saídas da infração 1, de R\$1.331.117,22 para R\$1.164.453,00.

No Recurso voluntário, o autuado repetiu *ipsis litteris* as alegações da impugnação inicial, já acolhidas, de forma correta, pela Junta de Julgamento Fiscal, relativas aos Documentos Fiscais nºs 48461, 48462, 48503, 48525, 50530, 51101, 51128, 51304 e 51980, anexados às fls. 176 a 184, 203 a 206, 212 a 221, 226 e 227, com os seguintes códigos e especificações:

1. Notas Fiscais nºs 48461, 48462, 48503, 48525, 50530, 51101, 51128, 51304 e 51980 - código nº 917119: TELEFONE SEM FIO FT1911SE; código nº 917093: TELEFONE SEM FIO FT1909ID; código nº 917084: TELEFONE SEM FIO FT1908;
2. Notas Fiscais nºs 48429, 48434, 50317 e 110166 - código nº 917093: TELEFONE SEM FIO FT1909ID;
3. Notas Fiscais nºs 117258 a 117266 - código nº 917084: TELEFONE SEM FIO FT1908;
4. Notas Fiscais nºs 50324 e 50325 - código nº 917155: TELEFONE COM FIO TC4020.

Entretanto, as notas fiscais a seguir elencadas não foram consideradas pelo órgão julgador de piso, também de forma acertada, tendo em vista que já constavam do demonstrativo feito pelos prepostos fiscais:

1. nº 66555 com o código de produto nº 917743;
2. nºs 117258, 117259, 117260, 117261, 117262, 117263, 117264, 117265 e 117266, com o código de produto nº 917084.

Além disso, não há como acatar os demais argumentos recursais relativos às notas fiscais emitidas em 2007 e cujas mercadorias saíram em 2008, uma vez que o levantamento de estoques foi realizado no exercício de 2007, devendo-se restringir à movimentação física ocorrida no próprio exercício.

No que tange à infração 2, entendo que a Junta de Julgamento Fiscal agiu com correção, ao decidir que:

1. há que se considerar ainda existentes no estoque aquelas mercadorias que, apesar de as notas fiscais terem sido emitidas em 2006, a efetiva saída do estabelecimento somente ocorreu em 2007, pois o fato gerador do ICMS ocorre com a saída efetiva da mercadoria - mercadorias sob o código nº 916959: DVD SD7070VK; código nº 915709: RADIO GRAVADOR RG8172SMP3; e código nº 915282: DVD SD8070VIX;
2. as remessas que representam movimentação física do estoque devem ser computadas no levantamento, tanto nas saídas como nos retornos - remessa de mercadorias por meio das notas fiscais nºs 107558 e 110752 para reparo ou conserto com CFOP 5.915;
3. não deveriam ser agrupadas as mercadorias com códigos 917761 e 916726, porque não representavam produtos diferentes (916726 - RADIO GRAVADOR RG8177MP3 e 917761 - RADIO GRAVADOR S RG8177MP3).

Sendo assim, após as retificações procedidas pela Junta de Julgamento Fiscal na primeira imputação, foram detectadas diferenças de entradas e de saídas de mercadorias, no exercício de 2007, com a seguinte configuração (infrações 1 e 2):

Infração	Base de Cálculo	
	Diferença de Entradas	Diferença de Saídas
1	102.783,12	1.164.453,00
2	8.538.676,18	7.119.438,14
Total	8.641.459,30	8.283.891,14
ICMS (17%)	1.469.048,08	

Em consequência da análise conjunta dos levantamentos de estoques das mercadorias produzidas e daquelas revendidas pelo recorrente, restou comprovada apenas a ocorrência da segunda imputação (omissão de entradas em valor superior à omissão de saídas de mercadorias), com base de cálculo de R\$8.641.459,30 e ICMS (à alíquota de 17%) no valor de R\$1.469.048,08. Todavia, como é vedado a este órgão julgador administrativo agravar a infração, julgo procedente a infração 2, no valor originalmente exigido de R\$1.451.574,95, e improcedente a infração 1, por estar, a omissão de saídas constatada, contida na segunda acusação.

Na infração 3, objeto do Recurso de Ofício, foram cobrados acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido que foi pago de forma intempestiva, mas espontaneamente, nos meses de janeiro a maio de 2007, em relação a notas fiscais com data de saída em 2007 e data de emissão em 2006.

A Decisão da Junta de Julgamento Fiscal não merece reparos, pois a exigência de acréscimos moratórios a partir da data de emissão da nota fiscal não encontra amparo na legislação tributária do ICMS. Somente a partir da efetiva saída da mercadoria do estabelecimento é que ocorre o fato gerador da obrigação principal, isto é, nesse momento é que o contribuinte deve apurar o débito do imposto e lançá-lo em sua escrituração, recolhendo o saldo devedor, acaso existente, no prazo regulamentar (artigo 124, inciso I, do RICMS/97). Improcedente, portanto, a acusação fiscal.

Na infração 4, objeto dos Recursos Voluntário e de Ofício, o ICMS foi lançado em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro e março a outubro de 2007, por ter o contribuinte utilizado a alíquota de 7%, em vez de 17%, nas operações de saídas de rádio portátil, rádio com *compact disk*, *receiver* com *compact disk*, *compact disc*, telefone sem fio e telefone com fio.

Ocorre que os autuantes não juntaram a este processo administrativo fiscal os elementos necessários a comprovar a acusação de que os destinatários das mercadorias relacionadas no demonstrativo de fls. 128 a 131 estavam inscritos na condição de “normal” e, portanto, o autuado não poderia ter utilizado a alíquota de 7% para o cálculo do imposto estadual, tais como os espelhos da situação cadastral das empresas constantes no sistema de processamento de dados da Secretaria da Fazenda.

Sendo assim, observo que a autuação reveste-se de grande insegurança na sua determinação, além de evidente cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, o que me leva a acolher o pedido de decretação de nulidade da infração 4, formulado pelo recorrente, com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para julgar improcedentes as infrações 1 e 3, procedente a infração 2 e nula a imputação 4 deste lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279757.0047/12-7, lavrado contra **SEMP TOSHIBA BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.451.574,95**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2013.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS