

A. I. Nº - 206837.0006/12-7
AUTUADO - CASA DOS VINHOS LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO SANTOS LEAL
ORIGEM - INFAZ/VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15.12.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0239-04/15

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR. **a)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Infração parcialmente mantida, à vista da apresentação de elementos probatórios em contrário à autuação. **b)** IMPOSTO DESTACADO EM NOTAS FISCAIS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS. Feita a devida retificação do valor originalmente lançado, pelo autuante, a infração subsiste parcialmente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Restou comprovado que a empresa aplicou devidamente a redução de base de cálculo prevista para as operações à época, vez estar amparada pela legislação, e diante de sua condição de contribuinte atacadista. Infração insubstancial. 3. LIVROS FISCAIS. **a)** RAICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias escrituradas. Comprovado erro na apuração do débito, resultando na alteração do valor pelo autuante. **b)** REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Demonstrada, através dos documentos e livros fiscais, a procedência da infração . 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. BENEFÍCIOS FISCAIS. DECRETO Nº 7.799/00. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado que a empresa autuada, à época dos fatos geradores encontrava-se na condição de atacadista de bebidas, é possível a redução de base de cálculo de 55,55% prevista no artigo 3º-F do Decreto 7.799/00. Infração insubstancial. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE PAGAMENTO DAS ENTRADAS NÃO CONTABILIZADAS COM RECURSOS DECORRENTES DE OPERAÇÕES ANTERIORES DE SAÍDAS TAMBÉM NÃO CONTABILIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato demonstrado nos autos. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Ajustados os valores do lançamento,

em função de documentos trazidos pelo contribuinte. Infração parcialmente subsistente. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Infração não contestada. **6.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações caracterizadas, reconhecidas pelo impugnante. **7.** LIVROS CONTÁBEIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. LIVRO DIÁRIO E LIVRO RAZÃO. Infração comprovada e não contestada. **8.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. INFORMAÇÕES INCORRETAS. MULTA. A não especificação de quais seriam as informações tidas como incorretas, leva à nulidade da infração. **9.** LANÇAMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS DO ICMS. Falta de escrituração não comprovada nos livros contábeis, condição possível para a cobrança de imposto. Infração insubstancial. **9.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Responsabilidade do adquirente em relação

às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, entradas no estabelecimento. Comprovados os recolhimentos. Infração insubstancial. **10.** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração não elidida, não se podendo falar em *bis in idem*. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de setembro de 2012 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$388.701,19, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **02.01.01** Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, totalizando R\$30.204,67, sendo tal fato constatado nos meses de janeiro e dezembro de 2008, sendo sugerida multa de 50%.

Infração 02. **02.01.04** Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS correspondente a imposto destacado em Notas Fiscais relativas a operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização do crédito, no valor de R\$203,46, correspondente aos meses de maio a julho, novembro e dezembro de 2008, além da multa de 60%.

Infração 03. **03.02.02** Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ocorrência constatada nos meses de janeiro a maio, junho a agosto e novembro de 2009, no montante de R\$ 559,43, aplicada multa de 60%.

Infração 04. **03.02.02** Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, que totaliza R\$ 435,19, para fatos constatados no exercício de 2008, aplicada multa de 60%.

Infração 05. **03.02.04** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no total de R\$ 37.960,41, para ocorrências verificadas nos meses de fevereiro e março de 2008, aplicada multa de 60%.

Infração 06. **03.02.06** Recolheu a menor ICMS em razão da utilização indevida de redução da base de cálculo, importando em R\$ 13.709,87, no exercício de 2008, multa de 60%.

Infração 07. **04.05.02** Falta de 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 em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, importando em R\$63.556,16, multa de 70%, constatada no exercício de 2008.

Infração 08. **04.05.03** Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no exercício de 2008, sendo lançada multa de R\$50,00.

Infração 09. **04.05.03** Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no valor de R\$191.507,35, apurada nos meses de janeiro a dezembro de 2008, sendo lançada multa de 70%.

Infração 10. **07.01.01** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, no total de R\$3.478,41, multa de 60%.

Infração 11. **07.15.01** 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, sendo lançada a alíquota de 1%, sobre os valores das entradas, além da multa de 60%, o que resulta de débito de R\$8.070,77, para ocorrências nos meses de janeiro e agosto de 2008.

Infração 12. **16.01.01** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo cominada penalidade de 10% sobre as operações omitidas, resultando em R\$14.339,51, em dezembro de 2008.

Infração 13. **16.01.02** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Foram identificadas através do sistema CFAMT notas fiscais não escrituradas no Livro de Registro de Entradas de Mercadorias, sendo aplicada penalidade de 1% sobre as operações omitidas, o que redunda em débito de R\$683,35, no mês de dezembro de 2008.

Infração 14. **16.02.01** Deixou de apresentar comprovantes de operações ou prestações contabilizadas quando intimado. Consta que o contribuinte não apresentou os Livros Diário e Razão, além das Demonstrações Financeiras e Patrimoniais, alegando, após sucessivas intimações, extravio dos livros e documentos, o que levou à cobrança de penalidade de R\$460,00, ocorrência de dezembro de 2008.

Infração 15. **16.02.01** Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA. Segundo informação do autuante, o contribuinte omitiu informações fiscais nas DMAs especialmente nos meses de janeiro, fevereiro, março, setembro,

outubro, novembro e dezembro inibindo a identificação de omissões de ICMS, com lançamento de penalidade por descumprimento de obrigação acessória de R\$140,00, lançamento em dezembro de 2008.

Infração 16. **02.01.02** Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta informação de que o contribuinte deixou de escriturar no Livro Registro de Entradas as Notas Fiscais 36.949 e 36.950 de 23/01/2008 e 60.840 de 22/08/2008 com a conseqüente presunção de Omissão de Saídas, no valor de R\$1.865,62, bem como multa de 70%.

Tempestivamente, a autuada, por meio de advogado legalmente constituído, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 406 a 420, onde argüi em sua defesa, relativamente à infração 01, que o valor lançado, de R\$29.497,92 não reflete o valor lançado irregularmente no Livro de Apuração, de R\$29.437,92.

Segundo alega, a infração apontada é inexistente porque decorrente de falha na escrituração do Livro de Registro de Apuração do ICMS, para isso faz juntada da folha 25 do Livro de Apuração nº 3, referente ao exercício de 2007, no mês 12/2007, apontando que a apuração registrava saldo credor de R\$67.398,33 que não foi lançado no mês seguinte, 01/2008, embora tenha sido corretamente informado na DMA 01/2008 apresentada tempestivamente e que a SEFAZ, para dirimir qualquer dúvida, possui em seus arquivos.

Argumenta que feito o lançamento correto na DMA, o saldo do mês de janeiro resultou credor em R\$37.960,41. Ou seja: se abatido do saldo devedor lançado no Livro, de R\$29.437,92, o valor do saldo credor anterior de R\$ 67.398,33, resulta num saldo credor de R\$37.960,41, a ser transportado para a apuração do mês de fevereiro/08, também corretamente informado na DMA 01/08.

Diante do comprovado, entende que a cobrança não pode prosperar, porque não reflete a realidade, devendo ser declarada improcedente.

De referência ao mês 12/2008, aduz não ter conseguido identificar a diferença apontada na planilha apresentada pelo autuante, razão de não poder apresentar qualquer contestação.

Quanto à infração 02, argumenta que assiste parcialmente razão ao Fisco, diante do fato de que do valor cobrado conforme planilha, pode apontar três falhas, que merecem retificação para transformar o valor cobrado, de R\$203,46 em R\$186,27.

Aponta que foi cobrado ICMS sobre o produto “pernil inteiro de cordeiro baby bode”, que é isento do imposto, conforme artigo 14, VII, do RICMS/97, transcrito. De igual forma, também foi indevidamente cobrado ICMS sobre o produto “biscoito sortidos salgados”, que já se encontrava com a fase de tributação encerrada, por inclusão no regime da substituição tributária, conforme artigo 353, Inciso II, do RICMS/97, da mesma forma transcrito. Por último, foi cobrado ICMS à alíquota de 17% sobre o produto "aceto balsamico La Pastina tinto 500 ml", que é tributado com redução da base de cálculo para que a carga tributária resulte em 7%, conforme Art. 87, XXXI, do RICMS/97, também copiado em seu teor.

Assim, retifica a planilha da infração para aquela que indica.

| VENCIMENTO | VALOR |
|------------|--------|
| 09/06/2008 | 1,57 |
| 09/08/2008 | 17,44 |
| 09/12/2008 | 94,21 |
| 09/02/2009 | 73,04 |
| TOTAL | 186,27 |

Na infração 03, de igual maneira, diz assistir parcialmente razão ao fisco, exceto em relação a aplicação da alíquota indevida de 17% sobre o valor de operações interestaduais com contribuintes. Feitas as correções junta planilha retificada, indicando restar devido:

| VENCIMENTO | VALOR |
|------------|--------|
| 09/03/2008 | 1,76 |
| 09/04/2008 | 50,83 |
| 09/05/2008 | 5,72 |
| 09/06/2008 | 19,88 |
| 09/07/2008 | 109,60 |
| 09/08/2008 | 84,01 |
| TOTAL | 271,80 |

Quanto à infração 04, aponta equívoco na autuação, vez ter sido indevidamente cobrado ICMS à alíquota de 17% sobre o produto "vinagre" (em suas diversas denominações), que é tributado com redução da base de cálculo para que a carga tributária resulte em 7%, conforme artigo 87, inciso XXXI, do RICMS/97, transrito.

Apresenta planilha, com as retificações necessárias, na qual o valor devido fica reduzido para R\$330,75:

| VENCIMENTO | VALOR |
|------------|--------|
| 09/01/2008 | 74,95 |
| 09/02/2008 | 2,11 |
| 09/03/2008 | 36,56 |
| 09/04/2008 | 83,51 |
| 09/05/2008 | 12,31 |
| 09/06/2008 | 3,73 |
| 09/07/2008 | 16,61 |
| 09/08/2008 | 13,98 |
| 09/09/2008 | 4,47 |
| 09/10/2008 | 5,55 |
| 09/11/2008 | 18,93 |
| 09/12/2008 | 58,04 |
| TOTAL | 330,75 |

No tocante à infração 05, aduz que a exigência fiscal decorre da falha ocorrida na escrituração fiscal do mês de janeiro/08, já provada na contestação da Infração 01.

Fala que o saldo credor de R\$37.960,41 que deveria ter sido registrado na apuração do mês 01/08 para ser transferido para o mês seguinte 02/08, não o foi no Livro, porém foi feito na DMA e é legítimo, pois trazido das operações de meses anteriores.

Diz que, conforme não foi observado o saldo credor, embora regularmente lançado nos meses de fevereiro e março do exercício de 2008 tanto no Livro de Apuração quanto na DMA que foi transmitida e que a SEFAZ dispõe do documento para, se necessário, dirimir qualquer dúvida. Os valores cobrados para esses dois meses totalizam o valor do saldo credor desconsiderado.

Portanto, entendendo provada ter ocorrido mera falha de escrituração relativamente ao mês 01/08 apontada e abordada na infração 01, a escrituração dos meses subsequentes está correta e a infração apontada não existe.

Para a infração 06, argumenta que o autuante desconsiderou a redução da base de cálculo de 55,55% utilizada para as operações de saídas dos produtos listados, recalculando o imposto devido com a redução de base de cálculo de 30%.

Informa que a empresa era, à época dos fatos, beneficiada pelo incentivo dado pelo Decreto 7799/00, que permitiria redução de 55,55% no seu artigo 3º - F, com a redação dada pelo Decreto nº 10.316, de 11/04/07, vigente no período de realização das operações, transrito, motivo pelo qual seria improcedente a infração.

No tocante à infração 07, observa que deve ser corrigida a redação da motivação para a cobrança do imposto. No texto constante do Auto de Infração está consignado que o valor das omissões de entradas foi inferior ao valor da omissão de saídas e que o ICMS cobrado teve como base de cálculo o valor de maior expressão – o das saídas tributáveis.

Elabora planilha consignando que as omissões verificadas foram as seguintes:

| OMISSÃO | B. CÁLCULO | ICMS |
|----------|------------|-----------|
| Entradas | 357.179,16 | 63.556,16 |
| Saídas | 176.807,61 | 26.650,24 |

Após observar que o valor do ICMS constante como valor devido no Auto de Infração foi de R\$63.556,16 infere que o autuante cobrou o ICMS tendo como base de cálculo o valor da omissão de entradas, portanto por presunção, de acordo com o que determina a Portaria 445/98.

Passa a pontuar aspectos dos levantamentos para expurgar os itens indevidamente inclusos, iniciando quanto a omissão de saídas, para as quais, entende inclusos no levantamento itens que representam aquisições para o Ativo Imobilizado a seguir identificados, que devem ser excluídos. Refeitos os cálculos, indica o valor da omissão na tabela abaixo:

| OMISSÃO SAÍDAS | B. CÁLCULO | ICMS |
|---|-------------------|------------------|
| PRODUTOS DIVERSOS | 176.807,61 | 26.650,24 |
| ADEGA AVANT-GARDE 40 INOX 127 V | -2.136,00 | -363,12 |
| ADEGA AVANT GARDE PRATA 90 GARRAFAS 127 V | -3.596,79 | -611,45 |
| ADEGA AVANT-GARDE 90 PRETA NORMAL 127 V | -2.730,00 | -464,10 |
| VALOR RETIFICADO | 168.344,82 | 25.211,57 |

Para as omissões de saídas, entende devam ser excluídas as mercadorias a seguir identificadas:

- O produto código 4834 - Riunite Lancellotta 750 ml, cuja omissão de entradas monta 11.412 garrafas, porque não consideradas as 11.760 garrafas importadas através da NF 8602 apensa.
- Os produtos a seguir identificados por serem cestas compostas de diversos produtos que não são adquiridas desta forma e sim confeccionadas na empresa com produtos que devem estar compondo as omissões de saídas. Todavia, reconhece a falha gerencial e também identifica que esses produtos não podem caracterizar “omissão de entradas”.

| CÓDIGO | DESCRIPÇÃO | B. CÁLCULO | ICMS |
|--------|--------------------------|------------------|-----------------|
| 4077 | CESTA EMPRESA - 2007 | 19.260,00 | 3.274,20 |
| 4078 | CESTA NATALINA STANDARD | 446,00 | 75,82 |
| 4079 | CESTA STANDARD II - 2007 | 779,70 | 132,55 |
| 4080 | CESTA MASTER I - 2007 | 1.254,00 | 213,18 |
| 4082 | CESTA NATALINA PREMIUM | 1.845,00 | 313,65 |
| | TOTAL | 23.584,70 | 4.009,40 |

Dessa forma, excluídas as mercadorias que constam indevidamente da planilha do autuante, chega-se aos seguintes valores retificados para a omissão de entradas:

| OMISSÃO ENTRADAS | B. CÁLCULO | ICMS |
|-------------------|-------------------|------------------|
| PRODUTOS DIVERSOS | 357.179,16 | 63.556,16 |
| NF 8602 | -87.986,52 | -16.629,45 |
| Cestas | -23.584,70 | -4.009,40 |
| TOTAL | 245.607,94 | 42.917,31 |

Todavia, argüi que o valor a cobrar não pode ser o apurado pelos critérios levantados na planilha, porque dispositivo específico – IN 56/2007 – determina que, nos casos de presunção de omissão de saídas a base de cálculo deve ser apurada proporcionalmente às saídas tributadas no

período objeto do levantamento (Exercício de 2008), e a alíquota aplicável deve ser a média das aplicáveis nas saídas do mesmo exercício.

Na tabela que anexa, totaliza, por CFOP, as operações lançadas nos livros fiscais do exercício, onde observa que as saídas tributadas representam 90,35% das saídas totais, ficando a base de cálculo em R\$221.909,71 (90,35% de R\$245.607,94).

Saídas tributadas R\$3.470.811,21 / saídas totais R\$3.841.466,84 = 90,35%

| CFOP | VALOR CONT | B. CÁLCULO | DÉBITO | ISENTAS | OUTRAS |
|------|--------------|--------------|------------|------------|-----------|
| 5102 | 3.208.556,24 | 3.139.029,65 | 592.958,05 | 68.614,63 | 4.100,82 |
| 5152 | 501.277,00 | 326.002,36 | 86.878,47 | 165.822,25 | 0,00 |
| 5202 | 1.206,00 | 1.206,00 | 253,02 | 0,00 | 0,00 |
| 5209 | 712,65 | 480,00 | 129,60 | 0,00 | 232,65 |
| 5405 | 107.848,78 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 25.033,79 |
| 5409 | 17.635,77 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 17.635,77 |
| 5917 | 4.230,40 | 4.093,20 | 1.105,16 | 137,20 | 0,00 |
| SOMA | 3.841.466,84 | 3.470.811,21 | 681.324,30 | 234.574,08 | 47.003,03 |

A alíquota aplicável entende ser de 19,63%, apurada pela proporcionalidade entre o débito gerado R\$ 681.324,30 e as saídas tributáveis R\$3.470.811,21, sendo o valor devido igual a R\$45.560,88, apurado pela aplicação da alíquota de 19,63% sobre o valor da base de cálculo retificada e de acordo com a IN 56/07, de R\$221.909,71.

Na infração 08, nada alega, diante do reconhecimento da mesma, ao passo que para a infração 09 argumenta ser a mesma calcada nas informações apresentadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito e os valores são apurados por totais mensais, conforme planilha.

que a informação chega ao fisco por cada operação e, para que possa conferir os valores e se for o caso se defender, dependendo da apresentação dos relatórios fornecidos pelas administradoras, o que não foi feito pelo Fisco, situação na qual estaria caracterizado o cerceamento de defesa, na forma estipulada pelo artigo 18, inciso II, do RPAF/BA, devidamente transcrita.

Na infração 10, assegura ser insubstancial, pelo fato de que todos os recolhimentos foram efetuados conforme identificados na planilha apresentada, bem como documentos comprobatórios que anexa a título de prova.

Apesar de reconhecer o cometimento da infração 11, pontua tratar-se de caso onde se caracteriza o *bis in idem*. Sobre um mesmo fato tem-se duas multas aplicadas, ferindo as garantias constitucionais da legalidade, do devido processo legal e da proporcionalidade. Transcreve doutrina, concluindo que prosperando a infração anterior, resta esta infração insubstancial por absoluta falta de amparo legal para a sua aplicação (*non bis in idem*).

Nas infrações 13 e 14, reconhece as mesmas, nada alegando.

Na infração 15, argumenta que o autuante não comprovou e/ou demonstrou o fato que o leva a aplicar a multa, o que torna a infração nula ao teor do artigo 18, incisos II e IV, alínea “a”, do RPAF/BA.

Finalizando, aborda a infração 16, em relação à qual observa que vale-se o autuante dos valores das notas fiscais não escrituradas, listadas em planilha, e que utilizou para cobrar multas por falta de escrituração e por falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária parcial, multas estas já objeto de reconhecimento na infração 11 e de contestação na infração 12, para sobre o mesmo cobrar ICMS por presunção de omissão de saídas.

Tal acusação, ao seu entender, não pode prosperar porque o valor que se apresenta como base de cálculo, R\$140.111,69 é inferior ao valor das omissões de saídas encontradas em levantamento

quantitativo de estoques, objeto das infrações 07 e 08, respectivamente retificados: R\$ 245.607,94 por presunção (omissão de entradas) e R\$168.344,82 por omissão de saídas.

Assim, entende comprovado que a empresa cometeu uma infração (omissão de saídas) que pode ser apurada por diversos métodos: levantamento quantitativo de estoques e/ou falta de registro de pagamentos, contudo, todas configurando um mesmo fato gerador: a falta de registro de saídas de mercadorias tributáveis.

Reitera que resta caracterizado o *bis in idem*, já que a conduta praticada deveria resultar em apenas uma consequência jurídica. Aplicação de diversas sanções ao mesmo fato encontra-se em total desarmonia com ordenamento jurídico brasileiro razão pela qual esta infração não pode prosperar.

Finaliza, assegurando que o Auto de Infração somente pode subsistir no valor identificado na tabela a seguir, pedindo a declaração da procedência parcial do mesmo, no valor de R\$56.320,57.

| | INFRAÇÃO | Planilha | COBRADO | DEVIDO | OBS |
|----|-----------------|-----------------|-------------------|------------------|--------------|
| 1 | 02.01.01 | 1 | 30.204,67 | 706,75 | PROC PARTE |
| 2 | 02.01.04 | 2 | 203,46 | 186,27 | PROC PARTE |
| 3 | 03.02.02 | 3 | 559,43 | 271,80 | PROC PARTE |
| 4 | 03.02.02 | 4 | 435,19 | 330,75 | PROC PARTE |
| 5 | 03.02.04 | 5 | 37.960,41 | - | IMPROCEDENTE |
| 6 | 03.02.06 | 6 | 13.709,87 | - | IMPROCEDENTE |
| 7 | 04.05.02 | 7 | 63.556,16 | 45.560,88 | PROC PARTE |
| 8 | 04.05.03 | 7 | 50,00 | 50,00 | |
| 9 | 05.08.01 | 8 | 191.507,35 | - | NULO |
| 10 | 07.01.01 | 9 | 3.478,41 | - | IMPROCEDENTE |
| 11 | 07.15.01 | 10 | 8.070,77 | 8.070,77 | |
| 12 | 16.01.01 | 10 | 14.339,51 | - | NULO |
| 13 | 16.01.02 | 10 | 683,35 | 683,35 | |
| 14 | 16.02.01 | | 460,00 | 460,00 | |
| 15 | 16.05.11 | | 140,00 | - | NULO |
| 16 | 02.01.02 | 11 | 23.342,61 | - | IMPROCEDENTE |
| | | TOTAIS | 388.701,19 | 56.320,57 | |

Encaminhado para informação fiscal por parte do autuante, consoante documento de fl. 447, este, à fl. 448, se manifesta, literalmente: "*Em razão da peça de defesa apresentada pela autuada e apensada ao PAF nas páginas 406 a 420, com anexos a páginas 421 a 445, faz-se necessário a diligência fiscal possibilitando ao contribuição as informações necessárias a sua defesa.*

Em razão das alegações de defesa da Infração 09 onde a autuada alegou cerceamento de defesa em razão da não entrega dos relatórios com informações detalhadas das empresas administradoras de cartão, foi realização a primeira diligência fiscal.

Foi entregue a autuada relatório detalhado das operações com cartão de crédito e débito impressos em 218 folhas, com 4 páginas por folhas, além do referido arquivo em CD-ROM. Na oportunidade, a empresa foi intimada a apresentar Livros Fiscais e Contábeis do ano de 2007.

Após o prazo legal previsto de 10 (dez) previsto conforme consta no parágrafo primeiro do Artigo 18 do Dec. 76.291/99".

A seguir, foi emitida Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, datada de 13 de novembro de 2012, com o intuito, segundo ainda o autuante, de "...análise da peça de defesa apresentada em 01/11/2012 Protocolo SIPRO 214591/2012-1".

Consta nos autos (fls. 450 e 451) documento intitulado "diligência inicial", subscrito pelo autuante, nos seguintes termos: "Em razão da peça de defesa apresentada pela autuada e apensada ao PAF nas páginas 406 a 420, com anexos a páginas 421 a 445, contendo cópias do Livro de Apuração do ICMS mês 12/2007, cópias de DMA's, DAE's e procurações, faz-se necessário uma nova diligência fiscal.

Considerado, em especial as alegações de defesa relativa a Infração 09 onde a autuada alegou cerceamento de defesa em razão da não entrega dos relatórios com informações detalhadas das empresas administradoras de cartão, foi realização a primeira diligência fiscal.

Naquela oportunidade, 13/11/2012, foi entregue a autuada relatório detalhado das operações com cartão de crédito e débito impressos em 218 folhas, com 4 páginas por folhas, além do referido arquivo em CD-ROM. Na oportunidade, a empresa foi intimada a apresentar Livros Fiscais e Contábeis do ano de 2007.

A autuada através do PAF 238512/2012-6, datada de 07/12/2012, efetua em nova manifestação de defesa, a apresentação de uma planilha no padrão Excell contendo os dados presentes no relatório encaminhado em 13 de novembro e a indicação do número do cupom fiscal correspondente. Inicialmente, cabe considerar que a apresentação de uma planilha geral não é suficiente para esclarecer, dirimir e possibilitar a revisão dos valores apontados na mencionada Infração. Não há qualquer explicação ou comprovação dos elementos contidos na referida planilha.

Através da presente NOTIFICAÇÃO FISCAL fica a autuada intimada a observar a legislação do Processo Administrativo Fiscal, no que dispõe os artigos 123, 142, 143 (Dec. 76.291/99) sob pena de não ter as suas alegações de defesa apreciadas por falta de elementos de esclarecimentos e de comprovação.

Cabe reforçar que a apresentação de elementos de prova, novamente solicitados aplica-se a todos os itens da autuação que foram objeto de questionamento na petição de defesa inicial.

Após o prazo legal previsto de 10 (dez) previsto conforme consta no parágrafo primeiro do Artigo 18 do Dec. 76.291/99".

Consta às fls. 458 a 513 o relatório TEF relativo às operações realizadas com cartões pela autuada, no ano de 2008.

Nas folhas 516 a 518, manifesta-se a empresa autuada, no sentido de complementar as razões de defesa, especialmente a infração 09, onde após afirmar que efetivou o cotejamento das operações constantes na memória da fita detalhe, com o relatório supra, constatou que "a maioria das operações coincidentes nos dois parâmetros, o que significa terem as vendas sido recebidas através de cartões, conforme planilha 'recebimentos através cartões crédito/débito e respectivos cupons fiscais'...comprovando que R\$2.259.804,86 refere-se a recebimentos relacionados a cupons fiscais'.".

Destaca, ainda, que na infração 07, houve cobrança de presunção de omissão de saídas, via realização de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, de mesma natureza, embora apurado de forma diferente, o qual deve ser subtraído para evitar dupla tributação. Reitera, por fim, a procedência parcial da autuação.

Informação prestada pelo autuante (fl. 520), na qual, após breve histórico dos fatos, intima a autuada "a observar a legislação do Processo Administrativo Fiscal, no que dispõe os artigos 123, 142 143 (Dec. 76.291/99) sob pena de não ter as suas alegações de defesa apreciadas por falta de elementos de esclarecimento e de comprovação".

Novamente intimada (fls. 523 e 524), a empresa retorna ao feito, manifestando-se no sentido de que, exclusivamente em relação à infração 09, o autuante é quem não tem cumprido o ritual determinado na intimação, bem como não o fez em relação aos demais itens da autuação, ao menos não tendo conhecimento de tal fato, se ocorrido, o que a torna ineficaz. Mantém seu posicionamento inicial, quando da apresentação da peça defensiva.

No documento "Informação Fiscal 03" (fls. 532 a 539), o autuante enfrenta as alegações defensivas, informando, em relação à infração 01, que não tendo os livros fiscais sido apresentados pela empresa, ainda que intimada a tal, faltam elementos para permitir considerar e confirmar as alegações defensivas, motivo pelo qual mantém a autuação.

Na infração 02, acata as alterações propostas pelo sujeito passivo, reduzindo o débito para R\$186,27.

Quanto a infração 03, mantém os valores lançados.

No tocante à infração 04, de igual forma, acata a argumentação defensiva posta, o que a reduziu para R\$330,75.

Já a infração 05, pelo mesmo motivo apresentado em relação à primeira infração, mantém o lançamento.

Mesmo procedimento adota em relação à infração 06, sob o argumento de que o contribuinte não exerce, segundo cadastro da SEFAZ, a atividade de comércio atacadista como principal, e sim comércio varejista, consoante se denota no documento de fl. 12, razão pela qual não faz jus a redução de base de cálculo de 55,55%, e sim, 30%.

Para a infração 07, informa que a alegada necessidade de ajustes no levantamento em relação a alguns itens do lançamento mostra-se correto, acatando a correção quanto as omissões de entrada do produto com o código 4834. Também reconhece pertinente as alegações defensivas em relação aos produtos de códigos 4077, 4078, 4079, 4080 e 4082, relativos a cestas natalinas confeccionadas pela empresa. Daí resulta redução do valor lançado, para R\$45.560,88.

Como a infração 08 foi reconhecida como devida pela defendant, se abstém de qualquer outro comentário.

Quanto à infração 09, não acolhe a argumentação defensiva, e a mantém.

Para a infração 10, da mesma forma que outras anteriores, acolhe a argumentação defensiva.

Infração 11: diante do reconhecimento da autuada, nada há que se falar.

Em relação à infração 12, não acolhe a argumentação defensiva posta, pelo fato de que de trata de infração distinta da infração 11, inexistindo, ao seu entender, *bis in idem*.

As infrações 13 e 14 foram devidamente reconhecidas pela autuada.

Ao seu turno, na infração 15, argumenta que a empresa autuada detém as DMAs enviadas para a Secretaria da Fazenda, além do que às fls. 344 a 361 apensou cópias de tais documentos, os quais demonstram as omissões e inconsistências das informações prestadas. Desta maneira, mantém a autuação.

Por último, na infração 16, igualmente acata a argüição defensiva, pelo fato desta infração já compor a de número 07. Elabora demonstrativo analítico, com redução do débito para R\$343.703,26.

Intimada para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 574, 581, 584), a empresa não se manifestou, o que levou ao encaminhamento do processo a este Conselho, para julgamento. Distribuído, o feito foi convertido em diligência, a fim de que fossem entregues cópia da informação fiscal à empresa, bem como dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, além de reabrir o prazo para apresentação de defesa em trinta dias (fl. 588).

Mais uma vez (fls. 591 e 592), em função de nova intimação, a autuada retorna ao processo, para informar que apenas recebeu Cópia do Relatório TEF (fls. 458 a 515), cópia de documentos conhecidos, anteriores à Informação Fiscal 3 (fls. 516 a 520), cópia da Informação Fiscal 3, (fls. 532 a 539) e cópia da Diligencia (fl. 588), ficam como lacunas: as folhas 521 a 531 e as folhas 540 a 587, das quais desde já registra não ter conhecimento.

Expõe entendimento de restar reaberto o prazo de defesa para a Infração 09 e o de Manifestação para as demais infrações, reportando-se nos seguintes termos:

Quanto à infração 09, inicia sua argumentação, externando entendimento de que diante da determinação contida no artigo 127, § 6º, do RPAF/BA, a Informação Fiscal não foi prestada com os requisitos exigidos.

Argumenta que trouxe ao feito diversos documentos, os quais provam as suas alegações, ainda que em meio digital, o que possibilitaria conferir se os cupons fiscais que foram os realmente emitidos: “a leitura da MFD – memória de fita detalhe”, de todos os equipamentos utilizados no estabelecimento.

Fala que o maior elemento de prova sobre documentos fiscais emitidos por ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, normatizado pelo fisco de todos os Estados da Federação. Este documento não foi verificado nem citado pelo Autuante, que, parece, não ter sequer aberto a mídia digital completamente, para apreciar as provas ali contidas.

Diz que a prova foi anexada em meio digital porque não há outro meio de apresentá-la e, se impressa, consumiria milhares de folhas de papel para gerar um documento sem possibilidades de manipulação, sendo que, para comprovar a existência do documento imprime algumas folhas da listagem da MFD, correspondente ao equipamento BE0305SC95510301522, alertando que foram juntados os relatórios de mais duas máquinas, de semelhante conteúdo, o que lhe impede de imprimir, pelas razões já argüidas, tamanho volume de papel.

Após discorrer sobre os equipamentos de uso fiscal, observa que tudo indica que o autuante não observou as MFDs anexadas e não as verificou, o que macula todo o seu trabalho e não oferece respostas aos questionamentos levantados.

Depois de reconhecer que operações registradas como recebimento na condição “dinheiro” foram na realidade recebidas por meio de cartão de crédito/débito, sendo falha fartamente observada na atividade de varejo, que contraria as determinações contidas no artigo 238, § 7º, do RICMS/BA/1997.

Como o procedimento adotado foi irregular, entende que a coincidência de data e valor entre recebimentos informados e cupons fiscais emitidos, é a prova possível de ser trazida ao processo para demonstrar que não foram realizadas vendas sem emissão de documentos fiscais, neste sentido coteja os valores informados pelas administradoras (contidos em relatórios apresentados pelo fisco), com os cupons emitidos. Na impossibilidade de imprimir volume substancial de cupons fiscais e visando facilitar o trabalho de conferência daqueles que apreciarão o processo, apresentamos a MFD.

Também informa estar anexando ao processo planilha na qual relaciona os recebimentos informados pelas Administradoras para os quais não localizou emissão de cupom fiscal de correspondente data e valor, o que o leva a reconhecer como devida parte da exigência fiscal, por não ter conseguido coletar elementos de prova, juntando impressas algumas cópias da referida planilha, para identificá-la.

Afirma ser o valor total remanescente de R\$500.100,26, relativamente a presunção de omissão de saídas de mercadorias, constatada através de recebimentos através de cartões de débito/crédito, dos quais R\$245.607,94 já cobrados na Infração 07, que exige ICMS por omissão de saídas apurada por presunção, através de levantamento quantitativo de estoques.

Restariam R\$254.492,32 de valor de presunção. Para apurar a base de cálculo deve-se então aplicar a proporcionalidade de saídas tributadas, que apurou em 90,35%, cuja base de cálculo seria em R\$229.933,81.

Para apuração do imposto, afirma ter aplicado a proporcionalidade da alíquota, cujo resultado foi de 19,63%, incidente sobre a base de cálculo retificada, resultaria num débito de R\$45.136,01, que reconhece.

Repete que as provas anexas em meio magnético estão disponíveis tanto para o Autuante quanto para que, caso o Autuante não possua ferramentas necessárias à sua manipulação, devendo o CONSEF, em diligencia, requisitar profissional especializado em ECF, existente dentro do próprio quadro de pessoal da SEFAZ.

Por serem as MFD's documentos fiscais originados de equipamentos homologados pela SEFAZ, e diante da inviabilidade funcional e financeira da reimpressão física de milhares e milhares de cupons, e demais razões expostas, acredita ter fornecido robusta prova nos atos defensivos em questão, pleiteando o acolhimento da relação entre os cupons e valores informados pelas administradoras.

De relação à infração 01, argumenta que as provas já foram anexadas ao processo. Razão esta de não as ter entregue novamente quando intimados pelo Autuante. As mesmas demonstram claramente falha de escrituração comprovado por informação correta na DMA.

Quanto aos argumentos sobre integridade de livros fiscais, entende não passar de tentativa desesperada de manter um lançamento que ficará caracterizado como tentativa de enriquecimento ilícito do Estado, algo que o órgão julgador irá zelar para não acontecer.

Por outro lado, a existência de saldo credor no inicio de atividade é comum nas atividades empresariais, por conta da formação de estoques.

Para a infração 03, aduz que a irrelevância do valor o leva a sequer contestar o irregular entendimento do Autuante que, tem certeza, não será acolhido pelo órgão julgador.

Na infração 05, posiciona-se pela clareza da defesa apresentada, e uma confusa interpretação do autuante, mais uma vez na tentativa de não buscar a verdade material o que culminaria novamente com o enriquecimento ilícito do Estado.

Para as infrações 06, 12 e 15, entende a defesa suficientemente clara.

Retornando para conhecimento e manifestação do autuante, este, no documento que denomina "Notificação 04", entende ser necessária a reabertura de prazo para pronunciamento do mesmo, em virtude da alegação defensiva de que não recebeu cópia dos mesmos.

Mais uma vez, intitulado (fls. 631 e 632), o contribuinte não compareceu ao processo.

Tendo em vista o afastamento do relator inicialmente responsável pelo processo, foi o mesmo redistribuído.

Em 13 de maio de 2015, o feito foi convertido em diligência, com o fito de que houvesse posicionamento do autuante em relação aos demonstrativos colacionados pelo autuado, bem como aos valores por ele apontados como corretos, após a aplicação da proporcionalidade e alíquota média, frente ao levantamento quantitativo por espécie de mercadorias realizado (fl. 639), o que redundou no documento de fls. 642 a 648, onde, inicialmente, o mesmo adentra em diversas considerações acerca da motivação do pedido, contestando-o, fazendo uma remissão dos fatos até então ocorridos no processo.

Quanto ao solicitado, indica que a nova peça de defesa de fls. 594 a 600, se atém com ênfase à Infração 09, dela tratando os anexos presentes nas folhas 601 a 618, em relação à qual, considera que não houve o correto e adequado exame dos elementos elencados na peça de defesa anterior, discorrendo sobre aspectos técnicos aliando ainda a necessidade de redução do montante

apurado como base de cálculo da mesma, o valor apurado para a Infração 07, reconhecida como devida, dado o fato de que ambas as infrações tratavam de ICMS sobre a presunção de omissões, tendo o autuante se posicionado no sentido de que, após o exame da nova peça de defesa, os elementos apensados e argumentos desenvolvidos, que confirmam os valores iniciais apurados, é correto e pertinente à alegação da autuada e sua proposição de abatimento da base de cálculo da Infração 09, da base de cálculo apurada na Infração 07 e já reconhecida como devida na peça de defesa anterior, tendo elaborado planilhas com a correção dos valores de Base de Cálculo e de ICMS apurado para a infração, o que resultou na alteração do valor de ICMS de R\$191.507,35 para R\$45.136,01 como apontado na fl. 598.

Para as demais infrações, assim se posiciona: Para a infração 01, diz inexistir qualquer novo elemento de defesa ou alegação que o leve a reconsiderar a infração, destacando que um dos aspectos que levou a disponibilizar o acesso às páginas do PAF não recebidas pela autuada foi o documento emitido e assinado por um dos diretores da empresa para justificar a não apresentação dos Livros e Demonstrativos Contábeis do ano de 2007 (fl. 540).

Afirma que tais documentos permitiriam dirimir a dúvida existente quanto ao saldo credor do ICMS, existente ou não em Dezembro/2007 e transportado para Janeiro de 2008, mas apenas na DMA, não no Livro de Apuração do ICMS, o que causa espanto, tendo os elementos de análise elencados na Informação Fiscal (fls. 535 e 536) expressam a dúvida existente quanto ao mencionado saldo credor transportado para o mês de Janeiro/2008, além do que o alegado extravio informado mediante declaração mencionada, não se fez acompanhar de qualquer elemento de comprovação, inclusive com a responsabilização dos envolvidos, nem com a apresentação de qualquer outro elemento que pudesse atender, ainda que parcialmente, a solicitação do autuante, e mesmo considerando que o contribuinte não apresentou os livros e demonstrativos contábeis do ano 2007, apresentando para o não da intimação a alegação de extrativo dos livros e documentos, considera que não há os elementos para comprovar a irregularidade.

Nesse sentido, considera não ter a empresa autuada reunido os elementos necessários para sustentar a cobrança do valor constante no Auto de Infração relativo ao mês de Janeiro no valor de R\$29.437,92 mantendo o valor de R\$706,75 correspondente ao mês de Dezembro/2008 e reconhecido pela autuada.

Nas infrações 03, 05, 06, 12, e 15, assevera não haver qualquer novo elemento na nova peça de defesa que leve a revisão da informação efetuada na Informação Fiscal prestada anteriormente. Por fim, esclarece que as informações acima são complementares a Informação Fiscal prestada nas fls. 532 a 539, cujos anexos comprobatórios das refutações presentes nas fls. 540 a 570.

Elabora o seguinte demonstrativo para a infração 09:

| | INFRAÇÃO | AUTO DE INFRAÇÃO | RECONHECIDO PELA AUTUADA | AJUSTE APÓS DEFESA 1 | AJUSTE APÓS DEFESA 2 | OBS PEÇAS DE DEFESA | VALORES FINAIS PARA JULGAMENTO CONSEF |
|----|----------|------------------|--------------------------|----------------------|----------------------|---------------------|---------------------------------------|
| 1 | 02.01.01 | 30.204,67 | 706,75 | 30.144,67 | 706,75 | ACATADO | 706,75 |
| 2 | 02.01.04 | 203,46 | 186,27 | 186,27 | | ACATADO | 186,27 |
| 3 | 03.02.02 | 559,43 | 271,80 | 559,43 | | NÃO ACATADO | 559,43 |
| 4 | 03.02.02 | 435,19 | 330,75 | 330,75 | | ACATADO | 330,75 |
| 5 | 03.02.04 | 37.960,41 | - | 37.960,41 | | NÃO ACATADO | 37.960,41 |
| 6 | 03.02.06 | 13.709,87 | - | 13.709,87 | | NÃO ACATADO | 13.709,87 |
| 7 | 04.05.02 | 63.556,16 | 45.560,88 | 45.560,88 | | ACATADO | 45.560,88 |
| 8 | 04.05.03 | 50,00 | 50,00 | 50,00 | | RECONHECIDO | 50,00 |
| 9 | 05.08.01 | 191.507,35 | - | 191.507,35 | 45.136,01 | ACATADO | 45.136,01 |
| 10 | 07.01.01 | 3.478,41 | - | - | | EXCLUIDA | - |
| 11 | 07.15.01 | 8.070,77 | 8.070,77 | 8.070,77 | | RECONHECIDO | 8.070,77 |

| | | | | | | | |
|----|----------|------------|-----------|------------|--|-------------|------------|
| 12 | 16.01.01 | 14.339,51 | - | 14.339,51 | | NÃO ACATADO | 14.339,51 |
| 13 | 16.01.02 | 683,35 | 683,35 | 683,35 | | RECONHECIDO | 683,35 |
| 14 | 16.02.01 | 460,00 | 460,00 | 460,00 | | RECONHECIDO | 460,00 |
| 15 | 16.05.11 | 140,00 | - | 140,00 | | NÃO ACATADO | 140,00 |
| 16 | 02.01.02 | 23.342,61 | - | - | | EXCLUÍDA | - |
| | TOTAL | 388.701,19 | 56.320,57 | 343.703,26 | | | 167.894,00 |

Devidamente intimado por meio de edital (fl. 660), diante do fato de que não lograram êxito as tentativas de científicação da diligência através da via postal (fls. 653 a 659), a empresa autuada não compareceu ao processo.

VOTO

O lançamento constitui-se em dezesseis infrações arroladas pela fiscalização, objeto da contestação por parte do sujeito passivo, exceto as de número 08, 11, 13 e 14, as quais não fazem parte da lide. Por tal razão, as tomo como procedentes.

Apreciando -as, inicialmente, registro a dificuldade já amplamente exposta de apreciação de lançamentos de tal magnitude de infrações, que criam dificuldades para todos os envolvidos no processo, aí incluído o julgador, na esperança de que tal situação seja devidamente avaliada e alterada, facilitando o andamento do processo.

Outra observação necessária, diz respeito ao fato de que o autuante, já em sua primeira informação fiscal, ter, por sua vontade, observado que "*Em razão da peça de defesa apresentada pela autuada e apensada ao PAF nas páginas 406 a 420, com anexos a páginas 421 a 445, faz-se necessário a diligência fiscal possibilitando ao contribuinte as informações necessárias a sua defesa*", prática recorrente ao longo do feito, sempre determinando prazos e procedimentos a serem adotados pelo sujeito passivo.

O processo administrativo fiscal deve primar pela obediência a diversos princípios, sobretudo o da busca da ampla defesa e do contencioso, constitucionalmente previsto, sendo este princípio amplamente consagrado e praticado neste Órgão julgador.

Todavia, observo que inexiste competência legal para que o autuante, ou quem quer que seja, determine reabertura de prazo a contribuinte, ou qualquer outro procedimento de movimentação do processo nesta fase de julgamento, vez ser esta atribuição exclusiva do julgador administrativo, além do que o prazo "reaberto" pelo autuante além de ilegal em função da sua incapacidade, fere a determinação legal quanto aos dias a serem concedidos para a realização ou prática de atos, motivo pelo qual o processo foi convertido em diligência, de forma acertada, pelo relator anterior, para a Inspetoria de origem visando o devido saneamento.

Por outro lado, a assertiva defensiva de que, por ocasião de realização de diligência, não lhe teriam sido entregues as folhas 521 a 531 e as folhas 540 a 587, das quais não teria conhecimento, verifico que as mesmas referem-se apenas a e-mail do autuante encaminhando ao Conselho cópia da sua manifestação (fl. 521), dados cadastrais da empresa (fl. 522), intimação encaminhada ao advogado da autuada (fl. 523), AR de entrega da mesma ao representante do contribuinte (fl. 524), Termo de Juntada (fl. 525), protocolo de manifestação do sujeito passivo (fl. 526), manifestação da empresa autuada (fls. 527 a 530), mídia contendo cópia em meio magnético da mesma (fl. 531), declaração da sócia da empresa a respeito de extravio de livros e documentos (fl. 540), dados cadastrais extraídos do sistema da SEFAZ (fl. 541), cópia reprográfica do livro Registro de Saídas 0003 (fls. 543 a 566), cópia do livro Registro de Apuração do ICMS 0003 (fls. 567 a 570), e-mail do autuante para o conselho de Fazenda (fl. 571), cópia de dados cadastrais (fls. 572 e 573), Intimação dirigida à empresa autuada (fl. 574), envelopes contendo as intimações realizadas, dirigidas ao advogado da empresa, estabelecimento e sócia da autuada (fls. 575 a 583), Intimação dirigida a sócio da empresa (fl. 584), Aviso de Recebimento (fl. 585), despacho da DAT/METRO (fl. 586), Protocolo da solicitação de diligência (fl. 587), os quais, além

de muitos estarem em poder ou pertencerem ao autuado, ou por ele recebidos, não trazem qualquer prejuízo à sua defesa, não podendo tal argumento ser acatado.

De relação ao pedido de diligência realizado, de plano o indefiro, por entender que os dados constantes no processo serem suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, o qual estabelece 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 a verificação for considerada impraticável.

É preciso se observar que o não deferimento do pedido não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do acima mencionado artigo 147 do RPAF/99.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do

seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa.

Além disso, o processo já foi devidamente convertido em diligência pelo Relator anterior, para, inclusive, sanar grave irregularidade praticada pelo autuante, o qual, de forma indevida e imprudente, extrapolando da sua competência legal, indevidamente concedeu reabertura de prazo processual para a autuada, além do que este próprio relator de igual forma, também determinou a realização de nova diligência, em relação à qual, inclusive, não houve manifestação da autuada.

Quanto as infrações lançadas, no mérito, aprecio a primeira delas, a qual diz respeito a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, a autuada, em sua defesa, alegou ser erro de escrituração (mês de janeiro), enquanto que em dezembro, não tinha visto qualquer equívoco, razão pela qual se eximia de tecer maiores comentários, para em seguida acolher como devido o valor de dezembro de 2008, tendo o autuante, por sua vez, mantido a cobrança do valor de janeiro do mesmo ano.

A matéria demanda apenas e tão somente a prova material. Os livros fiscais que demonstrariam equívocos do autuante foram trazidos ao processo (fl. 421). A DMA é um instrumento acessório, que deve guardar a devida semelhança e coerência com os livros fiscais, não podendo deles dissociar-se.

Como dito acima, a autuada fez a juntada da folha 25 do Livro de Apuração nº 3, referente ao exercício de 2007, no mês 12/2007, apontando que a apuração registrava saldo credor de R\$67.398,33 que não foi lançado no mês seguinte, 01/2008, embora tenha sido corretamente informado na DMA 01/2008 apresentada tempestivamente, comprovando que, efetivamente, deixou de considerar o saldo existente no mês de dezembro de 2007, e transportá-lo para janeiro de 2008, o que elide a acusação para este mês, vez que estribada no elemento de prova necessário, o que leva à manutenção parcial da infração, remanescente apenas a acusação relativa ao mês de dezembro de 2008, no valor de R\$706,75.

Para a infração 02, tendo o autuante acatado os argumentos defensivos trazidos ao feito, reduzindo o débito para R\$186,26, acolho tal valor, ficando a mesma mantida de forma parcial, neste montante indicado.

Quanto à infração 03, contestada parcialmente pela autuada, em relação a aplicação da alíquota indevida de 17% sobre o valor de operações interestaduais com contribuintes, e em momento posterior afirmar que a irrelevância do valor leva a sequer contestar o irregular entendimento do

autuante, o qual mantém os valores lançados. Com efeito, da leitura da planilha à fl. 44, denota-se que mercadorias do Estado da Bahia tiveram alíquotas aplicadas de 7%, não sofreram tributação, quando a alíquota aplicável era de 17%, o que me leva a manter a autuação tal como realizada (R\$559,43).

No tocante à infração 04, a defesa traz como argumento ter sido indevidamente cobrado ICMS à alíquota de 17% sobre o produto "vinagre" (em suas diversas denominações), que é tributado com redução da base de cálculo para que a carga tributária resulte em 7%, conforme artigo 87, inciso XXXI, do RICMS/97 de igual forma, acata a argumentação defensiva posta, o que a reduziu para R\$330,75, tendo o autuante aceito tal tese, diante da efetiva previsão normativa de redução de base de cálculo, motivo pelo qual a mesma é parcialmente procedente neste valor.

Já a infração 05, a empresa autuada defende que o saldo credor de R\$ 37.960,41 que deveria ter sido registrado na apuração do mês de janeiro de 2008 para ser transferido para o mês seguinte, não o foi no Livro, porém foi feito na DMA pelo mesmo motivo apresentado em relação à primeira infração, à qual está ligada, fato não acolhido pelo autuante. Todavia, na infração 01, o saldo credor do mês de dezembro de 2007 já foi devidamente considerado na apuração do mês de janeiro de 2008, em atenção ao próprio regramento do imposto, razão pela qual, fica a mesma mantida em sua inteireza, no total de R\$ 37.960,41.

Para a infração 06, que trata da redução indevida de base de cálculo, a defesa estriba-se no argumento de que a redução da base de cálculo de 55,55% utilizada para as operações de saídas dos produtos listados, está correta, vez ser, à época dos fatos, beneficiada pelo incentivo dado pelo Decreto 7799/00, que permitiria redução de 55,55% no seu artigo 3º - F, com a redação dada pelo Decreto 10.316, de 11/04/07, vigente no período de realização das operações, no que foi refutada pelo autuante, sob o argumento de ser empresa varejista, e consequentemente não beneficiária de mencionado Decreto.

De fato, em pesquisa no sistema de cadastro da SEFAZ, para o ano de 2008, constato que a empresa possuía a atividade de "comércio atacadista de bebidas", figurando na condição de atacadista até o ano de 2013, para a inscrição estadual do estabelecimento autuado (065.232.384).

Desta forma, o argumento defensivo há de prevalecer, pelo motivo de que, efetivamente, na condição de estabelecimento atacadista, o sujeito passivo figurava como beneficiário do Decreto 7.799/00, e como tal, passível de utilizar a redução de base de cálculo aplicada nas operações realizadas, como se depreende da redação do mencionado diploma:

"Art. 3º-F. Nas operações internas realizadas por contribuintes que se dediquem à atividade de comércio atacadista, com as mercadorias relacionadas ao CNAE 4635-4/99 -comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente, cuja alíquota incidente na operação seja de 27% (vinte e sete por cento), destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo poderá ser reduzida em 55,55% (cinquenta e cinco inteiros e cinqüenta e cinco centésimos por cento) de tal forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (doze por cento)."

Assim, a infração é julgada improcedente.

No tocante à infração 07, analisarei conjuntamente com a infração 09, vez que as mesmas se reportam a omissão de saídas de mercadorias, seja por realização de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado, (a primeira), seja por presunção de vendas sem emissão de notas fiscais apurada através de vendas na modalidade cartão de crédito/débito, relativas ao exercício de 2008.

A tese defensiva, é a de que, na infração 07, deveriam ser expurgados diversos produtos, além do que o autuante embora apurado valores de entradas maiores do que as saídas, lançou o valor daquelas, com o qual não concorda. Já para a infração 09, apegue-se ao argumento de que não foi aplicada a IN 56/2007 que determina que, nos casos de presunção de omissão de saídas a base de cálculo deve ser apurada proporcionalmente às saídas tributadas no período objeto do

levantamento, e a alíquota aplicável deve ser a média das aplicáveis nas saídas do mesmo exercício.

O autuante, inicialmente, em sede de informação fiscal, acata ajustes apontados pela empresa quanto as omissões de entrada do produto com o código 4834, bem como em relação aos produtos de códigos 4077, 4078, 4079, 4080 e 4082, relativos a cestas natalinas confeccionadas pela empresa, ajustando o valor lançado para R\$45.560,88, ao passo que num segundo momento, quando da realização de diligência, manifesta-se no sentido de existir a necessidade de redução do montante apurado como base de cálculo, o valor apurado par a Infração 07, reconhecida como devida, dado o fato de que ambas as infrações tratavam de ICMS sobre a presunção de omissões, se posicionando no sentido de que, após o exame da nova peça de defesa, os elementos apensados e argumentos desenvolvidos, que confirmam os valores iniciais apurados, acolhe a alegação defensiva e sua proposição de abatimento da base de cálculo da Infração 09, da base de cálculo apurada na Infração 07 e já reconhecida como devida na peça de defesa anterior, elaborando novas planilhas com a correção dos valores de Base de Cálculo e de ICMS apurado para a infração, o que resultou na alteração do valor de ICMS de R\$191.507,35 para R\$45.136,01 como apontado na fl. 598.

Em verdade, analisando o feito, constato que para a infração 07, embora tenha apurado corretamente os valores, o autuante indicou que o maior valor monetário seria o das saídas de mercadorias, quando, em verdade, conforme apontado pelo sujeito passivo, o maior valor monetário é o das entradas, não tendo, em qualquer momento, o autuante se manifestado acerca tal equívoco, o que, entretanto, não traz qualquer prejuízo para o entendimento da infração, visto que o próprio autuado refez os cálculos, baseado nos documentos fiscais que indica, o que denota, de forma cristalina, que entendeu perfeitamente a acusação.

Quanto à análise da mesma, os fatos geradores só podem decorrer da realização dos aspectos previstos na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defeso os lançamentos tributários embasados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

O exame em questão demanda apenas e tão somente, análise de questão material, vez se tratar de matéria eminentemente fática, e consequentemente, necessita da prova.

Isso diante do fato de tal procedimento de auditoria de estoques estar previsto na legislação vigente à época dos fatos geradores, e encontrar-se disciplinado na Portaria nº 445/98 e tem como objetivo “*conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária*”.

Na forma da legislação e de acordo com o entendimento já sedimentado neste CONSEF, a constatação de omissão de saídas de mercadorias, seja real ou presumida, apurada mediante a aplicação do roteiro de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Assim, o procedimento fiscal que redundou no lançamento, pode ser resumido em uma fórmula das quantidades físicas de entradas e saídas de cada mercadoria no exercício, bem como daquelas existentes nos estoques inicial e final (estoque inicial + entradas – estoque final = saídas reais), sendo que o resultado da equação deve ser comparado com as quantidades da mesma mercadoria saídas do estabelecimento por meio de notas fiscais, a fim de se verificar a ocorrência, ou não, de diferenças nas entradas ou nas saídas de mercadorias.

Daí podemos ter três resultados. Se o resultado for zero, inexistem diferenças; se positivo, verifica-se omissão de saídas; caso negativo há omissão nas entradas de mercadorias. Na

situação dos autos, verifico que, nos exercícios de 2008 e 2009, foram constatadas omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do respectivo imposto.

O sujeito passivo, para comprovar a sua negativa do cometimento da infração poderia trazer elementos consistentes como meio de prova de que não praticou a mesma, além de poder apontar erros que eventualmente as autuantes pudessem ter cometido, o que ocorreu, tendo os argumentos sido acatados, tanto para as entradas, quanto para as saídas.

De relação à base de cálculo das omissões apuradas, deve ser aplicada a regra contida no artigo 13, inciso II, alíneas "a", "b" e "c", que determinam:

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

(...)

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")."*

Note-se que, contrariamente ao entendimento da autuada, em momento algum a norma fala em aplicação de proporcionalidade ou alíquota média.

Do cálculo realizado pela autuada na sua peça defensiva, observo que o maior valor monetário é o das entradas, o qual persiste até mesmo após os devidos ajustes propostos e acatados. Vejo, todavia, que o mesmo se baseou na exclusão das parcelas relativas a nota fiscal 8602, correspondente a importação do produto codificado sob o número 4834 (Riunite Lancellotta 750 ml.), não lançada no originalmente nas planilhas elaboradas pelo autuante, bem como a exclusão dos produtos 4077, 4078, 4079, 4080 e 4082, todos cestas de natal, confeccionados pela própria empresa autuada, a partir de produtos adquiridos isoladamente por ela.

Pois bem: a base de cálculo original para a infração era de R\$373.859,76, devidamente indicada na fl. 01 para a infração, da qual foram retirados R\$87.986,52 e R\$23.584,70, correspondente aos produtos acima mencionados, o que totaliza uma exclusão de R\$111.571,22. Daí resulta um valor de base de cálculo de R\$262.288,51, (R\$ 373.859,76 - R\$111.571,22), sobre a qual aplicada a alíquota de 17% resulta 589,05. O cálculo efetuado pela autuada e aceito indevidamente pelo autuante, ao invés de uma base de cálculo inicial de R\$373.859,76, utiliza o valor de R\$357.179,16, sem qualquer especificação quanto ao cálculo efetuado para se chegar a tal valor. Observo que o autuante não teve o devido e necessário cuidado de recalcular ou verificar os valores indicados pela autuada, acolhendo sem qualquer óbice, os valores erroneamente apontados pela autuada, motivo pela correção ora realizada.

Já na infração 09, muito embora a autuada tenha acostado ao feito em mídia as MFDs dos equipamentos emissores de cupom fiscal que utiliza, fazendo expressa menção a tal fato, inclusive falando da dificuldade, frente ao volume de material de apensá-lo em meio físico, o autuante sequer teceu qualquer observação ou comentário a respeito, inclusive por ocasião da

realização da diligência, na qual se procurou verificar a consistência da acusação fiscal, preocupando-se mais em desqualificá-la do que atendê-la, e embora esteja patente erro cometido pelo sujeito passivo, ao confessar que operações registradas como recebidas em dinheiro, o foram, em verdade, recebidas por intermédio de cartões de crédito/débito, procedimento contrário ao regramento normativo.

Desta forma, entendo que em função de tal omissão, a infração carece da necessária segurança, prevista no artigo 18, inciso IV, alínea "a", o qual dispõe que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Assim, entendo que a infração 07 deverá ser mantida, ainda que ajustada, como devidamente demonstrada acima, no valor de R\$44.589,05, ao passo que a infração 09 não pode subsistir, vez que nula.

Já a infração 08 fica mantida, diante da não impugnação pela autuada, conforme já visto anteriormente.

Relativamente à infração 10, a autuada indica ter realizados os pagamentos apontados na autuação, acolhida pelo autuante, ao qual me alio. Infração insubstancial.

Quanto à infração 11, fica mantida, até pelo fato de não ter sido objetivamente impugnada pelo sujeito passivo, senão relativamente ao argumento de *bis in idem* frente à infração 10, o qual não pode prosperar, pelo fato de tratarem-se de lançamentos distintos. Aqui, antecipação parcial, e na anterior substituição tributária, inexistindo, pois, tal figura. Subsiste o valor de R\$8.070,77.

Quanto à infração 12, trata-se de aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de registro nos livros fiscais próprios, de operações tributadas, alegando a defesa a existência de *bis in idem*, o que levaria a infração à declaração de nulidade, no que não foi acolhido pelo autuante. No caso, entendo não assistir razão ao sujeito passivo. As notas fiscais não foram efetivamente lançadas nos livros fiscais, e ainda que cobrada antecipação ou substituição tributária, tratam-se de infrações autônomas, o que não invalida tal cobrança. Infração mantida.

Nas infrações 13 e 14, diante do reconhecimento das mesmas pelo contribuinte, nada alegando, qual ficam as mesmas mantidas.

Para a infração 15, a defesa estriba-se no fato de que entende não comprovado e/ou demonstrado o fato que levou à aplicação da multa, o que tornaria a infração nula, tendo o autuante mantido a autuação. Com efeito, às fls. 344 a 361 dos autos, constam diversas DMAs. Todavia, em momento algum, embora afirme o contrário, o autuante indicou quais seriam as inconsistências, ou equívocos, o que se constitui em claro cerceamento de defesa ao contribuinte, o qual não teve o devido conhecimento das eventuais inconsistências dos documentos, o que me leva a julgar a infração nula, nos termos do artigo 18, inciso II do RPAF/99.

Finalmente, na infração 16, reporta-se a presunção de "omissão de saídas de mercadorias tributadas", por não ter registrado notas fiscais na sua escrituração. A rigor, a figura da "omissão de saídas" é uma só e assim deveria ser tratada no lançamento, independentemente dos motivos ou razões que motivaram tal constatação. Tanto a infração 07, quanto a infração 09 referem-se a constatação de "omissão de saída". Além disso, esta infração somente seria cabível, se a falta de escrituração fosse constatada na escrituração contábil da empresa, o que não se tornou possível, frente ao fato de ter a mesma alegado extravio dos livros contábeis, motivo pela não apresentação dos mesmos.

Por tal fato, não posso acatar tal lançamento, julgando a infração improcedente, fato até mesmo reconhecido num segundo momento pelo autuante, e que, caso contrário, se caracterizaria como *bis in idem*, conforme pontuado pela defesa.

Por tais razões, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado Procedente em Parte, e, em resumo, o lançamento apresenta a seguinte composição de valores:

| | | |
|-------------|-----------------------|-----------|
| Infração 01 | R\$ 706,75 | Multa 50% |
| Infração 02 | R\$ 186,26 | Multa 60% |
| Infração 03 | R\$ 559,43 | Multa 60% |
| Infração 04 | R\$ 330,75 | Multa 60% |
| Infração 05 | R\$ 37.960,41 | Multa 60% |
| Infração 06 | IMPROCEDENTE | |
| Infração 07 | R\$ 44.589,05 | Multa 70% |
| Infração 08 | R\$ 50,00 | |
| Infração 09 | NULA | |
| Infração 10 | IMPROCEDENTE | |
| Infração 11 | R\$ 8.070,77 | Multa 60% |
| Infração 12 | R\$ 14.339,51 | |
| Infração 13 | R\$ 683,35 | |
| Infração 14 | R\$ 460,00 | |
| Infração 15 | NULA | |
| Infração 16 | IMPROCEDENTE | |
| TOTAL | R\$ 107.936,28 | |

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 **206837.0006/12-7** lavrado contra **CASA DOS VINHOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$92.403,42**, acrescido das multas de 50% sobre R\$706,75, de 60% sobre R\$47.107,62 e de 70% sobre R\$44.589,05, previstas, respectivamente, no artigo 42, incisos I, alínea "a", II, alíneas "a", "c", "d", e III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$15.532,86**, previstas nos incisos IX, XI, XX e XXII, do mencionado artigo 42 da supracitada Lei, e dos demais acréscimos moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala de Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ- JULGADORA