

A. I. N° - 110427.0018/05-5
AUTUADO - CEDEP COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTE - NELIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 26. 05. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0179-04/06

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAL DE MERCADORIAS E/OU BENS. USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento e ao ativo imobilizado, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infração parcialmente mantida. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de registro de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração parcialmente elidida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) SAÍDAS COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovada a regularidade do estorno de débito. Infração elidida. b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração comprovada. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo, entre as Unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Infração parcialmente procedente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/09/2005, exige ICMS no valor de R\$ 12.194,25, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS de R\$ 581,40 e multa de 60%.

2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. ICMS de R\$ 4.651,75 e multa de 70%.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com não incidência do imposto. ICMS de R\$ 1.134,35 e multa de 60%.
4. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88. ICMS de R\$ 5.592,15 e multa de 60%.
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária.

O autuado ingressa com defesa, fls. 52 a 61, com os seguintes argumentos:

Inicialmente suscita a preliminar de nulidade, por ter sido o Auto de Infração lavrado fora do estabelecimento da firma autuada, e neste sentido faz analogia com o Decreto Federal nº 70.236/72, artigo 10 que obriga a lavratura do auto no local da verificação da falta, considerando a doutrina ineficaz e inválida a autuação na própria repartição fiscal, seja ela federal ou estadual, ou no escritório do agente fiscal, sem motivo relevante para tal. Diz que a quebra do contraditório é evidente, quando não são pedidas explicações ou esclarecimentos, por escrito, ao contribuinte.

Também não encontrou provas de que o autuante seja contador, habilitado junto ao Conselho Regional de Contabilidade do Estado da Bahia, falecendo competência para a realização de tarefas específicas e privativas dessa profissão, fato que fere de eficácia o auto de infração em lide.

No mérito, na infração 01, contesta o valor de R\$ 53,48, pois no mês 02/2000, referente a nota fiscal 13530, no valor de R\$ 2.007,59 pois está sendo cobrado o equivalente a 10%, sobre o valor de R\$ 42,00, referente a um expositor, enviado como brinde, não cabendo a cobrança de R\$ 4,20.

No mês de referencia 08/2000, referente à NF 15125, no valor de R\$ 26,80, foi cobrado valor do ICMS no mesmo valor da nota fiscal, quando deveria ser de R\$ 2,68, cabendo ao contribuinte uma redução de R\$ 24,12.

No mês de 09/2003, referente à nota fiscal 29673, no valor de R\$ 503,44, não foi considerado a alíquota destacada na nota fiscal de origem, do Espírito Santo, de 12% e não de 7%, cabendo uma redução de R\$ 25,16.

Na infração 02, contesta o valor de R\$ 3,765,71, pois as notas fiscais que aponta foram lançadas no livro de Entradas, e algumas notas fiscais referem-se a prestação de serviços gráficos, sem incidência do ICMS, tais como NF 48939, 56515, 72235, 74189, e 77931.

Contesta a infração 3, na sua totalidade, pois o autuante presumiu que a empresa se creditou de ICMS através de estorno de débito, sobre notas fiscais de transferência de latas. Ocorre que o estorno é legítimo, por ser transferência de vasilhames.

Na infração 04, o autuante calculou o ICMS da antecipação tributária, utilizando uma MVA de 56,63%, que é de lubrificante, quando o correto é usar a MVA de aditivo, que corresponde a 30%, o que reduz o valor em R\$ 65,07.

Também cobrou ICMS já pago, nos meses de 08/2001 e do mês de 09/2001, no valor de R\$ 5.067,81, através do pedido de parcelamento, protocolado sob nº 075609/2002-9, já quitado.

Reconhece o valor da infração em R\$ 459,27.

Não contesta a infração 05.

Aduz que o ICMS está sendo exigido sem prova concreta da ocorrência do fato gerador, cobrando ainda multa confiscatória.

Requer que sejam apreciadas e decididas uma a uma as questões, com motivação adequada e pertinente, dentro do princípio do contraditório pleno e amplo, restando procedente apenas o valor de R\$ 2.107,83.

O autuante presta a informação fiscal, de fls. 179 a 184 e combate as preliminares argüidas, com base no art. 39 § 1º e art. 42 do RPAF/99.

Na infração 01, diz que cabe razão ao autuado, com relação às notas fiscais nº 15125, 29673, mas a nota fiscal 13530 refere-se à aquisição de um expositor, material de uso ou consumo do estabelecimento. O contribuinte alega que o material foi recebido como brinde, mas pouco importa a forma de aquisição do bem, se a título oneroso ou não. Mantém a cobrança de R\$ 4,20, com data de ocorrência de 28/02/2000.

Na infração 02, concorda com a alegação de que as notas fiscais estavam devidamente registradas no livro fiscal. Contudo, com relação às notas fiscais de prestação de serviços gráficos, mantém o lançamento, pois embora não se trate de pagamento ou aquisição de mercadorias para comercialização, trata-se de aquisição de serviços por encomenda, cujo desembolso do numerário ocorreu no caixa da empresa, caracterizando pagamentos não contabilizados a teor do art. 2º, § 3º do RICMS/97.

Desta forma, deduzidos os valores das notas fiscais, incluídas indevidamente no demonstrativo constante do Anexo II, o valor do ICMS da infração 02, fica assim constituído:

Exercício de 2000 – Base de cálculo de R\$ 4.019,18 e ICMS de R\$ 683,26

Exercício de 2001 – Base de cálculo de R\$ 2.544,18 e ICMS de R\$ 432,51

Exercício de 2002 – Base de cálculo de R\$ 3.164,90 e ICMS de R\$ 538,03

Exercício de 2003 – base de cálculo de R\$ 1.650,00 e ICMS de R\$ 280,50

Total de R\$1.934,30

Infração 03, alerta para o fato de que o estorno de débito ocorreu no mês de janeiro/2000, e tanto o mês de dezembro de 1999, quanto o mês de janeiro de 2000 apresentaram saldo devedor, o que pode ser comprovado, às fls. 118 e 120 do PAF.

Ressalta que o demonstrativo de fl. 13, Anexo III, não deixa dúvida quanto aos valores estornados a mais pelo contribuinte. Trata-se de transferências de latas vazias com tributação do imposto, CFO 5.22 nos meses de janeiro e julho de 2000, cujos estornos deveriam ter sido no mesmo montante do imposto debitado, estando as operações devidamente escrituradas nos livros fiscais. No entanto os estornos ocorreram com valores a maior, nas quantias de R\$ 802,74 e de R\$ 331,61.

Na infração 04, retifica os valores exigidos, permanecendo apenas os valores abaixo:

Data Ocorrência	Data vencimento	Valor cobrado	Valores excluídos	Valor retificado
30/06/200	09/07/2000	278,63	0,0	278,63
31/07/2000	09/08/2000	271,24	0,00	271,24
Total				549,87

O autuado contesta a informação fiscal, fls. 188 a 198, com os seguintes fundamentos:

Na infração 01 contesta o valor de R\$ 4,20, pois relativo a um expositor recebido, como simples remessa de um material de exposição.

Na infração 02 contesta o valor de R\$ 1,048,22, restando a cobrança de R\$ 886,08, pois como se pode notar no Livro Diário e Razão, todos os pagamentos efetuadas às empresas gráficas foram contabilizados nas datas e valores, conforme comprovantes que anexa.

Na infração 03, alega que tem direito ao estorno de débito, por ser transferência de vasilhames, nada tendo a ser exigido nesta infração.

No documento nº 06, composto de 06 folhas, está demonstrado no Livro Registro de Apuração de ICMS, Livro Registro de Entrada, da filial de Feira de Santana, e Livro de Saída da filial de

Itabuna, que a filial de Itabuna foi debitada pelas saídas por transferências de latas vazias para a filial de Feira de Santana, conforme notas fiscais 1301, 1329, 1433, mês de novembro de 1999, no valor total de R\$ 1.135,94, tendo se creditado apenas da nota fiscal 1301, 1329, no mês 11/99, conforme demonstra o documento nº 07.

No documento 08, composto de 08 folhas, verifica-se o lançamento do débito no valor de R\$ 331,61, por devolução de latas vazias no mês 07/2000, através da nota fiscal nº 4058, de 26/07/2000, lançada no livro de saídas da filial de Itabuna, porém com estorno de débito a maior no valor de R\$ 331,61. Assim, solicita a exclusão da base de cálculo, alterando a exigência para zero.

Na infração 04, acata as retificações efetuadas pelo autuante na informação fiscal, ficando o débito no valor de R\$ 549,87.

Não contesta a infração 05.

Reitera as demais razões de defesa e espera a cobrança no valor devido de R\$ 2.198,46.

O autuante presta nova informação fiscal, fls. 275 a 277, e mantém o valor de R\$ 4,20 na infração 01, pois se não houve retorno do expositor entende ser devido a cobrança do diferencial der alíquotas.

Quanto à infração 02, concorda com a exclusão dos valores, nos quais o contribuinte somente agora comprova que foram contabilizados nos livros Diário e Razão. Deve ainda ser excluídos os valores relativos às notas fiscais nºs 48939, 56515, 72235, 74189, 77931, com imposto no total de R\$ 1.048,22, remanescendo os valores no total de R\$ 886,08, conforme quadro abaixo:

Exercício	BC A.Infração	Exclusões	B. Cálculo	ICMS lançado	ICMS excluído	ICMS devido
2000	7.830,20	4.661,02	3.169,18	1.331,13	792,37	538,76
2001	9.873,90	8.633,72	1.240,18	1.678,56	1.467,73	210,83
2002	8.009,20	7.206,30	802,90	1.361,56	1.225,07	136,49
2003	1.650,00	1.650,00	0,00	280,50	280,50	0,00
						886,08

Quanto à infração 03, reconhece que os créditos fiscais, embora escriturados de forma incorreta são legítimos, não havendo imposto a ser exigido.

Na infração 04, já havia retificado o seu valor para R\$ 549,87, no que concordou o autuado.

Mantida a infração 05.

O autuado às fls. 285, peticiona nos autos, informando que aceita os valores do auto de infração, no total de R\$ 2.004,31.

VOTO

Inicialmente cabe a apreciação das preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

Ressalto que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de atos normativos, a teor do art. 167, I do RPAF/99.

As multas aplicadas estão legalmente disciplinadas na Lei 7.014/96, art. 42, inciso III, II “f”, “d”, VII, “a”.

Quanto ao fato de o Auto de Infração não ter sido lavrado no estabelecimento autuado, o art. 39, § 1º do RPAF/99, prevê que o mesmo poderá ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração, não podendo ser aplicado o Decreto Federal nº 70.235/72 por se tratar de legislação emanada de ente federativo diverso, no exercício de sua competência tributária.

A Constituição Estadual de 1989, em seu artigo 15, “no âmbito do Poder Executivo estadual, para provimento das vagas de cargo para o qual seja exigido nível escolar superior, poderão habilitar-

se candidatos com formação acadêmica em qualquer curso de 3º grau, reconhecido pelo Ministério da Educação, ressalvados os privativos de área profissional específica, o que não é o caso do cargo de Auditor Fiscal. Dessa forma, não há nenhuma necessidade de o autuante ser Contador habilitado junto ao Conselho Regional de Contabilidade do Estado da Bahia, para poder realizar os exames de escrita em livros e documentos contábeis, como deseja o contribuinte.

Assim, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar sua Nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99.

No mérito, na infração 01, o autuado comprova que não é devido o ICMS relativo aos valores de R\$ 24,12, referente à nota fiscal nº 15125, com ocorrência em 08/2000, restando a ser exigido o valor de R\$ 0,10, pois houve erro na elaboração da planilha, pelo autuante. Também é devida a redução de R\$ 25,16, referente à nota fiscal nº 29673, com ocorrência em 09/2003, passando a ser devido o valor de R\$ 25,17, com ocorrência em 30/09/2003, e o valor total da infração em R\$ 532,11.

Deste modo, o demonstrativo de débito desta infração passa a ser:

Data de ocorrência	Data vencimento	Base de calculo	Alíquota %	Multa %	Valor
31/08/2000	09/09/2000	1,0	10	60	0,10
30/11/2000	09/12/2000	359,90	10	60	35,99
31/10/2001	09/11/2001	337,50	10	60	33,75
28/02/2000	09/03/2000	42,00	10	60	4,20
30/04/2002	09/05/2002	1.876,50	10	60	187,65
31/05/2002	09/06/2002'	450,00	10	60	45,00
30/06/2002	09/07/2002	1.102,50	10	60	110,25
31/07/2002	09/08/2002	900,00	10	60	90,00
30/09/2003	09/10/2003	251,70	10	60	25,17
Total					532,11

Na infração 02, o autuante, após a defesa comprovar como indevida parte da autuação, concorda com a exclusão dos valores que foram contabilizados nos livros Diário e Razão, bem como os valores relativos às notas fiscais nºs. 48939, 56515, 72235, 74189, 77931, com imposto no total de R\$ 1.048,22, remanescendo os valores no total de R\$ 886,08, conforme quadro abaixo:

Exercício	BC. A.I	Exclusões	Base Cálculo	ICMS lançado	ICMS excluído	ICMS devido
2000	7.830,20	4.661,02	3.169,18	1.331,13	792,37	538,76
2001	9.873,90	8.633,72	1.240,18	1.678,56	1.467,73	210,83
2002	8.009,20	7.206,30	802,90	1.361,56	1.225,07	136,49
2003	1.650,00	1.650,00	0,00	280,50	280,50	0,00
						886,08

Infração parcialmente mantida.

Na infração 03, o autuante reconheceu que não há valor a ser exigido, diante da documentação anexada pelo contribuinte, às fls. 231 a 273, referente estorno de débito fiscal em decorrência de transferências de vasilhames, no que concordo. Infração elidida.

A infração 04 teve seu valor retificado na informação fiscal, para o valor de R\$ 549,87, no que concordou o autuado, permanecendo apenas os valores abaixo:

Data Ocorrência	Data vencimento	Valor cobrado	Valores excluídos	Valor retificado
30/06/2000	09/07/2000	278,63	0,0	278,63
31/07/2000	09/08/2000	271,24	0,00	271,24
Total				549,87

A infração 05 foi reconhecida pela empresa, que não opôs resistência à cobrança. Assim, permanece o valor de R\$ 234,60, referente ao crédito fiscal indevido, relativo à mercadorias incluídas no regime de substituição tributária, com imposto recolhido por antecipação.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 110427.0018/05-5, lavrado contra **CEDEP COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.202,66**, sendo R\$820,56, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$1.382,10, acrescido das multas 60% sobre R\$496,02 e de 70% sobre R\$886,08, previstas no art. 42, incisos II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2006

ANTONIO CESAR DANAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR