

A.I. N.º - 206881.0001/06-3
AUTUADO - MARATA INDÚSTRIA DE AGUARDENTES LTDA.
AUTUANTE - EUGENIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 24/11/06

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0336-05/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Efetuadas correções no cálculo do imposto devido Infração parcialmente caracterizada; **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, além do imposto devido na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infrações parcialmente subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, até o dia 25 do mês subsequente a entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir para comercialização mercadorias não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Infrações caracterizadas; **b)** TOTAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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 subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Infração subsistente; 3) UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. ADOÇÃO

DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado. Infração confirmada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 31/03/06, para exigir o ICMS no valor de R\$140.964,90, acrescido das multas de 60% e 70%, além da multa no valor de R\$35.799,50 por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do ICMS no exercício de 2004, 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 o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício – R\$1.264,55;
2. Falta de recolhimento do imposto no exercício de 2004, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado - R\$22.788,68;
3. Falta de recolhimento do imposto no exercício de 2004, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado – R\$2.287,87;
4. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização – R\$53.289,70;
5. Recolheu a menos o ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização – R\$1.057,73;
6. 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 relacionadas no anexo 88 - R\$60.285,37;
7. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente – R\$35.799,50.

O autuado, através de sua advogada, solicitou à fl. 503, os demonstrativos de débitos referentes às infrações 6 e 7, bem como os respectivos DAE's para pagamento, sendo atendido conforme documento à fl. 506.

Em seguida, apresentou impugnação às fls. 512 a 526 para as demais infrações, alegando em relação ao primeiro item que a autuante não considerou no levantamento efetuado as notas fiscais de entrada nºs 259489 e 262898, relativas ao produto “café solúvel Sachet 50 gr”. Afirmou que as mesmas estão devidamente contabilizadas, totalizam 281 kg do mencionado produto, e que a omissão de entradas deve ser reduzida para 3019 kg. Solicitou que seja feito pela fiscalização um confronto entre o levantamento de estoque e as novas notas fiscais juntadas na defesa, visando apurar possíveis erros.

No que diz respeito às infrações 2 e 3, alegou que a autuante não considerou no levantamento efetuado as notas fiscais de entrada nºs 307780, 296627, 296628, 266500, 285540 e 302885, relativas ao produto “café moído a vácuo Maratá 250 gr”. Afirmou que as mesmas totalizam 16035 kg do mencionado produto, e que a omissão de entradas deve ser reduzida para 13143,5 kg. Solicitou que seja feito pela fiscalização um confronto entre o levantamento de estoque e as novas notas fiscais juntadas na defesa, visando apurar possíveis erros.

Em relação às três infrações acima mencionadas, reclamou ainda que não foram consideradas as perdas que afirma serem comuns nas atividades comerciais de gêneros alimentícios. Informou que 1,5% dos seus produtos são perdidos desde o carregamento da mercadoria no estabelecimento vendedor até o acondicionamento e a comercialização. Citou o art. 100, V, do RICMS/97, bem como anexou um levantamento das perdas do exercício de 2004 as confrontando com as omissões apuradas na ação fiscal, com o intuito de amparar seu entendimento.

No que tange às infrações 4 e 5, reconheceu que deixou de cumprir a obrigação acessória de antecipar parte do imposto devido, mas afirmou que recolheu normalmente o ICMS nas saídas das mercadorias do estabelecimento. Alegou que tal fato se deu por desconhecimento da legislação estadual e não por dolo, fraude ou simulação. Aduziu que na antecipação parcial o ICMS se anula, pois todo o imposto recolhido antecipadamente converte-se em crédito, sendo uma antecipação de caixa para o fisco. Acrescentou que como não antecipou o pagamento do imposto, também não se creditou do mesmo. Anexou cópias do livro Registro de Apuração do ICMS visando comprovar sua afirmação. Argüiu, ainda, a constitucionalidade e ilegalidade da Lei nº 8.967/03 que institui a antecipação parcial, transcreveu o entendimento de alguns tributaristas e requereu o cancelamento da penalidade aplicada.

Ao final, requereu a improcedência ou a nulidade das infrações 1 a 5, e que sejam anuladas as multas respectivas, e/ou seja determinada a compensação dos créditos de ICMS antecipação parcial recolhidos e não contabilizados com os débitos por ventura existentes. Solicitou, ainda, a realização de diligência e a posterior juntada ao processo de documentos.

A autuante em informação fiscal (fls. 583/592), disse que após examinar a documentação acostada pelo autuado retificou o levantamento quantitativo efetuado. Informou que na primeira infração o produto “café solúvel Sachet 50 gr” passou a apresentar uma omissão de saídas de 61 kg, mas que como a omissão de entradas continuou a ser maior que a omissão de saídas, deixou de ser cobrado imposto em relação ao item em questão, reduzindo o valor da infração para R\$703,55.

No que se refere às infrações 2 e 3, após acatar as alegações defensivas reduziu os valores exigidos para R\$11.339,69 e R\$1.133,96, respectivamente.

No entanto, em relação à reclamação do autuado referente às perdas, a autuante disse que caso as mesmas fossem consideradas as omissões de entradas seriam aumentadas, pois haveria redução das mercadorias disponíveis para venda.

Quanto às infrações 4 e 5, disse que o autuado é réu confesso, pois afirmou em sua defesa ter deixado de recolher e ter recolhido a menos a antecipação parcial em diversos meses do exercício fiscalizado. Aduziu que a antecipação parcial tem por fato gerador a entrada interestadual de mercadorias para comercialização, e que sendo assim, todo contribuinte que

adquire de outros estados da Federação produtos a serem comercializados na Bahia, passam a ficar obrigados a antecipar o pagamento do imposto devido relativamente à comercialização posterior das mercadorias, possuindo um código de receita distinto. Entende que mesmo que o autuado adquira mercadorias de outros estados e venda as mesmas dentro do mês, tributando nas saídas com a alíquota de 17% e pagando o imposto normal no dia 09 do mês seguinte, ainda assim teria que efetuar o pagamento da antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente, gerando assim o direito ao crédito. Expôs que o fato do autuado não ter lançado os créditos da antecipação parcial que foi paga, possibilita a mesma a solicitação de crédito extemporâneo e não o abatimento do débito constante do auto de infração. Acrescentou, ainda, que o instituto da antecipação tributária parcial decorre de previsão legal, qual seja a Lei nº 8967/2003, que se encontra válida e em pleno vigor no ordenamento jurídico, tendo sido regulamentada pelo Decreto nº 8.969/2004. Ressaltou, ainda, que não é de sua competência analisar outras normas, que não a regulamentar, e que sobre esta norma é indiscutível a tributação da antecipação parcial. Concluiu dizendo que a exigência da antecipação parcial do imposto nas operações interestaduais objetiva igualar a carga tributária entre os contribuintes que adquirem mercadorias em outros estados da Federação e aqueles que as adquirem de atacadistas baianos.

Ao final, pediu a procedência parcial do Auto de Infração, de acordo com o novo demonstrativo de débito que anexou à fl. 593.

O autuado, ao tomar ciência da informação fiscal produzida, manifestou-se às fls. 600 a 607, dizendo em relação às infrações 1 a 3 que apesar da redução dos valores exigidos, o novo demonstrativo de débito apresentado pela autuante não reduziu proporcionalmente os acréscimos moratórios e a multa, ou seja, esses últimos valores foram simplesmente repetidos. Quanto às perdas alegadas, entende que a terceira infração leva em conta a omissão de saídas e que, dessa forma, interfere no valor exigido no referido item.

Quanto às infrações 4 e 5, ratificou os argumentos apresentados na primeira manifestação, não concordando com o posicionamento da autuante que entende que a empresa tem a obrigação de pagar o imposto antecipado, independentemente do fato de ter adimplido como todo o ICMS devido quando da saída da mercadoria do seu estabelecimento. Voltou a apresentar o entendimento de alguns tributaristas a respeito do assunto, questionando novamente a constitucionalidade da legislação estadual.

A autuante em nova manifestação às fls. 613/614, reconheceu que por um erro do sistema os valores dos acréscimos moratórios e da multa não foram reduzidos no demonstrativo de débito que foi retificado, no que diz respeito às infrações 1 a 3. Dessa forma, elaborou novo demonstrativo de débito à fl. 615, corrigindo o erro.

Quanto às infrações 4 e 5, as mantém integralmente.

O autuado novamente se manifestou às fls. 624/630, reiterando os argumentos defensivos em relação às infrações 4 e 5.

A autuante, à fl. 637, ratificou seu último pronunciamento.

O autuado solicitou e efetuou o pagamento do valor exigido no presente processo (fls. 649 e 667/668), aproveitando os benefícios concedidos pela Lei nº 10.328/06, após ser abatido o valor anteriormente recolhido referente às infrações 6 e 7, bem como considerando as retificações efetuadas pela autuante que reduziu o débito cobrado nas infrações 1, 2 e 3.

VOTO

Logo a princípio o autuado reconheceu o cometimento das infrações 6 e 7, providenciando, inclusive, o recolhimento dos valores exigidos, não havendo, dessa forma, lide em relação às mencionadas infrações.

A primeira infração exige imposto pela constatação de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias em levantamento quantitativo de estoques, 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 o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício.

O autuado comprovou, por ocasião de sua defesa, que a autuante não considerou no levantamento efetuado as notas fiscais de entrada nºs 259489 e 262898, relativas ao produto “café solúvel Sachet 50 gr”, fato que foi acatado pela autuante. Dessa forma, considerando os mencionados documentos, o produto em questão passou a apresentar uma omissão de saídas de 61 kg, mas como a omissão de entradas continuou a ser maior que a omissão de saídas na infração em análise, não deve ser cobrado o imposto em relação ao “café solúvel Sachet 50 gr”, o que resulta na redução do valor exigido na infração para R\$703,55.

A segunda e a terceira infração exigem ICMS em decorrência de irregularidades constatadas também em levantamento quantitativo de estoques, nesses casos relativos a mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, tendo sido identificadas diferenças de quantidades de entradas. Nestas condições, foi exigido corretamente o pagamento do imposto por responsabilidade solidária, bem como também o imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

No que diz respeito às infrações 2 e 3, o autuado também comprovou, por ocasião de sua defesa, que a autuante não considerou no levantamento efetuado as notas fiscais de entrada nºs 307780, 296627, 296628, 266500, 285540 e 302885, relativas ao produto “café moído a vácuo Maratá 250 gr”.

Dessa forma, a omissão de entradas do mencionado produto fica reduzida para 13143,5 kg, o que implicou na redução dos valores exigidos para as infrações 2 e 3, para R\$11.339,69 e R\$1.133,96, respectivamente.

O autuado reclamou que após as reduções acima mencionadas, os valores relativos aos acréscimos moratórios e da multa não foram também reduzidos, porém no último demonstrativo de débito (fl. 615) apresentado pela autuante, tal erro foi sanado.

Vale ainda ressaltar, em relação à reclamação do autuado referente às perdas, que as três infrações relativas ao levantamento quantitativo detectaram omissões de entradas, nessas circunstâncias caso as perdas fossem consideradas, as omissões de entradas seriam aumentadas, e consequentemente o imposto exigido, pois haveria redução das mercadorias disponíveis para venda, fato que prejudicaria o contribuinte.

A quarta e a quinta infração referem-se à falta de recolhimento e o recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, relativas às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização.

O autuado entende que deixou de cumprir a obrigação acessória de antecipar parte do imposto devido, mas afirmou que recolheu normalmente o ICMS nas saídas das mercadorias do estabelecimento. Alegou que tal fato se deu por desconhecimento da legislação estadual e não por dolo, fraude ou simulação. Todavia, não assiste razão ao autuado, uma vez que a falta de pagamento e/ou o pagamento a menos do imposto devido por antecipação tributária parcial é um descumprimento de obrigação tributária principal. O imposto devido está sendo corretamente exigido na presente ação fiscal, com base no que determina o art. 352-A, do RICMS/97.

Acrescente-se que o autuado posteriormente pôs fim à lide em relação às infrações acima referidas, solicitando e efetuando o pagamento do valor exigido no presente processo (fls. 649 e 667/668), aproveitando os benefícios concedidos pela Lei nº 10.328/06, após ser abatido o valor

anteriormente recolhido referente às infrações 6 e 7, bem como considerando as retificações efetuadas pela autuante em função da redução do débito cobrado nas infrações 1, 2 e 3.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito à fl. 615, devendo o órgão competente homologar o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206881.0001/06-3, lavrado contra **MARATA INDÚSTRIA DE AGUARDENTES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$127.810,00**, acrescido das multas de 60% sobre R\$115.766,76 e 70% sobre R\$12.043,24, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais; além da multa no valor de **R\$35.799,50**, prevista no art. 42, II, “d” c/c § 1º da mesma lei supra citada, com os acréscimos moratórios estabelecidos a partir da Lei nº 9.837/05, devendo o órgão competente homologar o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR