

AI. N° - 233014.0080/06-8
AUTUADO - GOTAS D'ÁGUA DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - WILSON APARECIDO OLIVEIRA BASTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 18.07.08

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0080-05/08

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO; **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Multas de 10% e de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Acusações não elididas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. Não havendo retenção do imposto por parte do remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações confirmadas. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações confirmadas. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO - FISCAIS - DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. Multa por descumprimento da obrigação acessória. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/12/2007, exige ICMS com multa sobre o principal de 60% e outras multas em razão das seguintes irregularidades:

1. Multa de 10% no valor de R\$3.030,68, em razão de ter dado entrada de mercadoria sujeita a tributação no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal;
2. Multa de 1% no valor de R\$327,32, em razão de ter dado entrada de mercadoria não tributável no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação tributária no valor de R\$3.535,13, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas no Anexo 88;
4. Efetuou o recolhimento do ICMS a menos por antecipação tributária no valor de R\$2.720,91, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88;

5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial no valor de R\$167,16, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização;

6. Recolheu a menos ICMS por antecipação parcial no valor de R\$2.015,60, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização;

7 Multa formal no valor de R\$140,00 em razão de ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS).

O autuado, em sua impugnação às fls. 170 e 171, argumenta que em relação à infração 1, o autuante deixou de observar que as mercadorias das Notas Fiscais de nºs 003734 e 004950 exercício 2004, Notas Fiscais nºs 006114, 006221, 006379 exercício 2005 e Notas Fiscais nºs 003020, 003188 e 007906 do exercício 2006 todas da empresa Samplas são vasilhames para o transporte de água mineral e que a empresa sendo Distribuidora de água mineral compra os vasilhames para transporte da mesma, com isso o autuante não poderia cobrar uma multa fixa de 10% alegando ser mercadoria tributada. Alega também que as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 0076 foram devolvidas através da Nota Fiscal de saída nº 0298.

O autuante, em sua Informação Fiscal, às fls. 173 e 174, expressa que em relação à infração 1, as mercadorias citadas pelo autuado, referente às Notas Fiscais nºs 3734, 4950, 6114, 6379, 3020, 3188 e 7906 como sendo vasilhames para o transporte de água mineral, vêm sendo comercializados pelo autuado conforme comprovado através das notas fiscais de venda ao consumidor nº 5214 ano 2004, 6335 e 6453 ano 2005 anexadas ao processo, sendo devido o recolhimento do ICMS por antecipação parcial destas mercadorias provenientes de outros estados para fins de comercialização. Diz que em relação à Nota Fiscal nº 76 as mercadorias constantes da mesma sendo devolvidas ou não, o autuado conforme o art. 319 § 1º do RICMS-BA tem de fazer a escrituração dos livros fiscais com base nos documentos relativos às operações realizadas por ele não podendo atrasar-se por mais de cinco dias e que não ter cumprido lhe foi aplicada a multa de 10% do valor comercial da mercadoria, conforme art. 42 inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Em relação à infração 2, após observar o livro de Registro de Entradas de Mercadorias verificou que de fato as Notas Fiscais referidas nessa infração não constam nos livros fiscais da empresa.

No que tange à infração 3 informa que não foram efetuados os recolhimentos do ICMS por substituição pelas empresas fornecedoras como comprovado através das cópias das notas fiscais de entrada anexadas ao processo sem haver nas mesmas o destaque e cobrança do ICMS por substituição, e sem o acompanhamento da GNRE, e que sendo assim é devido o imposto por antecipação pelo autuado na qualidade de sujeito passivo por substituição. Diz que as mercadorias relacionadas na infração 3 são de substituição tributária, por isso não é devido o recolhimento de antecipação tributária, haja vista que as mesmas já foram pagas através da substituição.

Quando à infração 4, diz que o autuado equivocou-se em citar convênio e art. do RICMS que não têm relação alguma com o recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição de mercadorias relacionadas no Anexo 88, conforme cópia de demonstrativo e notas fiscais anexadas ao processo. Então o autuado mais uma vez equivocou-se em citar convênio e art. do RICMS que não tem relação alguma com a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias de outros estados conforme cópia de demonstrativo e notas fiscais anexadas ao processo. Afirma, ainda que o fiscal deixou de observar que não foi feita a antecipação devido à cláusula 5ª inciso I do Convênio 96/95 e art. 25 do RICMS-BA, o mesmo falando em relação à infração 5.

Na infração 6, alega que as mercadorias constantes das Notas Fiscais relacionadas, por tratarem-se de substituição tributária, não compete o recolhimento de antecipação, pois caso haja a

antecipação a empresa estará pagando imposto duas vezes. As mercadorias constantes das notas fiscais de entrada oriundas de outros estados conforme cópias anexadas ao processo, não fazem parte das mercadorias elencada no Anexo 88, sendo, por isso é certa a cobrança do recolhimento a menos do ICMS da antecipação parcial.

Finalmente, em relação à infração 7, questiona, o autuado: qual a garantia de que a empresa tem sobre as informações apresentadas pelo CFAMT de que de fato foram mercadorias adquiridas pelo mesmo. Explana ainda, declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais através do confronto da DMA, no mês de fevereiro de 2004, que se encontra sem lançamento de entradas e saídas, com o LRE e o Livro de Saídas do autuado que houve sim movimentação neste período.

E conclui na Informação Fiscal em manter integralmente o Auto de Infração, dizendo esperar que o mesmo seja julgado totalmente procedente.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$8.438,80, acrescido de multa de 60% mais as multas que somam o valor de R\$3.497,98, em razão de sete infrações.

A infração 1 se refere a multa de 10% sobre o valor das entradas de mercadorias sujeitas a tributação no estabelecimento, sem o registro na escrita fiscal. O impugnante apresenta defesa tratando individualmente das infrações alegando que no que se refere à infração 1 o fiscal não observou o fato de a mercadoria constante das Notas Fiscais nºs 003734, e 004950 no exercício de 2004, Notas Fiscais nºs 006114, 006221 e 006379 no exercício 2005 e Notas Fiscais nºs 003020, 003188 e 007906 no exercício 2006, todas da empresa Samplas são vasilhames para transporte de água mineral e que sendo a autuada distribuidora desse produto não poderia ser-lhe imposta uma multa fixa de 10% alegando ser mercadoria tributada. Além disso, alega que a mercadoria constante da Nota Fiscal nº 0076 foi devolvida através da Nota Fiscal de saída de nº 0298.

Por sua vez, o autuante, na Informação Fiscal afirma que essas mercadorias tidas pela empresa como vasilhame de uso estavam sendo comercializadas pelo autuado juntando cópias de notas fiscais exemplificativas de saída dos exercícios de 2004 e 2005 para comprovar sua assertiva. Em relação à Nota Fiscal de entrada de nº 0076, afirma que independentemente de as mercadorias terem sido devolvidas ou não, tal nota fiscal não foi registrada conforme determina a legislação, sendo, por isso lhe imposta a multa de 10% do valor da mercadoria.

De fato, as notas fiscais de venda a consumidor de fls. 73, 133 e 135 registram vendas de vasilhames para água mineral vazios, mesma mercadoria adquirida pelo autuado através de notas fiscais de entrada objeto da infração 1, cuja multa de 10% do valor da mercadoria foi indicada pelo autuante em razão da falta de escrituração nos livros fiscais próprios, acorde determinação do art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96. Destaca-se neste aspecto, a Nota Fiscal de saída de nº 6453 de 01/02/05, (fl. 135) com a venda de 200 unidades. Sendo esta uma questão de fato, considero que os documentos carreados aos autos pelo autuante confirmam que os vasilhames fornecidos pela empresa Samplas Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., eram objeto de comercialização do autuado, algo que bem se subsume ao teor da penalidade sugerida que trata da multa de 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeito a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal. Quanto à mercadoria da Nota Fiscal nº 76 - vinho suave 900 ml da marca D'Ouro (fl. 140) -, que não se discute ser mercadoria tributável, muito embora isso não o desobrigasse do registro na sua escrita fiscal, o autuado não documentou a alegação de devolução da mesma, aliás, ausência probatória que também se deve observar quanto à sua alegação de não comercialização de vasilhames vazios de água mineral. Portanto, acertada é a imposição da multa sugerida na infração 1, que acolho.

Para a infração 2 que trata da multa de 1% sobre o valor das mercadorias não tributável entradas no estabelecimento sem registro na escrita fiscal, nada há que se discutir quanto à sua pertinência

vez que também se tratando de questão de fato, o próprio autuado confessa que não registrou a entrada das notas fiscais de mercadorias não tributáveis listadas no demonstrativo de fl. 13, sendo, portanto, acertada a imposição da multa de 1% do valor das mercadorias indicada pelo inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Para a infração 3 que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias de fora da Bahia, o contribuinte alega em defesa que as mercadorias relacionadas são do regime de substituição tributária e que por isso não é devido o recolhimento de antecipação tributária, haja vista, segundo ele, que as mesmas já foram pagas através da substituição. O autuante observa que não foram efetuados os recolhimentos do ICMS devidos por substituição pelas empresas fornecedoras e que, nesse caso, seria devido o tributo por substituição pelo autuado.

Verificando as notas fiscais objeto dessa infração, cujas cópias foram juntadas pelo autuante às fls. 32 a 38, 64, 146 a 150, vejo que são mercadorias enquadradas pela legislação da Bahia no regime de substituição tributária e que nas notas fiscais não constam o destaque do ICMS devido por essa substituição, portanto, não tiveram a substituição tributária efetuada pelos fornecedores. Reza o art. 371 do RICMS-BA., que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Sem ter o autuado comprovado que o imposto devido por substituição tributária foi recolhido pelo fornecedor, aplica-se ao caso a disposição do art. 371 que lhe impõe a obrigação tributária e o dever de cumprir com o crédito tributário do Estado e assim, devido é e correta está a exigência tributária que lhe é imposta nessa infração.

Em relação à infração 4, que decorre de recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora da Bahia, relacionadas no Anexo 88, o autuado alega que o autuante não observou que ele não fez a antecipação em razão da cláusula 5ª do Convênio 96/95 e art. 25 do RICMS-BA. O autuante, diz que o autuado se equivocou em citar convênio e artigo do regulamento do ICMS que não têm relação alguma com a infração.

De fato, começando pelo artigo 25 do RICMS-BA., confirma-se que o mesmo tratando da isenção das operações com água natural efetuadas por concessionárias de serviço público de abastecimento de água na tem haver com a questão em lide. Mais estranho é o autuado citar em sua defesa o Convênio 96/95 que trata da autorização aos Estados e o DF a conceder a isenção do ICMS nas saídas de veículos de bombeiros à Infraero. Essa infração, ou seja, o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária o próprio contribuinte admite e confessa na defesa quando diz que não fez a antecipação em razão da legislação que incorretamente citou. Verifico que o demonstrativo de fls. 92 a 99 mostra claramente, o imposto recolhido a menos. Assim, também subsiste a infração e acertado é o enquadramento legal, inclusive penalidade sugerida.

O autuado usa para a infração 5 que trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial referente às mercadorias provenientes de fora da Bahia adquiridas para fins de comercialização, o mesmo argumento de defesa usado para a infração 4 que foi a alegação de o autuante não ter observado que não fez a antecipação em razão da cláusula 5º do Convênio 96/95 e art. 25 do RICMS-BA, e o autuante rebate reafirmando o equívoco na citação do convênio e arquivo que nada têm haver com o caso. O lançamento tributário nessa infração se refere às mercadorias adquiridas através das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fl. 65 em operações interestaduais para fins de comercialização, por isso estando sujeitas à antecipação parcial prevista no art. 352-A do RICMS, com o que também atesto o acerto do lançamento.

O autuado alega que as mercadorias relacionadas na infração 6 não compete recolhimento de antecipação por se tratarem de substituição tributária e que havendo antecipação estaria pagando o imposto duas vezes. O autuante, na Informação Fiscal, expressa que as mercadorias constantes dessa infração não estão relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA.

A infração 6 se refere a recolhimento de ICMS a menos de antecipação parcial relativa às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização conforme prevista no art. 352-A do RICMS-BA. Analisando as Notas Fiscais de fls. 114 a 122 e 153 a 157, as quais subsidiam a acusação, realmente verificamos que as mercadorias delas constantes não estão relacionadas no Anexo 88, portanto, não estão enquadradas no regime de substituição tributária como alega o autuado. Por outro lado, os demonstrativos de fls. 112 e 113, 151 e 152 fazendo o levantamento da antecipação devida do ICMS pela aquisição de mercadorias adquiridas com fins de comercialização e o imposto recolhido apura a diferença devida face o imposto recolhido a menos. Assim, sendo incorreta a alegação defensiva do contribuinte, também estimo correto o ICMS lançado como devido nessa infração.

Em relação à infração 7 que impõe uma multa formal no valor de R\$140,00 pelo fato de ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais na DMA, o autuado alega não ter garantia que as informações do CFAMT de fato foram mercadorias adquiridas por ele e o autuante, rebatendo, diz que a DMA do mês de fevereiro de 2004 não contém lançamento de entradas e saídas sendo que o livro de registro de entradas e o de saídas da empresa possui movimentação. De fato, o livro de Registro de Entradas cuja cópia consta dos autos à fl. 76, registra a entrada de mercadorias no valor de R\$18.713,56. Verificando a DMA daquele mês não constatei informação de entradas. Portanto, em vista dessa incongruência, patente é a infração e pertinente é a penalidade imposta.

Assim, diante do todo exposto, concluo pela subsistência das infrações e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº 233014.0080/06-8, lavrado contra **GOTAS D'ÁGUA DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.438,80**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$3.030,68** previstas nos incisos IX, XI e XVIII alínea “c” do dispositivo legal mencionado, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR