

A I N° - 206905.0001/07-6
AUTUADO - LOUIS DREYFUS COMMODITIES BRASIL S/A
AUTUANTE - MARIA IRACI BARROS DE SÁ TELES
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 03.04.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0058-04/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. As operações objeto da autuação, de aquisição de algodão em outros Estados e destinados à comercialização, estão sujeitas ao pagamento do ICMS antecipação parcial, independente que as operações de comercializações subsequentes ocorram dentro do estado ou em operações interestaduais, não existindo qualquer regra de exceção na legislação tributária em relação às operações interestaduais. Refeito os cálculos, resultou em redução do débito. Infração elidida em parte. Mantida a multa aplicada. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. DESENCONTRO ENTRE O VALOR ESCRITURADO NO REGISTRO DE ENTRADA E O RAICMS. Restou comprovada a existência de diferença entre o valor registrado no livro REM e RAICMS. Infração procedente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) MATERIAL PARA USO E CONSUMO. b) BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO. Documentos juntados ao processo comprovam o recolhimento tempestivo do imposto. Infrações elididas. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Restou comprovado que a operação de aquisição de mercadoria foi registrada e a não escrituração das notas fiscais de simples remessa não constitui falta de registro das notas fiscais objeto da autuação. Infração não caracterizada. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Diligências fiscais reduziram o valor do débito original. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, foi lavrado em 17/05/07, e exige ICMS no valor de R\$1.771.955,46, acrescido das multas de 60% e 70%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória totalizando R\$24.649,02 em razão das seguintes irregularidades:

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 (algodão em pluma) - R\$1.581.886,21.

02. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS - R\$481,93.
03. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento - R\$10.047,33.
04. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - R\$38.809,58.
05. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$24.649,02.
06. Falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado - R\$140.730,41.

O autuado apresentou impugnação em 13/07/07 (fls. 207 a 221), por meio de advogados legalmente constituídos, inicialmente discorre sobre as infrações, esclarece que o estabelecimento tem como atividade a comercialização de algodão em pluma, realizando compras no município de Luis Eduardo Magalhães e vende estas mercadorias para a indústria têxtil localizadas em Estados do Nordeste. Diz que eventualmente realiza compras de empresas localizadas em outros Estados, a exemplo de Mato Grosso e Goiás, através de leilões realizados pelo Governo Federal, o que motivou a lavratura do Auto de Infração, que entende ser descabido e improcedente.

Afirma que agiu de boa-fé, consultando informalmente a Inspetoria Fazendária da desnecessidade de fazer a antecipação do ICMS em decorrência da atipicidade do seu negócio, tendo em vista que só faria sentido em caso de uma futura comercialização interna. Ressalta que a essência da norma não visa cobrança desta modalidade do imposto de produtos primários destinados a posterior comercialização ou industrialização, mas de produtos prontos para o consumo final. Salaria que os produtos objeto da autuação foram destinados a estabelecimentos têxteis localizados em outros estados, face inexistência de indústria têxtil neste Estado, inclusive adquiridos com alíquota de 12% e revendidos com a mesma alíquota. Destaca que se fosse destinação a industrialização, a operação seria diferida (artigos 342 a 347 do RICMS/BA).

Alega que a lógica do ICMS antecipação parcial é o adiantamento do pagamento do ICMS, gerado pela diferença entre a alíquota interna e a interestadual, mas que na situação presente, adquiriu mercadorias em outros estados e revendeu para outros estados, não havendo motivação para a exigência do pagamento do imposto antecipado, tendo em vista que foi pago no momento da saída das mercadorias para os estabelecimentos industriais.

Afirma que a não realização do pagamento do ICMS antecipação parcial não causou qualquer prejuízo ao Estado da Bahia, porquanto o imposto foi recolhido no momento da saída das mercadorias e a sua cobrança configura exigência em duplicidade.

Diz que apesar de não ter realizado a antecipação parcial, tendo sido pago posteriormente, antes de sofrer qualquer fiscalização, no seu entendimento caracteriza denúncia espontânea de sua parte, o que exclui a aplicação de qualquer multa, nos termos do art. 138 do Código Tributário Nacional (CTN), que transcreveu à fl. 211. Neste sentido, afirma que esta infração exige imposto relativo à obrigação principal, a qual já foi adimplida conforme “demonstram fielmente os comprovantes de pagamentos anexados a esta peça” e requer a improcedência da infração.

Diz ainda, que se for entendido que a antecipação parcial do imposto deveria ter sido realizada, por precaução, vem esclarecer que não pode ser aplicada a multa exorbitante de 60% prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 (art. 915, II, “d” do RICMS/BA), por entender que o citado dispositivo é aplicável quando o sujeito passivo figura na relação jurídica-tributária como contribuinte responsável, em relação a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária,

diferente do ICMS antecipação parcial que não encerra a fase de tributação das mercadorias (art. 352-A, § 1º do RICMS/BA). Conclui esta linha de raciocínio, afirmando que não há previsão em lei de multa para o descumprimento da antecipação parcial em questão e que a multa aplicada fere o princípio da estrita legalidade e deve ser desconsiderada por se referir a penalidade pelo descumprimento de obrigação diversa do representado por outro instituto jurídico.

Com relação à infração 2, afirma que não houve pagamento a menos do tributo, tendo em vista que o valor escriturado no livro Registro de Entrada de Mercadorias (REM) de R\$747.929,03 e o registrado no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS) de R\$748.410,96, decorre do valor de R\$481,93 do Conhecimento de Transporte 1043, emitido pela Transvale Transporte Rodoviários Ltda, que não foi levado em conta na transposição do primeiro para o segundo livro.

Relativamente às infrações 3 e 4, afirma que os valores exigidos foram devidamente pagos, e que “os comprovantes de pagamento desse diferencial de ICMS devido serão acostados” e que reconhece não ter feito o recolhimento tão somente do valor de R\$14.400,00 relativos à nota fiscal 3105 de transferência de ativo imobilizado; do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga (CTRC) 270061, no valor de R\$2.900,00 e 571028, no valor de R\$2.752,50 e da nota fiscal 7600 no valor de R\$10.950,00. Requer que estas infrações sejam retificadas com a exclusão dos valores já recolhidos.

Relativamente à infração 5, esclarece que a suposta infração tem a ver com notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiros, em decorrência da aquisição de algodão em pluma da empresa COOPERPLUMA, localizada em Patos de Minas-MG, que emitiu as notas fiscais 452, 475 e 477, indicando que a mercadoria sairia da ALGOMONTE, localizada em Monte Carmelo-MG, tendo sido destacado o ICMS nas mencionadas notas fiscais. Informa que para acobertar o transporte das mercadorias, a segunda empresa emitiu as notas fiscais 3550, 3546 e 3548 que se vinculam às notas fiscais emitidas pela primeira, não tendo sido destacado qualquer imposto. Alega que a fiscalização cometeu equívocos ao afirmar que as últimas notas fiscais não foram registradas e que se referem à operações tributadas. Argumenta que não procede a exigência fiscal, primeiro, porque as notas fiscais foram registradas no livro REM apenas na coluna documento fiscal, segundo, porque elas não acobertaram operações tributadas, conforme explicado acima. Pelo exposto, afirma que procedeu corretamente e requer a improcedência desta infração.

No tocante à infração 6, diz que o levantamento fiscal deve ser desconsiderado, porque o critério definido para apurar quantidades por meio de uma fórmula, não ter sido adequado, conforme demonstrativo à fl. 216. Diz que a fiscalização apurou um valor para efeito de cálculo de omissão de saída, “não levando em consideração que o valor do estoque final é registrado no livro de Inventário, valorizado ao custo médio contábil”.

Alega que a fiscalização determinou um “preço médio” de R\$2,97 e sem nenhum critério, multiplicou-o pela quantidade de 278.583,80, como se esta fosse uma quantidade, encontrando número representativo da omissão de saída de R\$278.583,80 ($278.583,80 \times 2,97 \times 17\%$) = R\$140.730,41. Argumenta que houve um equívoco ao utilizar um valor ao invés de uma quantidade para se multiplicar pelo preço médio e que a exigência fiscal não representa uma realidade fática e documental.

Diz que além da aplicação indevida da antecipação parcial às operações fiscalizadas e da multa que no seu entendimento não pode ser aplicada, a fiscalização cometeu outros erros materiais, conforme indicou nos itens 31 a 47 (fls. 217 a 220).

Afirma que os pesos considerados a mais pela fiscalização, assim como dupla consideração de valores e de notas fiscais de simples remessa ou canceladas, geraram equivocadamente imposto devido, e assim sendo, deve ser julgada improcedente a infração 6.

Com finalidade de demonstrar a repercussão tributária explicitada, informa que no período de janeiro a maio/07, já recolheu R\$1.258.471,00 relativo a operações interestaduais, o que denota não ter causado qualquer prejuízo ao Fisco baiano. Alega que deve ser considerada a primariedade da

impugnante, a inexistência de prejuízo aos cofres públicos, a ausência de má-fé, os equívocos cometidos pela autuante, as perdas naturais do produto que não foi considerada decorrente da variação de peso de entrada e saída na balança, bem como os erros materiais dos valores contidos nas planilhas elaboradas pela fiscalização, requer a justa aplicação do permissivo legal.

Por fim, requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração ora combatido, diante da insubsistência das infrações apontadas. Protesta por todos os meios de prova, a fim de demonstrar o alegado e que os documentos probantes serão acostados ao processo num prazo de cinco dias.

O autuante presta informação fiscal em 10/08/07 (fls. 227 a 230), inicialmente discorre sobre as alegações defensivas e diz que em relação à infração 1, se a atividade do recorrente é a comercialização de algodão, as aquisições interestaduais estão sujeitas a antecipação parcial do ICMS nos termos do art. 352-A do RICMS/BA. Rebate a afirmação de que as compras interestaduais são eventuais, tendo em vista que ocorreu compras em outros estados em todo período que esteve em funcionamento, ou seja, no período de agosto/06 a janeiro/07, conforme demonstrativos juntados às fls. 13 a 24.

Afirma que ao contrário do que alegou o autuado, o fato gerador do ICMS antecipação parcial é a entrada interestadual de mercadoria adquirida para comercialização e que o pagamento no momento da saída das mercadorias não atende o disposto na legislação tributária. Ressalta que o produto comercializado (algodão) não se enquadra nas situações que não se aplica a antecipação parcial, previstas no parágrafo primeiro do citado dispositivo e diploma legal e da mesma forma, não há exceção para as saídas interestaduais posteriores.

Quanto à multa aplicada, afirma que o art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 (art. 915, II, “d” do RICMS/BA), não faz qualquer referência à modalidade de antecipação, se total ou parcial.

Com relação à infração 2, afirma que o autuado alegou que a diferença apontada na autuação, conforme documentos juntados às fls. 28 e 30, refere-se a CTRC 1043, mas não apresentou qualquer documento para provar o alegado, motivo pelo qual não acata.

Com relação à infração 3 e 4, afirma que o contribuinte não juntou com a defesa qualquer documento para comprovar sua alegação de ter efetuado o pagamento do ICMS da diferença de alíquota. Esclarece que durante a fiscalização o autuado foi intimado para apresentar os comprovantes do pagamento do imposto, o que não ocorreu e da mesma forma não consta no banco de dados da SEFAZ o pagamento com o código 0791, motivo pelo qual, também não acata as alegações por falta de prova.

Relativamente à infração 5, esclarece que a infração trata de operações sujeita a tributação e não cabe a alegação de que se trata de mercadorias não sujeitas a tributação e a vista dos documentos juntados às fls. 75 a 103 do processo, não há comprovação do registro no livro REM do autuado e que se faz necessário a comprovação da escrituração das notas fiscais para aceitar a argumentação do autuado.

No tocante à infração 6, afirma que os demonstrativos acostados às fls. 157 a 189 e cópia do livro Registro de Inventário, bem como o preço médio (fl. 160), foi feito em conformidade com o art. 60 do RICMS/BA e não compreende como o autuado pode contestar a quantidade levantada da omissão de saída apurada, acrescentando que nenhum documento ou levantamento foi juntado com a defesa para contradizer o levantamento fiscal procedido pela fiscalização.

Conclui dizendo que o autuado não apresentou qualquer comprovação documental para provar suas alegações e requer a procedência da autuação.

Em 24/07/07 (fl. 231), o autuado peticionou juntadas de documentos às fls. 238 a 300, cujo teor foi relacionado às fls. 234 a 237, totalizando um agrupamento denominado Doc. 1 a Doc. 19, relativo às infrações 1 a 6, de acordo com os argumentos que foram apresentados no momento da sua defesa, tendo o Inspetor Fazendário efetuado o encaminhamento para o CONSEF em 03/08/07, conforme documento à fl. 321.

Considerando que os documentos juntados com a mencionada petição não foram analisados pela autuante, a 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 324), para que a autuante confrontasse os mencionados documentos com o levantamento fiscal e caso julgasse pertinente, refizesse os demonstrativos originais de acordo com o que fosse comprovado.

A autuante presta nova informação fiscal (fls. 326/327) e diz que em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF, passa a argumentar sobre os documentos juntados ao processo pelo impugnante.

Com relação à infração 1, afirma que foram feitas as modificações no demonstrativo original, de acordo com os documentos apresentados, o que não modifica o que foi dito na informação fiscal constante das fls. 227 a 230. Ressalta que os documentos de arrecadação apresentados pelo autuado às fls. 239 e 240 são relativos ao recolhimento do ICMS normal apurado no conta corrente do mês de maio e junho/07, não tendo nenhuma relação com o ICMS antecipação parcial.

No tocante à infração 2, mantém os mesmos argumentos da informação fiscal anterior.

No que tange às infrações 3 e 4, afirma que o autuado apresentou diversos documentos de arrecadação, nos quais constam o número das notas fiscais a que se referem e que, apesar de constar código 2175 (antecipação parcial), não cabe exigência de ICMS antecipação parcial nas aquisições interestaduais de bens de uso/consumo e ativo, e como os valores devidos a título de antecipação parcial se equivale ao da diferença de alíquota, refez os demonstrativos, considerando os valores pagos e orienta que o contribuinte deve solicitar a modificação do código de arrecadação dos documentos apresentados para ficar compatível com o ICMS devido, tudo conforme demonstrativo à fl. 328.

Relativamente à infração 5, diz que mantém os argumentos apresentados na informação fiscal.

Em relação à infração 6, afirma que refez o levantamento de estoques, conforme documentação apresentada, inclusive de débito juntado à fl. 328, que corresponde ao mesmo apresentado na informação fiscal, que reduziu o débito para R\$32.751,18.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da nova informação fiscal (fl. 342) e concedeu prazo de dez dias para se manifestar-se, caso quisesse.

O autuado manifestou-se às fls. 345 a 352, com relação à infração 1, afirma que a autuante contesta na informação fiscal, que as mercadorias comercializadas não é resultante de industrialização, mas que o algodão em pluma adquirido fora ou dentro do Estado, nunca foi comercializado neste Estado e sim para outros Estados e no seu entendimento o ICMS antecipação parcial só deve ser aplicado quando houver operação interna subsequente, ficando fora do alcance as aquisições interestaduais que não forem revendidas no Estado. Esclarece que o ICMS antecipação parcial configura um adiantamento do imposto em relação às operações internas subsequentes e que tendo praticado exclusivamente operações interestaduais, não cabe a exigência do imposto.

Transcreve o art. 352-A do RICMS/BA, e diz que conforme disposto no § 1º do citado dispositivo, a hipótese da exigência do imposto recai sobre as operações subsequentes “internas”, não se aplicando à situação presente, tendo em vista que as operações de compras interestaduais resultam em vendas interestaduais, cujo imposto foi recolhido corretamente sem que houvesse sido feita a antecipação parcial, conforme tese explicitada na defesa inicial.

Ressalta que embora a autuante tenha corrigido alguns equívocos cometidos no demonstrativo original, não observou que as notas fiscais de nºs 3550, 3546 e 3548 emitidas pela empresa ALGOMONTE, se trata de notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiros e não de operações tributadas. Esclarece que adquiriu mercadorias da empresa COPERPLUMA, a qual emitiu as notas fiscais 452, 475 e 477 e por estarem no estabelecimento da ALGOMONTE, a mesma emitiu as notas fiscais para acobertar a circulação das mercadorias e que não se trata de operação interestadual e deve ser excluída do levantamento fiscal.

Alega que a multa tipificada no art. 42, II, “d” refere-se à antecipação da substituição tributária prevista no art. 353 do RICMS/BA e não da antecipação parcial prevista no art. 352-A do mencionado diploma legal, e que no seu entendimento não pode ser interpretada a sua aplicação de forma literal como quis a autuante.

Relativamente à infração 2, alega que a autuante não levou em consideração a nota fiscal emitida em 06/10/04 pela Transvale Transportes Rodoviários Vale do Piquiri Ltda, sediado em Mato Grosso do Sul, referente ao conhecimento de transporte 1043, considerando como lançamento inexistente de crédito, mas que este entendimento não pode prosperar, tendo em vista que a mencionada nota fiscal não foi registrada no livro de Registro de Entrada, porém foi registrada no livro de Apuração do ICMS, não podendo ser considerado crédito inexistente.

Argumenta que mesmo que seja desconsiderado o crédito fiscal, no conta corrente daquele mês, obteve no conta corrente do ICMS, crédito fiscal maior do que o débito, e entende que o imposto exigido foi totalmente absorvido pelos créditos escriturados.

No que se refere às infrações 3 e 4, afirma que a autuante na informação fiscal corrigiu alguns erros, mas mesmo tendo reconhecido que foi feito recolhimento com o código fiscal errado, manteve as infrações imputadas e que o seu procedimento não implicou qualquer prejuízo ao Estado, porque a diferença de alíquota entre ativo/consumo e antecipação parcial se equivalem, não podendo ser considerado como falta de recolhimento. Ressalta que não é justo efetuar o pagamento da multa, juros e correção sobre o valor recolhido, por constituir uma sanção. Alerta que o entendimento da autuante não guarda pertinência lógica, argumentando que não praticou qualquer irregularidade.

No tocante à infração 5, ressalta que não houve entrada de mercadoria no estabelecimento como aduziu a autuante, salientando que as notas fiscais de nºs 3550, 3546 e 3548 são notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiros emitidas pela empresa ALGOMONTE e foram registradas pelas notas fiscais 452, 475 e 477 emitidas pela COOPERPLUMA, que é a alienante da mercadoria e no seu entendimento se considerado falta de registro as notas fiscais de remessa por conta e ordem, estaria se cobrando o ICMS duas vezes sobre a mesma operação, tendo em vista que as primeiras não representam entrada de mercadorias. Requer a improcedência desta infração.

Com relação à infração 6, alega que a autuante refez o levantamento de estoque e embora tenha corrigido alguns erros do demonstrativo original, o mesmo é fundamentado em equívocos nos valores das mercadorias, tendo em vista que “o inventário deveria relacionar-se, necessariamente, com a quantidade encontrada das mercadorias, e não com os valores de compra e venda destas”. No seu entendimento o novo demonstrativo não pode ser considerado válido, por não comprovar a existência de diferença quantitativa no seu estoque que implique na presunção de omissão de saídas.

Frisa que o art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, prescreve que é nulo o lançamento de ofício que não identificar com clareza a infração e não tendo sido demonstrado claramente a diferença quantitativa de que a infração faz referência, fica impedido de se defender da acusação o que entende acarretar nulidade da infração por cerceamento do direito de defesa.

Por fim, requer a improcedência da autuação.

A 4ª JJF determinou a realização de nova diligência (fl. 358), para que a autuante prestasse nova informação fiscal, considerando os documentos juntados com a manifestação do autuado.

A autuante presta nova informação fiscal (fls. 361/362) e esclarece que tendo prestado a informação fiscal inicial (fls. 227/230), complementada pela segunda informação fiscal (fls. 326/327), na qual reajustou os demonstrativos originais, em relação à infração 04.05.01, diz que não tem nada a acrescentar aos argumentos com relação à infração 07.15.01, ficando mantida as exigências fiscais referente às infrações 16.01.01 e 03.01.02.

Quanto ao argumento defensivo de que recolheu a diferença de alíquota com o código de arrecadação 2175, informa que o contribuinte deve procurar fazer a correção por meio dos órgãos

encarregados da arrecadação (GEARC) e que não é da sua responsabilidade adotar qualquer procedimento neste sentido. Requer a procedência do Auto de Infração com as correções já procedidas.

O autuado manifestou-se às fls. 365/367, dizendo que com relação à infração 01, no seu entendimento a multa de 60% aplicada com base no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 é equivocada porque foi estabelecida para a falta de recolhimento do ICMS na qualidade de contribuinte substituto e que não se aplica a situação de falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial. Observa que com a edição da Lei nº 10.847/07, foi alterado o citado dispositivo, tendo sido acrescentado à expressão “inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares”. Defende que nos termos do art. 106 do Código Tributário Nacional (CTN), tendo os fatos geradores ocorridos sob a égide da redação anterior do dispositivo que prevê a multa, a mesma não pode ser aplicada.

Esta JJF determinou a realização de nova diligência (fl. 372) para que a autuante refizesse os demonstrativos relativos à infração 6 (fls. 159, 162/185 e 340), juntasse ao processo e a Inspetoria Fazendária intimasse o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência.

A autuante juntou novos demonstrativos analíticos e sintéticos do levantamento quantitativo de estoques às fls. 374 a 402, referente à infração 6 e prestou nova informação fiscal à fl. 403. Indicou que com os ajustes procedidos resultaram em omissão de entrada com base de cálculo de R\$1.173.880,56 e ICMS devido de R\$199.559,69.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 404), tendo o mesmo se manifestado às fls. 419 a 430. Inicialmente discorre sobre as infrações, reforça os esclarecimentos feitos na defesa inicial e informa que:

Com relação à infração 1, mesmo discordando integralmente da exigência contida nesta infração, decidiu pagar o valor integral exigido, face a necessidade imposta para continuar usufruindo de regimes especiais que tem direito para executar suas operações.

No tocante à infração 2, reafirma que a diferença entre o valor escriturado no livro Registro de Entrada de Mercadorias de R\$747.929,03 e de R\$748.410,96 registrado no livro Registro de Apuração do ICMS, que resultou na diferença de R\$481,93, refere-se ao conhecimento de transporte 1043, emitido pela Transvale Transportes Rodoviários Vale do Piquiri Ltda, mas que não foi levado em conta pela fiscalização. Alega que não houve lançamento de crédito inexistente conforme indicado na infração e mesmo que seja desconsiderado o crédito fiscal, naquele mês, obteve crédito fiscal maior do que o débito no conta corrente do ICMS. Entende que o imposto exigido foi totalmente absorvido pelos créditos escriturados.

Quanto às infrações 3 e 4, afirma que:

- 1) O recolhimento do ICMS de diferença de alíquota foi feito corretamente, mas que por equívoco indicou código fiscal incorreto no Documento de Arrecadação Estadual juntado ao processo e que não causou qualquer prejuízo ao Estado;
- 2) Com relação à nota fiscal 3105 no valor de R\$14.400,00, esclarece que refere-se a transferência de computador semi-novo (ativo imobilizado com mais de um ano de uso) do mesmo titular localizado em São Paulo e que no seu entendimento não há incidência de ICMS nos termos dos arts. 3º, VIII, 6º, VIII do RICMS/BA e 7º, XIV e XV do RICMS/SP, que transcreveu às fls. 423 e 424;
- 3) Os Conhecimentos de Transportes Rodoviário de Cargas CTCR de nºs 270061 e 571028, “não se tratando, no caso, de notas fiscais, mas de conhecimentos de transporte, não há que se falar em incidência de imposto”;
- 4) Na nota fiscal nº 7600 originária do Estado do Mato Grosso, foi destacado ICMS com a alíquota de 17%, “razão pela qual não houve recolhimento de diferencial de alíquota, inexistente no caso”.

Requer a improcedência destas infrações, dizendo que apesar da autuante ter procedido algumas correções de erros materiais, estas não foram suficientes para suprir as impropriedades contidas nas mesmas.

No que tange à infração 5, reitera seu posicionamento na defesa inicial, dizendo que não houve entrada de mercadoria no estabelecimento como aduziu a autuante, ressaltando que as notas fiscais de nºs 3550, 3546 e 3548 são notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiros emitidas pela empresa ALGOMONTE e foram registradas pelas notas fiscais 452, 475 e 477 emitidas pela COOPERPLUMA, que é a alienante da mercadoria. Entende que se considerado falta de registro das notas fiscais de remessa por conta e ordem, estaria se cobrando o ICMS duas vezes sobre a mesma operação, tendo em vista que as primeiras não representam entrada de mercadorias. Requer a improcedência desta infração.

Com relação à infração 6, alega que nos demonstrativos refeitos, a autuante:

- a) desconsiderou notas fiscais de entradas de mercadorias no seu estabelecimento, as quais não foram identificadas pela fiscalização;
- b) utilizou pesos equivocados;
- c) desconsiderou notas fiscais de saídas.

Diz que junta ao processo relação de notas fiscais de entradas não consideradas pela fiscalização (fl. 434) juntamente com as respectivas cópias (fls. 436 a 455), para provar que não houve a omissão de entrada de mercadorias apontadas pela fiscalização.

Afirma que no levantamento quantitativo de estoques procedido pela fiscalização, foi indicada quantidade (peso) das mercadorias em número maior que o indicado nos documentos fiscais, conforme demonstrativo juntado às fls. 457/458 e cópias dos documentos juntados às fls. 460/531.

Com relação às notas fiscais de saídas, afirma que a autuante:

- 1) não considerou as quantidades constantes da nota fiscal nº 31, conforme documento juntado à fl. 535;
- 2) foi indicada quantidade de 27.162 kg relativo a nota fiscal nº 17 e não a quantidade correta de 27.129 kg, conforme consta na mencionada nota fiscal, conforme documento juntado à fl. 537.

Finaliza requerendo a improcedência das infrações ora refutadas, de acordo com as provas trazidas ao processo.

A Secretaria do CONSEF juntou à fl. 539 detalhe dos pagamentos efetuados pelo recorrente.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 541), para que a autuante produzisse nova informação fiscal para analisar os documentos juntados pelo recorrente com sua manifestação.

A autuante presta nova informação fiscal (fls. 672/673), afirmando que foram refeitas as planilhas de entrada e saída de algodão em pluma, considerando os documentos apresentados na defesa. Ressalta que intimou o autuado para reapresentar notas fiscais de entrada de mercadorias, que estavam ilegíveis e que algumas cópias não foram consideradas, por se tratar de destinatários localizados no Estado de São Paulo e Goiás, bem como nota fiscal que possui duas numerações (16293/16294).

Salienta que foi apresentada cópia das notas fiscais 910145 e 7600 com o respectivo DAE de diferença de alíquota, da aquisição de lona preta e não foi apresentado DAE da diferença de alíquota das notas fiscais 82346 e 910145.

Diz que após ter apreciado os argumentos e computado as notas fiscais apresentadas pelo autuado, o demonstrativo feito acusou omissão de saída de mercadorias;

Quanto ao argumento de que as notas fiscais 3550, 3546 e 3548, são notas fiscais de simples remessa, confirma que de fato o são, mas não foram escrituradas, mesmo intimado, e que a multa deve ser mantida.

Afirma que não foi apresentado comprovante de recolhimento do ICMS da diferença de alíquota da nota fiscal 82346 e CTRE de nº 270061 e da nota fiscal 910145.

A nota fiscal 3105 se refere a recebimento em transferência de bem do ativo usado na sede, e por incidir diferença de alíquota e será retirado do novo demonstrativo de débito;

Através do processo 151577/2008-0, o contribuinte solicitou retificação do código de arrecadação de 2175 (antecipação parcial) para diferença de alíquotas e que só após parecer neste processo, poderá rever as infrações 06.02.01 e 06.01.01, em sua totalidade. Ressalta que foi retirado o documento 571028, referente à nota fiscal 60468 que já havia sido retirada (fl. 329).

Com relação à infração 2, diz que deve ser mantida, mesmo que o contribuinte possuísse crédito escriturado à época da infração.

Em seguida apresentou demonstrativo de débito resumo à fl. 673, indicando valores parciais.

O autuado manifestou-se acerca da informação fiscal (fls. 713 a 718), conforme passou a expor.

Com relação à infração 1, diz que embora a autuante tenha feito as planilhas de entrada e de saída da mercadoria, permanecem os equívocos de notas fiscais em duplicidade e erros de quantidades de peso das mercadorias, conforme documentos juntados às fls. 722 a 750. Contesta que não há omissão de saídas de mercadorias apontada na infração.

Argumenta que a nota fiscal emitida pela COOPERFIBRA possui número real 16294, conforme comprova o documento anexado ao processo.

Ressalta, que a autuante pretendeu acrescentar fatos geradores ao lançamento realizado, o que não é possível, visto que não houve nova autuação e se isso ocorresse, teria que se abrir o prazo de defesa.

No tocante à infração 3, esclarece que foi recolhido o imposto devido relativo a nota fiscal 82346, conforme DAE n.º 601496222 (fl. 754), que se refere ao ICMS de Diferença de Alíquota de duas notas fiscais (n.º 82346 e n.º 1789), e que ocorreu um equívoco formal, com recolhimento com o código errado.

Salienta que o diferencial de alíquota referente à nota fiscal n.º 7600 foi devidamente recolhido, fato reconhecido pela autuante, bem como a não incidência do ICMS sobre a nota fiscal 3105.

Com relação à infração 4, relativo às notas fiscais 910145 e 270061, afirma que a primeira se refere aquisição de mercadoria, cuja alíquota interna é de 7% (art. 87, V, do RICMS/BA) e não há diferencial de alíquota a ser recolhido, bem como, a segunda é um conhecimento de transporte n.º 270061, que teve o diferencial de alíquota recolhido conforme DAE à fl. 759.

Relativamente à infração 2, contesta o entendimento que mesmo que possuísse crédito fiscal escriturado, deve manter a exigência, visto que a diferença se deu, única e exclusivamente, pela falta de registro da nota fiscal no Livro de Entradas, o que fez divergir do Livro de Apuração, onde consta o registro da nota fiscal emitida em 06/10/2006 pela Transvale Transportes Rodoviários Vale do Piquiri Ltda, não acarretando recolhimento a menos de ICMS, visto que teve mais crédito do que débito naquele mês, o que não pode ser desconsiderado.

Quanto à infração 5, diz que mesmo reconhecendo que as notas fiscais n.ºs 3550, 3546 e 3548 são de simples remessa e não representam entrada de mercadoria, não configurou a acusação de entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Contesta que não pode converter em outra multa de 1%, por entender que não é cabível, a menos que seja feito novo lançamento, reabrindo o prazo de defesa.

Esta JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 763), para que a autuante procedesse o refazimento do levantamento quantitativo de estoques, contemplando os documentos juntados ao processo (infração 6), bem como analisar os documentos acostados ao processo relativo às outras infrações.

A autuante presta nova informação fiscal (fl. 767/768) e diz que nas vezes anteriores que refez o levantamento quantitativo de estoques, o mesmo foi realizado com acompanhamento dos representantes da empresa (Sr^a Taciana e Sr. Márcio Nascimento).

Diz que a omissão de entrada apurada de 32.852 quilos de algodão corresponde a 0,1982% do total movimentado de 16.573.109 quilos e que isso ocorreu em razão de diversos fatores (erro técnico

da balança; erro técnico na emissão de notas fiscais; alteração de peso durante a estocagem). Entende ser mais adequado “não efetuar o lançamento do imposto para a diferença encontrada”.

Com relação às infrações 3 e 4 (diferença de alíquota), afirma que:

- a) Ficou comprovado o recolhimento do ICMS relativo às notas fiscais 82346 e 1789, conforme DAE juntado à fl. 754, muito embora não corresponda ao código da receita que foi solicitado retificação, mas que pode ser constatado pela soma do valor recolhido;
- b) Não cabe exigência do imposto em relação à nota fiscal 910145, por se tratar de mercadoria que possui alíquota de 7% dentro do Estado face à redução da base de cálculo (art. 87, V do RICMS/BA), motivo pelo qual excluiu o valor correspondente de R\$ 616,69;
- c) Comprovado o recolhimento do imposto referente à nota fiscal 270061, conforme DAE juntado ao processo (fls. 758/759).

Por fim, diz que junta ao processo novos documentos relativos ao levantamento quantitativo de estoques e novo demonstrativo de débito à fl. 768 referente às infrações 2 e 5 com valores respectivos de R\$481,93 e R\$2.464,90.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da nova informação fiscal, inclusive fornecido cópia dos novos demonstrativos juntados ao processo e concedeu prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse o que não ocorreu no prazo legal.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da infração 6 (fl. 352) sob o argumento de que não foi demonstrado quantitativamente a diferença apontada na infração, o que impossibilitou exercer o seu direito de defesa. Por determinação do CONSEF foram efetivadas diversas diligências fiscais, tendo inclusive na última (fl. 765) a autuante refeito os demonstrativos originais fazendo-se acompanhar de representantes da empresa. A empresa foi cientificada do resultado da diligência, com entrega dos demonstrativos refeitos e não se pronunciou no prazo legal que lhe foi concedido. Portanto, entendo que as inconsistências apresentadas no levantamento fiscal foram saneadas, o contribuinte tomou conhecimento e pode exercer o seu direito de defesa, não havendo o cerceamento alegado, motivo pelo qual não acato a nulidade pleiteada.

No mérito, o Auto de Infração em lide trata da exigência do ICMS relativo a diversas infrações: falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, da diferença de alíquota (consumo/ativo) e pela falta de emissão de documentos fiscais apurado mediante levantamento quantitativo de estoques; recolhimento a menos do imposto, além da aplicação de multa de 10% sobre o valor de entradas não registradas.

Com relação à infração 1 (antecipação parcial), o recorrente alegou que adquiriu mercadorias em outros estados e revendeu também para outros estados, não cabendo a exigência do pagamento do ICMS antecipação parcial, por entender que esta diferença foi paga no momento da saída das mercadorias, não tendo causado qualquer prejuízo ao Estado da Bahia. Entende que a sua cobrança configura exigência em duplicidade.

Conforme esclarecido pelo defendente, estando localizado no município de Luis Eduardo Magalhães – BA, adquire algodão em pluma e realiza vendas destas mercadorias para indústrias têxteis localizadas em Estados do Nordeste.

Observo que a Lei nº 8.967/03, que acrescentou o art. 12-A na Lei nº 7.014/96, estabeleceu que nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, não se aplicando a operações internas acobertadas por isenção, não-incidência ou antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Assim sendo, a legislação estabeleceu de forma ampla que toda e qualquer mercadoria adquirida fora do Estado que for destinada a comercialização está sujeita ao pagamento do ICMS antecipação parcial, exceto se nas operações internas subseqüentes não forem tributadas pelo imposto ou já tiver sido pago o imposto por antecipação que encerre a fase de tributação, o que não se aplica às operações objeto da autuação.

Tal situação equipara o ônus do ICMS pago nas operações interestaduais ao das aquisições internas, tendo em vista que o montante do imposto destacado no documento fiscal de origem proveniente de outro Estado, somado ao pago a título de ICMS antecipação parcial, iguala ao valor do imposto relativo às aquisições dentro do Estado da Bahia. Uma vez pago o ICMS antecipação parcial, se o contribuinte estiver inscrito no cadastro de regime simplificado ou de receita bruta, conforme legislação vigente à época dos fatos geradores (2006) era vedada a utilização do crédito, implicando num custo adicional o valor pago do ICMS antecipação parcial.

Pelo exposto, concluo que as operações objeto da autuação, de aquisição de algodão em outros Estados e destinados à comercialização, estão sujeitas ao pagamento do ICMS antecipação parcial, independente que as operações de comercializações subseqüentes ocorram dentro do estado ou em operações interestaduais, não existindo qualquer regra de exceção na legislação tributária em relação às operações interestaduais.

Quanto ao argumento defensivo de que a diferença do imposto ora exigido foi paga no momento das saídas interestaduais e sua exigência configura duplicidade no pagamento, não pode ser acatado, em razão de que o estabelecimento autuado apurava o imposto pelo regime normal e o poderia escriturar a crédito do ICMS recolhido a título de antecipação parcial, para ser compensado com o débito gerado nas operações interestaduais, o que não configura pagamento em duplicidade. Caso as operações praticadas resultassem em acúmulo de crédito fiscal, a legislação do ICMS estabelece mecanismos que possibilitem a seu utilização. Caberia ao contribuinte fazer uma consulta por escrito à administração tributária e não informal, como alegou na defesa, para certificar-se da não obrigatoriedade do pagamento do ICMS antecipação parcial sobre as operações de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização. Entendo que não cabe ao contribuinte utilizar procedimentos alternativos em desconformidade com a legislação do ICMS, sob pena de tornar inócua a legislação tributária pertinente que instituiu a modalidade do ICMS antecipação parcial. Agindo como procedeu, o contribuinte assumiu o risco e a responsabilidade pela infração que ora lhe é imputada.

Também não pode ser acatado o argumento de que não causou prejuízo ao Erário Público, tendo em vista que a falta de pagamento do ICMS antecipação parcial no prazo legal e apuração do imposto em decorrência do recolhimento no momento da venda subseqüente, pode resultar em intempestividade no pagamento do imposto a depender dos momentos de compras e vendas realizadas, configurando em certos casos, prejuízo para o Estado da Bahia. Ressalto que o valor do ICMS pago a título de antecipação parcial é assegurado o direito de crédito para os estabelecimentos que apuram o imposto pelo regime normal, podendo inclusive ser utilizado para pagamento de imposto em decorrência de lavratura de Auto de Infração, o que resulta efetivamente em ônus da aplicação da multa.

Já em relação ao argumento defensivo de que apesar de não ter realizado o pagamento do ICMS antecipação parcial, o imposto foi pago no momento das vendas realizadas e exclui a aplicação de qualquer multa, nos termos do art. 138 do CTN, não pode ser acolhido, em razão de que o citado dispositivo legal aplica-se às situações em que ocorrer denúncia espontânea da infração, o que não ocorreu no presente caso, visto que o imposto ora exigido foi apurado por meio de ação fiscal (Auto de Infração), que elimina o caráter de espontaneidade por parte do contribuinte.

No tocante à multa aplicada (art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96), na defesa inicial o impugnante alegou que só é aplicável em relação às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e que não pode ser aplicada ao ICMS antecipação parcial que não encerra a

fase de tributação das mercadorias. Na última manifestação feita, argumentou que só pode ser aplicada a partir de 27/11/07, quando entrou em vigência a Lei nº 10.847/07 que acrescentou a expressão “inclusive por antecipação parcial”. Verifico que o citado dispositivo legal vigente na época dos fatos geradores, estabelecia que para as infrações tipificadas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação por contribuinte do regime normal de apuração, nas hipóteses regulamentares;

Embora o CONSEF nas suas decisões não tenha pacificado a interpretação destes dispositivos, meu entendimento é de que apesar desta tipificação da multa anteceder a instituição do ICMS antecipação parcial, tal previsão abrange de forma genérica a falta de recolhimento de imposto tempestivamente de qualquer modalidade de antecipação do imposto e não de modo específico à antecipação que encerre a fase de tributação como quis fazer crer o contribuinte. Entendo, também, que o legislador ao acrescentar a expressão, inclusive por antecipação parcial, ao citado dispositivo a partir da vigência da Lei 10.847/07, quis apenas tornar mais clara a sua interpretação e correta a aplicação da multa.

Ressalto que de forma análoga, o art. 42, § 1º da Lei nº 7.014/96, estabelece que:

No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II.

Concluo esta linha de raciocínio, conforme transcrição do dispositivo legal acima, na situação em que o contribuinte deixe de recolher o imposto por antecipação no prazo regulamentar que encerre a fase de tributação, mas que comprovar que tributou nas operações de saídas posteriores, deve ser aplicada a multa de 60% sobre o valor do imposto que deveria ter sido pago por antecipação. Em se tratando de ICMS antecipação parcial, o contribuinte que apura o imposto pelo regime normal tem direito a utilizar como crédito fiscal do valor do imposto que foi pago (antecipação parcial), resultando de forma objetiva, a imposição da multa de 60% do imposto que deixou de ser pago no prazo previsto na legislação tributária, situação esta similar a da prevista no art. 42, § 1º da Lei nº 7.014/96, devendo, portanto, ser mantida a multa aplicada, por ser legal.

Quanto às alegações defensivas do cometimento de erros materiais no levantamento procedido pela fiscalização, relacionados na defesa inicial (fls. 217 a 220), a autuante acatou a maior parte deles na primeira informação fiscal, tendo apresentado novo demonstrativo de débito (fls. 326/328), consoante demonstrativo analítico apensado às fls. 330 a 339. Na segunda manifestação, o autuado contestou argumentando que não foi observado que as notas fiscais de nºs 3550, 3546 e 3548 se tratam de operações de remessa por conta e ordem de terceiros conforme notas fiscais 452, 475 e 479 (fl. 348). A autuante na informação fiscal prestada em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF (fls. 361 e 362) não se manifestou sobre este fato e informação fiscal posterior (fl. 672) afirmou que o fato de ser de simples remessa não exime de escrituração as mencionadas notas fiscais.

Pela análise dos documentos juntados ao processo, verifico que as cópias das notas fiscais acostadas com a defesa às fls. 262/267, de nºs 452 e 3550; 475 e 3546; 479 e 3548, as primeiras se referem à operações de vendas realizadas pela COOPERPLUMA e as segundas corresponde a simples remessa da ALGOMONTE, tendo sido escrituradas as notas fiscais relativas às vendas e não escrituradas as notas fiscais correspondentes de simples remessa. Constatado que as citadas notas fiscais foram emitidas no dia 28/09/06, foram visadas nos postos fiscais de trânsito de mercadorias nos dias 29 e 30/09/06, tendo a empresa vendedora apostado no corpo da nota fiscal que as mercadorias saíam do estabelecimento remetente. Pelo confronto do demonstrativo original elaborado pela fiscalização à fl. 15 com o refeito à fl. 332, constato que a autuante manteve a exigência do ICMS relativo às notas fiscais de compras (452, 475 e 479) e também das remessas

(3550, 3546 e 3548) que não foram escrituradas. Observo que a operação de compra das mercadorias foi devidamente escriturada com indicação nos documentos fiscais emitidos da vinculação da nota fiscal de simples remessa. Por isso, deve ser afastada a exigência do ICMS antecipação parcial das mencionadas notas fiscais. Assim sendo, tomo como base o demonstrativo sintético da autuante à fl. 328 e faço a exclusão dos valores correspondentes, das notas fiscais de simples remessa, conforme abaixo discriminado.

Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Débito autuado	Débito ajustado
31/08/06	09/09/06	88.195,76	17,00	60,00	14.993,98	14.993,98
Setembro/06					379.457,24	
		Exclusão NF	3550	Fl. 332	8.080,89	
		Exclusão NF	3546	Fl. 332	8.255,50	
		Exclusão NF	3548	Fl. 332	8.312,63	
30/09/06	09/10/06	2.087.107,18	17,00	60,00	354.808,22	354.483,55
31/10/06	09/11/06	5.220.491,47	17,00	60,00	887.483,55	887.483,55
30/11/06	09/12/06	1.100.721,71	17,00	60,00	187.122,69	187.122,69
31/12/06	09/01/07	597.656,35	17,00	60,00	101.601,58	101.601,58
31/01/07	09/02/07	57.947,06	17,00	60,00	9.851,00	9.851,00
Total					1.580.509,34	1.555.536,35

Por tudo que foi exposto, fica mantida parcialmente a infração 1, com valor devido de R\$1.555.536,65. Infração subsistente em parte.

Com relação à infração 2, relativo ao recolhimento a menos do imposto no mês de novembro/06, na defesa apresentada o autuado alegou que a diferença apontada pela fiscalização de R\$481,93, decorre do Conhecimento de Transporte 1043, emitido pela Transvale, que não foi levado em conta na transposição do livro REM para o livro RAICMS, o que foi contestado pela autuante na primeira informação fiscal. Na segunda manifestação à fl. 235, a empresa reiterou o argumento inicial, afirmando que o referido CTRC “foi registrado no livro de Entradas em 05/11/06, que não foi levado em conta pela autuante” e na manifestação acerca da informação fiscal (fl. 249), argumentou que embora “não foi registrada no livro de Entradas, mas o foi no Livro de Apuração” e que mesmo que fosse desconsiderado o crédito fiscal, no conta corrente daquele mês, obteve saldo credor e que o imposto exigido foi totalmente absorvido pelos créditos escriturados.

Pela análise dos elementos constantes do processo, constato que em suporte ao demonstrativo da fiscalização à fl. 26, foi juntado à fl. 28, cópia do livro RAICMS indicando valor total dos créditos no mês de novembro/06 de R\$748.410,96 e à fl. 30, cópia do livro REM relativo ao mesmo mês totalizando R\$747.929,03, o que demonstra a existência da diferença de R\$481,93 apontada na infração. Junto com a defesa, o autuado acostou cópia do CTRC 1043, emitido pela Transvale Transporte Rodoviários Ltda (fl. 242), o qual destaca ICMS no valor de R\$481,93.

Pelo exposto, restou caracterizada a infração apontada de que há divergência entre o valor dos créditos apurados no livro REM e o transportado para o livro RAICMS. Na defesa inicial e manifestações posteriores a empresa se contradiz ao afirmar que o mencionado CTRC foi escriturado no livro REM e posteriormente que não foi escriturado no livro REM, mas foi escriturado no livro RAICMS. Entendo que para comprovar a regularidade do crédito fiscal, caso não tivesse sido escriturado no livro REM, a empresa poderia ter lançado diretamente no livro de Apuração do ICMS na coluna “outros créditos”, com a indicação do nº do CTRC e juntar cópia do livro REM (mês de outubro, no qual foi emitido em novembro, que afirma ter escriturado), para demonstrar a regularidade do crédito fiscal. Entendo que a simples juntada da cópia do CTRC não constitui prova suficiente para elidir a infração apontada.

Quanto à alegação defensiva de que mesmo que o crédito fiscal fosse desconsiderado, possuía saldo credor, não pode ser acatada, tendo em vista que a acusação é de que o ICMS foi recolhido a menos em decorrência de ter apurado um montante de créditos com suporte em documentos fiscais registrados no livro REM e ter transportado para o livro RAICMS um valor superior ao

apurado. Entendo que o recolhimento a menos não se refere especificamente àquele mês e sim na apuração do imposto no conta corrente, que poderá ocorrer no exercício fiscalizado ou em outro exercício subsequente. Ressalto que a empresa pode fazer a escrituração do crédito dentro do período de prescrição e decadência em conformidade com as regras estabelecidas no RICMS/BA. Por isso, considero subsistente a infração 2, devendo ser mantido o valor exigido.

Relativamente às infrações 3 e 4, na defesa inicial o autuado reconheceu parte do débito, tendo sido acatado em parte pela autuante no momento que prestou a primeira informação fiscal. Na manifestação acerca da informação fiscal o impugnante alegou que apesar de ter corrigido os demonstrativos originais, não foi levado em conta os recolhimentos efetuados com o código fiscal errado. Na segunda informação fiscal (fls. 326/327), a autuante refez novamente os demonstrativos que não foram contestados pelo recorrente no momento que se manifestou acerca da segunda informação fiscal.

Verifico pelo confronto dos demonstrativos originais juntados às fls. 23 e 24 com o juntado pela autuante à fl. 329, que foram excluídos os valores exigidos que foram recolhidos com o código 2175 (antecipação parcial), conforme cópias de DAEs acostados com a defesa às fls. 245 a 253. Constató que o valor recolhido refere-se efetivamente ao pagamento do ICMS de diferença de alíquota na aquisição de ativo/consumo e mesmo que tenha sido recolhido com o código errado, é razoável acolher os valores recolhidos.

Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF (fl. 765) a autuante, fez a exclusão dos valores exigidos:

- 1) De R\$9.003,50, face à apresentação do DAE juntado à fl. 754, relativo ao recolhimento das notas fiscais 82346 e 1789;
- 2) De R\$616,69, visto que se trata de aquisição de impressora consignada na nota fiscal 910145, por se tratar de mercadoria que possui alíquota de 7% dentro do Estado face à redução da base de cálculo (art. 87, V do RICMS/BA);
- 3) De R\$290,00, face a comprovação do recolhimento referente à nota fiscal 270061, conforme DAE juntado ao processo (fls. 758/759);
- 4) De R\$547,50 relativo à comprovação do pagamento da nota fiscal 7600 (fl. 672).

Por tudo que foi exposto, considerando os ajustes procedidos nos demonstrativos iniciais e os ajustados nas informações fiscais relativas às diversas diligências, não restou qualquer valor a ser exigido em relação às infrações 3 e 4. Infrações insubsistentes.

Quanto à infração 5, relativa à multa aplicada por ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, o autuado alegou que as mercadorias foram adquiridas da empresa COOPERPLUMA, que emitiu as notas fiscais de vendas 452, 475 e 477, e que para acobertar sua circulação foram emitidas as notas fiscais de simples remessa de n^{os} 3550, 3546 e 3548 emitidas pela ALGOMONTE.

Conforme apreciado na infração 1, verifico que as cópias das notas fiscais acostadas com a defesa às fls. 262/267, de n^{os} 452 e 3550; 475 e 3546; 477 e 3548, as primeiras notas fiscais se referem às operações de vendas realizadas pela COOPERPLUMA, na qual foi destacado o imposto e as notas fiscais emitidas pela empresa ALGOMONTE se referem à remessa das mesmas mercadorias.

Nas últimas informações fiscais prestadas em atendimento às diligências determinadas pelo CONSEF a autuante elaborou novos demonstrativos de débitos (fls. 673 e 768) propondo redução do percentual aplicado de 10% (falta de registro de entradas tributadas) para 1% (entradas não tributável ou cujo imposto já tenha sido pago por antecipação).

Constató que as notas fiscais relativas às aquisições das mercadorias de n^{os} 452, 475 e 477 foram escrituradas no livro REM do estabelecimento autuado, conforme documento acostado pela autuante à fl. 76. Dessa forma, restou caracterizado que as operações de aquisições de mercadorias consignadas nas notas fiscais de simples remessa objeto da autuação de n^{os} 3546,

3548 e 3550, conforme demonstrativo à fl. 191 foram registradas pelas notas fiscais de compra, descaracterizando a acusação de entrada de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, o que afasta integralmente a exigência fiscal.

Quanto à proposição da autuante de redução da multa para 1% também não pode ser acatada, tendo em vista que conforme anteriormente apreciado, na situação presente a operação de aquisição das mercadorias é tributável e foi registrada. Infração insubsistente.

No tocante à infração 6, na defesa inicial o autuado apontou equívocos cometidos pela autuante afirmando que foi utilizado valores ao invés de quantidade para multiplicar pelo preço médio, além de ter considerado indevidamente as quantidades consignadas de notas fiscais de simples remessa ou canceladas, o que foi contestado na primeira informação fiscal pela autuante (fl. 229). Após diversas diligências determinadas pelo CONSEF, na última informação fiscal a autuante admitiu que a diferença da omissão apurada era “muito pequena em relação ao total das entradas”, admitiu que decorria de diversos fatores e concordou que achava “mais adequado não efetuar o lançamento”.

Com relação aos argumentos apresentados pela autuante para desconstituir o lançamento, entendo que não deve ser acatado, tendo em vista que a empresa ao registrar contabilmente quantidades de mercadorias que dão entrada no estabelecimento, ao ocorrer variações nas quantidades (erro de pesagem, unidade, divergência entre quantidade física e constante da nota fiscal), com base nos princípios contábeis, deve fazer os ajustes necessários no momento da elaboração das Demonstrações Contábeis (Balanço Patrimonial/Demonstração de Resultado do Exercício). Esses ajustes são previstos também pela legislação tributária, mediante registros contábeis para ajustar as quantidades físicas existentes (inventários) com as quantidades registradas na contabilidade. Por isso, não deve ser admitido diferenças entre o estoque físico e o contábil.

Entretanto, pela análise dos elementos juntados ao processo verifico que:

- 1) No demonstrativo original (fl. 180) foi apurado omissão de saída de mercadorias totalizando base de cálculo de R\$827.825,97 e ICMS devido de R\$140.730,41;
- 2) Com a indicação de erros materiais no levantamento quantitativo apontados na defesa às fls. 217/220 (notas fiscais canceladas, devolução simbólica, quantidades incorretas) a autuante contestou na primeira informação fiscal sob alegação da não apresentação de documentação probante;
- 3) Na manifestação do contribuinte sobre a informação fiscal (fls. 236/237), foi reiterada a indicação de erros materiais no levantamento fiscal e juntados documentos. A autuante na segunda informação fiscal (fl. 327) refez o demonstrativo original e indicou no demonstrativo sintético à fl. 340 reversão de omissão de saída para omissão de entrada de mercadorias com base de cálculo de R\$192.653,99 e ICMS devido de R\$32.751,18;
- 4) O recorrente ao manifestar-se sobre a segunda informação fiscal (fl. 352) questionou que o demonstrativo refeito não comprovava a existência de uma diferença quantitativa e pediu a nulidade da infração, sob o argumento de que teve cerceado o seu direito de defesa, o que foi contestado pela autuante na terceira informação fiscal (fl. 361);
- 5) Em atendimento a primeira diligência determinada pelo CONSEF (fl. 372), a autuante refez outra vez o demonstrativo, apontando omissão de entrada de mercadorias com base de cálculo de R\$1.173.880,56 e ICMS devido de R\$199.559,69 (fl. 402), o que foi contestado pelo impugnante na manifestação à fl. 428, tendo juntado novos documentos;
- 6) Em decorrência da segunda diligência determinada pelo CONSEF (fl. 542) a autuante refez o levantamento quantitativo de estoques, indicando reversão de omissão de entrada de mercadorias para omissão de saída, com base de cálculo de R\$4.040.749,63 e ICMS devido de R\$686.927,44 (fl. 674), o que foi contestado pelo autuado afirmando que a revisão aumentou os equívocos aumentando a base de cálculo em quatro vezes (fl. 714), tendo juntado demonstrativo próprio para tentar provar a existência de inconsistências;

- 7) Em atendimento a terceira diligência determinada pelo CONSEF (fl. 765) a autuante refez novamente o levantamento quantitativo de estoques, indicando omissão de saída de mercadorias, com base de cálculo de R\$88.820,98 e ICMS devido de R\$15.099,57 (fl. 797), o que não foi contestado pelo autuado ao ser cientificado da última informação fiscal.

Pelo exposto, em busca da verdade material foram realizadas diversas diligências com objetivo de sanear as inconsistências apontadas pelo impugnante e tendo recebido cópias dos demonstrativos e da informação fiscal relativa à terceira diligência determinada pelo CONSEF, não foi contestado o valor remanescente da omissão de saída apontado pela fiscalização, nem foi apresentado qualquer argumento ou documento para tentar comprovar possíveis inconsistências no levantamento fiscal refeito.

Como o autuado é detentor dos elementos probatórios em relação ao levantamento fiscal procedido pela fiscalização e não contestou os dados apontados no último demonstrativo refeito pela autuante, deve ser admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, ao teor dos artigos 140 e 142 do RPAF/BA, motivo pelo qual acato os demonstrativos juntados pela autuante às fls. 769 a 797 e considero devido o valor de R\$15.099,57. Infração subsistente em parte.

Assim sendo, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo resumo abaixo, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Inf.	Base de Cálculo	Aliq %	Multa Fixa	Multa %	Valor do Débito	Julgado
1	9.150.209,71	17		60	1.555.536,35	Procedente em parte
2	2.834,88	17		60	481,93	Procedente
3	0,00	17		60	0,00	Improcedente
4	0,00	17		60	0,00	Improcedente
5	0,00		10%		0,00	Improcedente
6	88.821,00	17		70	15.099,57	Procedente em parte
					1.571.117,85	

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 **206905.0001/07-6** lavrado contra **LOUIS DREYFUS COMMODITIES BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.571.117,85**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.556.018,28 e 70% sobre R\$15.099,57, previstas no art. 42, II, “a” e “d” e III da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR