

A. I. N° - 295902.1201/08-9
AUTUADO - AUTO POSTO CARAÍPE LTDA
AUTUANTE - JACI LAGE DA SILVA ARYEETAY
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 23/12/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0405-03/09

EMENTA: **ICMS.1.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (COMBUSTÍVEIS). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. A empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido tanto o imposto de responsabilidade do sujeito passivo, quanto o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), por tratar-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Infrações procedentes em relação aos exercícios de 2003 a 2007, e elididas em parte, após revisão dos cálculos pelo autuante, quanto ao exercício de 2008. **2.** IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração parcialmente elidida, com comprovação de pagamento de parte do imposto lançado. **3.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Contrariado, pelo contribuinte, o previsto nos artigos 2º, inciso IV, e 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, e o teor do artigo 5º, inciso I, do RICMS/BA. Infração elidida em parte. **4.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Contribuinte comprovou pagamento de parte do imposto antes da ação fiscal. Revistos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Infração parcialmente elidida. **5.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para

comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Todavia, considerando a inexistência de multa específica para a imputação à época dos fatos geradores da obrigação tributária, aplicada a penalidade descrita na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 (60%), prevista para todo e qualquer caso em que se configure infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do mencionado artigo 42, e que importe em descumprimento de obrigação tributária principal, não havendo dolo. Refeitos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Infração elidida em parte. Rejeitadas as preliminares de decadência e de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 05/12/2008 e exige ICMS no valor total de R\$93.986,85 pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por aquisição de mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Exercícios de 2003 a 2007. Demonstrativos à fl. 19. ICMS no valor de R\$13.714,28, acrescido da multa de 60%.

Infração 02. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Exercícios de 2003 a 2007. Demonstrativos à fl. 19. ICMS no valor de R\$50.488,96, acrescido da multa de 70%.

Infração 03. Falta de recolhimento de ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado em levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. Exercício de 2008. Demonstrativos à fl. 20. ICMS no valor de R\$4.813,83, acrescido da multa de 60%.

Infração 04. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. Exercício de 2008. Demonstrativos à fl. 20. ICMS no valor de R\$ 17.291,06, acrescido da multa de 70%.

Infração 05. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Exercício de 2006 – meses de agosto e setembro; Exercício de 2007 – mês de novembro; Exercício de 2008 – mês de junho. Demonstrativos à fl. 71. ICMS no valor de R\$ 120,50, acrescido da multa de 60%.

Infração 06. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e

destinadas a consumo do estabelecimento. Exercício de 2003 – meses de janeiro a setembro, novembro e dezembro; Exercício de 2004 – meses de janeiro a maio, julho, e outubro; Exercício de 2005 – meses de fevereiro, março, maio, junho a dezembro; Exercício de 2006 – meses de janeiro a março, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro; Exercício de 2007 – meses de fevereiro a julho e setembro a dezembro. Exercício de 2008 – meses de janeiro a setembro. Demonstrativos às fls. 72 a 78. ICMS no valor de R\$ 6.521,86, acrescido da multa de 60%.

Infração 07. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 do RICMS/BA. Exercício de 2003 – meses de janeiro, março, abril e dezembro; Exercício de 2004 – meses de janeiro, fevereiro, abril e julho; Exercício de 2005 – meses de março, junho e dezembro; Exercício de 2007 – meses de outubro e novembro; Exercício de 2008 – meses de janeiro, abril, julho e agosto. Demonstrativos à fl. 79 e 80. ICMS no valor de R\$ 718,22, acrescido da multa de 60%.

Infração 08. Recolhimento a menos de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Exercício de 2004 – meses de julho e agosto; Exercício de 2005 – mês de agosto; Exercício de 2006 – mês de setembro; Exercício de 2007 – meses de outubro e novembro. Demonstrativos à fl. 81. ICMS no valor de R\$ 318,14, acrescido da multa de 60%.

Às fls. 549 a 584 (volume III) o autuado, por intermédio de advogada com Procuração à fl. 585, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício. Inicialmente o autuado relata as infrações uma por uma. Em seguida, o mesmo insurge-se com base no princípio constitucional do “Due Process of Law” contido no artigo 5º, LIV e LV, da Constituição da República, alegando que o Auto de Infração não preenche os requisitos mínimos legais, arguindo a sua nulidade.

Preliminarmente, o autuado alega a decadência tributária. Transcreve artigo 150, §4º do CTN. Alega que os créditos anteriores à 11/01/2004 estão tragados pela decadência, vez que a ciência do auto infracional só ocorreu em 11/01/2009.

Argüi ainda a nulidade do Auto por inobservância de critérios fáticos e jurídicos. Traz exemplos em relação às infrações 05 a 08. Diz, em relação à Infração 5, na competência Nov/2007 não foi considerado o valor de R\$ 30,03 pago em 01/12/2008. Em relação à Infração 6, diz que o valor de R\$ 6.145,32 foi lançado em outros débitos no Registro de Apuração do ICMS conforme art. 116 do RICMS/BA, mas foi apurado pela autuante o valor de R\$ 6.521,85, sendo que a diferença foi de R\$ 376,53. Alega ainda que em relação à Nota Fiscal nº 007298 – R\$1.533,80, o imposto correto é R\$153,38, porém foi calculado pela fiscalização R\$ 1.560,80. Em relação à Infração 7, diz que a autuante calculou ICMS Antecipação Tributária sobre preservativo, mas o autuado alega ser mercadoria isenta de ICMS, conforme artigo 32 do RICMS/BA. Diz ainda que a autuante não considerou alguns DAEs como pago, exemplo: Notas Fiscais nºs 3182 e 1642. E que o valor real da Nota Fiscal nº 001949 é R\$124,30, porém foi considerado pela autuante com o valor de R\$ 337,10. Além disso, alega que a Nota Fiscal nº 17131 se trata de material para uso. Em relação à Infração 8, o autuado diz que o ICMS Antecipação Parcial referente às Notas Fiscais nºs 1247, 1248, 54758 e 007370 já foi pago. Diz ainda que a Nota Fiscal nº 1807 no valor de R\$139,50 é do Estado da Bahia, portanto, não poderia incidir ICMS Antecipação Parcial. E que as Notas Fiscais nºs 6997, 7195, 100307 e 4142 referem-se à mercadoria para uso ou consumo. Sobre a Nota Fiscal nº 4142, diz que o valor correto é de R\$ 117,00, conforme o artigo 69 do RICMS/BA.

O autuado alega que o fisco agiu de forma atípica, pois conferiu tratamento fiscal equivocado de plena nulidade absoluta, com base em presunção fiscal, proibida pelo Direito Brasileiro, especialmente violou o artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal. Salienta que a autuante utilizou-se aleatoriamente da alíquota de 17% e multa de 60%, mas que a legislação que define a base de cálculo do ICMS não tipifica no contexto constitucional a presunção como imputação de fraude e correspondente suprimento de caixa de origem não comprovada. Diz também que a fiscalização não logrou êxito, pois aplica Decreto quando deveria ser verificada a Lei de regência

da matéria, e que a alíquota de 17% não pode ser uniforme a todos os produtos. Discorre também sobre a Substituição Tributária ou pagamento por antecipação, citando doutrinadores como Roberto de Siqueira Campos e Aires Barreto. Alega que, sendo a base de cálculo uma descrição legal de um padrão ou unidade de referência que possibilite a quantificação financeira do fato tributário, e este é a operação que envolve a saída de mercadorias, a base de cálculo deve medir a intensidade desse comportamento consistente em realizar a operação de saída de mercadorias, e não um valor aleatório arbitrariamente fixado em forma de percentuais que incidirão sobre fictícia margem de lucro de uma operação futura que, eventualmente, pode vir a não ocorrer. Transcreve mais uma vez a lição de Aires Barreto. Após discorrer contrariamente à constitucionalidade da possibilidade de inserção desse regime de substituição tributária, o autuado transcreve breve trecho do comentário do Professor Alcides Jorge Costa.

Discorre sobre o entendimento a respeito da inconstitucionalidade do artigo 150, §7º da Constituição da República. Cita nomes de diversos tributaristas que entendem que o instituto da substituição tributária progressiva fere diversos princípios constitucionais, tais como: o princípio da não cumulatividade, afetado de forma indireta; o princípio da instituição de tributo com efeito de confisco e o princípio da capacidade contributiva, pois afirma que o preço de ICMS a ser pago pelo contribuinte se torna proibitivo diante da alta majoração que sofre pelo recolhimento antecipado pelas operações subseqüentes; e o princípio da tipicidade tributária, uma vez que não se pode conceber um tributo sem fato gerador. Cita ainda o entendimento acerca do instituto da substituição tributária progressiva dado por Hugo de Brito Machado, Geraldo Ataliba e Aires Barreto.

O autuado faz considerações gerais acerca do ICMS na Constituição Federal. E diz que, pelo fato de não conflitarem com a Constituição Federal de 1988, continuam em vigor, com hierarquia de Leis Complementares, o Decreto-Lei nº 406/68 e o CTN, no pertinente à disciplina do ICMS, o fato gerador e a base de cálculo. Assim, alega que o sujeito passivo da obrigação tributária, em princípio deve ser aquele que praticou o ato descrito como núcleo do fato gerador, sendo incabível que algum devedor substitua outra que ainda não seja contribuinte relativamente à operação considerada. O autuado diz que por determinação de regra transitória da Carta Política (artigo 34, §8º do ADCT) a legislação de regência (decreto-lei nº406/88) tem a mera função de regulamentar provisoriamente a incidência do ICMS tão só no que diz respeito às lacunas existentes e sobre matéria tratada em Lei Complementar não recebida, no todo ou em parte, pela Constituição da República. O autuado discorre também acerca do princípio da não cumulatividade do ICMS criticando o regime de substituição tributária para frente, cita ensinamento de Walter Paldes Valério.

O autuado traz ainda como matéria defensiva a não-vinculação do substituto tributário ao fato gerador e sua conseqüente antecipação, dizendo que o artigo 128 do CTN somente admite a substituição tributária de sujeitos relacionados à operação, alega que não é o caso do mesmo. Fundamenta seu entendimento diante da exigência tributária de recolhimento do ICMS sobre os estoques da Autora, o que sequer envolve a ocorrência da hipótese de incidência daquela exação tributária: circulação de mercadorias, nos termos do artigo 155, II, §2º, da Constituição Federal. Cita trecho de parecer fornecido pelo professor Alcides Jorge Costa. Diz que o princípio da capacidade tributária cai por terra, eis que, no termo da legislação baiana ora guerreada, acaba por ser responsável pelo recolhimento da exação tributária pessoa totalmente dissociada do fato que gera a incidência do tributo.

Discorre ainda a respeito da base de cálculo lançada a partir de valores presumidos, e diz ser predominante na jurisprudência o entendimento de que é injurídica a pretensão de ser arbitrada a base de cálculo do imposto a partir de dados que não correspondam, concretamente, à geração de riquezas. Assim, diz que, no caso em discussão, ainda não existe a circulação concreta de mercadorias, porém a legislação estadual pretende que o valor a ser recolhido seja com base em valores presumidos. Se os valores presumidos são a maior do que aqueles efetivamente praticados no mercado, evidentemente, o recolhimento de ICMS a maior gera enriquecimento

ilícito do Estado. Cita comentários de Sacha Calmon Navarro acerca da EC 3/93, criticando a constitucionalidade do instituto da substituição tributária veiculada por esta Emenda. Cita também os comentários de Roque Antônio Carrazza. Mais uma vez discorre sobre o §7º do artigo 150 da Constituição Federal, sobre este transcreve trecho de parecer do Professor Alcides Jorge Costa. O autuado salienta que este parágrafo supracitado reclama, para sua incidência, a edição de lei federal que verse precisamente sobre a caracterização da substituição tributária, devendo ser assegurada a imediata e preferencial restituição da garantia já paga, caso não se realizar o fato gerador presumido. O autuado transcreve e faz comentários de diversos julgados tanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Paraná.

O autuado alega como fundamento de defesa a ilegalidade e inconstitucionalidade das normas que se referem às multas tributárias. Comenta acerca da Lei 7.014/96, artigo 42, II, primeiro transcreve o artigo citado demonstrando que a multa a ser aplicada é de 60%, e depois diz que a lei prescreve que as omissões de receita tributáveis devem ser constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque e isso não ocorreu. Assim, alega que a multa é indevida. Diz que ainda que a multa fosse aplicada corretamente com o levantamento de estoque e os outros livros fiscais, o caminho estruturalista do direito tributário comporta a interpretação de que as multas são identificadas como Normas Gerais de Direito Tributário, transcrevendo o artigo 146, III, “b”, da Constituição da República. Em seguida, o autuado faz breve comentário sobre o crédito tributário, citando artigos 142, 113, §1º e §2º do CTN. Conclui que se a lei complementar é o veículo condutor das normas gerais de Direito Tributário e só pode ser criada por quorum especial, as multas devem ser tidas como normas gerais de Direito Tributário porque os tributos, na sua grande maioria, são objetos de lei complementar e restritivamente, na sua criação ou majoração, são submetidos aos Limites Constitucionais de Tributar. Cita o artigo 97, V do CTN que dispõe que seja objeto de lei ordinária as funções de cominar multa pelo não-pagamento do tributo bem como por infração formal, instrumental, facultando criá-las e extingui-las. Alega que o conteúdo desta norma supracitada trouxe a garantia da legalidade. Assim, o autuado esclarece que apenas a lei pode cominar penalidades. Salienta ainda que o artigo supracitado se refere à multa tributária, que tem um caráter punitivo, e não às constrições políticas, cita o artigo 106, II, c do CTN. Ao final, alega a inconstitucionalidade da multa de 70% por ter sido criada por lei do Estado da Bahia, sem arrimo em lei complementar.

Por fim, discorre acerca da não correção do débito pela taxa SELIC e da ausência de indicação de qual forma de correção monetária foi aplicada ao crédito. Diz o autuado que, com o advento do Decreto Regulamentador do Estado da Bahia nº 7.886, em seus artigos 137 e 138, o crédito tributário deveria ser corrigido pela taxa SELIC. Requer que seja declarado nulo o presente Auto de infração.

Junta documentos às fls. 586 a 605 (volume III).

À fl. 607 a autuante apresenta a sua informação fiscal, acatando parcialmente o pleito do contribuinte. Em relação às Infrações 03, 04, 05, 06, 07 e 08, o autuado apresentou novos documentos, assim em relação aos itens atacados a autuante realizou as devidas alterações. Em relação às Infrações 1 e 2, a autuante considerou que nada de concreto foi apresentado em relação a estas, assim manteve os valores de, respectivamente, R\$13.714,28 e R\$50.488,96. Em relação às Notas Fiscais de fls. 590 a 595, houve correção o que acarretou modificação as Infrações 3 e 4, totalizando os valores de, respectivamente, R\$1.866,61 e R\$6.704,78. Em relação à Infração 5, restou o saldo de R\$90,11, pois foi excluído o valor de R\$30,03. Em relação à Infração 6, restou o valor de R\$777,16, pois foram excluídos os valores lançados no livro de apuração do ICMS e os valores pelos quais foi pago ICMS por antecipação parcial. Em relação à Infração 7, também foi corrigida, restando um valor de R\$433,74, tendo em vista que em relação a alguns documentos foi pago diferencial de alíquota, tendo sido excluídos também os valores relativos a preservativo. Em relação à Infração 8, o valor foi reduzido para R\$82,25. Trouxe novos cálculos e novo

demonstrativo de débito, por isso, ressalva que o contribuinte deve ser cientificado, para se desejar se manifestar no prazo de 10 dias.

Junta documentos às fls. 608 a 792.

O contribuinte foi cientificado da informação fiscal, conforme seu recibo de fl. 793 (volume IV) e manteve-se silente.

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação defensiva de decadência quanto aos fatos geradores objeto da autuação em relação ao exercício de 2003, e anteriores a 11/01/2004, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no artigo 150, §4º, do CTN. , Assinalo que os artigos 150, §4º, e 173, do CTN, estabelecem:

CTN:

art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativo, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

§4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o artigo 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do artigo 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos aos exercícios de 2003 a 2008, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/2003 a 30/09/2008 e só seriam desconstituídos, em relação ao exercício de 2003, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2009; e em relação aos exercícios seguintes, se o lançamento tributário viesse a ocorrer a partir do dia 01/01/2010. Rejeito a preliminar de decadência suscitada, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 05/12/2008, tendo sido realizados atos preparatórios

indispensáveis à constituição do lançamento a partir da data de 02/10/2008, consoante intimação para apresentação de documentos fiscais à fl. 12.

No que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte reproduziu em seu texto, e entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa, inclusive quanto ao mérito. Arguição de nulidade rejeitada.

Quanto à não-cumulatividade do ICMS, a mesma é inquestionável, e o contribuinte não comprova que houve, neste processo, desrespeito à mesma. Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, pelo que deixo de me pronunciar acerca das alegações defensivas a respeito do instituto da antecipação tributária, dentre outros tópicos cuja argumentação defensiva está embasada em alegações de inconstitucionalidade, e de legalidade.

Quanto às decisões judiciais trazidas ao processo, não fazem coisa julgada em relação a esta lide.

As multas aplicadas no Auto de Infração estão previstas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e foram corretamente indicadas pela autuante, à exceção do dispositivo legal da multa indicada para a imputação 08, o que será abordado quando da discussão de mérito, neste voto.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, e da Taxa SELIC, também não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do artigo 127 do COTEB, além do que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81, COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Quanto à indicação da forma de cálculo da correção monetária e acréscimos moratórios, não aproveita ao contribuinte alegar desconhecimento da forma de cálculo dos acréscimos moratórios, nem da correção monetária, uma vez que se trata de matéria objeto das mencionadas leis.

Quanto à taxa SELIC, ao contrário do quanto alega o impugnante, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que essa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional - CTN, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei dispondo de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

No mérito, o Auto de Infração trata das oito imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

No quanto pertinente às Infrações 01 e 02, respectivamente falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por aquisição de mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de

mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, e falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, ambas referentes aos exercícios fechados de 2003 a 2007, imputações estas que não foram objeto de contestação objetiva pelo sujeito passivo, e para as quais não foram apontados erros numéricos, considero-as procedentes, conforme demonstrativos fiscais acostados ao processo, cujas cópias foram entregues ao contribuinte.

Infrações 01 e 02 procedentes.

Quanto às infrações 03 e 04, respectivamente falta de recolhimento de ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, ambas no exercício aberto de 2008, a autuante, considerando as Notas Fiscais de fls. 590 a 595, trazidas ao processo pelo impugnante, corrigiu os cálculos relativos a estas imputações, conforme demonstrativos de fl. 608. Infrações 03 e 04 parcialmente procedentes nos valores respectivos de R\$1.866,61 e de R\$6.704,78.

Em relação à Infração 5, recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de agosto e setembro/2006; novembro/2007; e mês de junho/2008, foi excluído o valor de R\$30,03, cujo recolhimento, relativo a novembro/2007 e a junho/2008, foi comprovado pelo contribuinte, restou o saldo de R\$90,11, conforme informação fiscal de fl. 607 e demonstrativo de fl. 609. Infração 05 procedente em parte, no valor de R\$90,11.

Em relação à Infração 6, falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento nos meses de janeiro a setembro, novembro e dezembro/2003; meses de janeiro a maio, julho, e outubro/2004; meses de fevereiro, março, maio, junho a dezembro/2005; meses de janeiro a março, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro/2006; meses de fevereiro a julho e setembro a dezembro/2007; meses de janeiro a setembro/2008, com ICMS originariamente lançado no valor de R\$ 6.521,86, quanto à fundamentação legal desta imputação, determinam os artigos 2º, inciso IV, e 4º, inciso XV, ambos da Lei nº 7.014/96:

Lei nº 7.014/96:

art. 2º. O ICMS incide sobre:

IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual (...), quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes;

art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual (...), quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a

operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Disposição regulamentada pelo artigo 5º, inciso I, do RICMS/BA:

art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;

A autuante excluiu os valores lançados no livro Registro de Apuração do ICMS e os valores pagos a título de ICMS devido por antecipação parcial, conforme documentos do contribuinte, reduzindo o valor a ser lançado de ofício. Infração 06 parcialmente procedente no valor de R\$777,16, conforme informação fiscal e demonstrativo de fl. 611.

Em relação à Infração 07, falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA, nos meses de janeiro, março, abril e dezembro/2003; meses de janeiro, fevereiro, abril e julho/2004; meses de março, junho e dezembro/2005; Exercício de 2007 – meses de outubro e novembro; meses de janeiro, abril, julho e agosto/2008, com ICMS originariamente lançado no valor de R\$718,22, o lançamento também foi corrigido pela autuante, tendo em vista que em relação a algumas operações foi pago imposto a título de diferencial de alíquota, tendo sido excluídos também os valores relativos a preservativos.

Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, no caso em lide, guloseimas, calçados, e outros, conforme demonstrativos fiscais, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. O contribuinte comprovou pagamento de parte do imposto lançado, antes da ação fiscal. Revistos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Infração 07 parcialmente procedente no valor de R\$433,74, consoante informação fiscal e demonstrativo de fl. 612.

No que tange à Infração 08, recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e adquiridas com fins de comercialização, nos meses de julho e agosto/2004; mês de agosto/2005; mês de setembro/2006; meses de outubro e novembro/2007, com ICMS inicialmente lançado no valor de R\$ 318,14, o autuante, acatando em parte as alegações defensivas, reduziu o débito a ser lançado.

É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Todavia, considerando a inexistência de multa específica para a imputação à época dos fatos geradores da obrigação tributária, aplicada a penalidade descrita na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 (60%), prevista para todo e qualquer caso em que se configure infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do mencionado artigo 42, e que importe em descumprimento de obrigação tributária principal, não havendo dolo. Inaplicável a multa prevista na alínea “d” do mesmo inciso II do artigo 42, indicada pelo autuante. Observo que o percentual de multa aplicada é o mesmo, 60%, pelo que não há prejuízo para o contribuinte, nem para o erário, com a correção do dispositivo de multa aplicável, de ofício, por este Conselho.

Infração 08 parcialmente procedente no valor de R\$82,25, conforme informação fiscal e demonstrativo de fl. 613.

Assinalo que o contribuinte, após receber cópia da informação fiscal e de seus demonstrativos, conforme documentos de fls. 793 e 794, manteve-se silente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$74.427,89, conforme demonstrativos fiscais de fls. 19, 608 a 615, e tabela a seguir:

INFRAÇÃO	DECISÃO	ICMS DEVIDO	MULTA
01	PROCEDENTE	13.714,28	60%
02	PROCEDENTE	50.488,96	70%
03	PROCEDENTE EM PARTE	1.866,61	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	6.704,78	70%
05	PROCEDENTE EM PARTE	90,11	60%
06	PROCEDENTE EM PARTE	777,16	60%
07	PROCEDENTE EM PARTE	433,74	60%
08	PROCEDENTE EM PARTE	82,25	60%
TOTAL		74.157,89	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **295902.1201/08-9**, lavrado contra **AUTO POSTO CARAÍPE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de total de **R\$74.157,89**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.964,15, e de 70% sobre o montante de R\$57.193,74, previstas no artigo 42, incisos II, alínea “b”, “d”, “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR