

A. I. Nº - 120457.0012/09-1
AUTUADO - AUTO POSTO PINDAÍ LTDA.
AUTUANTE - BENEDITO ANTONIO DA SILVEIRA
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET 28.05.10

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0107-05/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. **c) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS SEM A EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Multa por descumprimento por de obrigação acessória. Infrações caracterizadas. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. BENS DO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** É devido o pagamento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo e para materiais para consumo próprio pelo estabelecimento. Infração caracterizada. Comprovada a aquisição de bens para o ativo permanente sem o respectivo pagamento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interestadual e interna. Infração caracterizada. **3. EMBARAÇO À AÇÃO FISCAL. MULTA. Fato não impugnado. Infração mantida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Fato não impugnado. Infração mantida. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 04/09/2009, apura seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, ser levantamento quantitativo de estoque por espécies de merc (2004), lançando-se imposto no valor de R\$15.642,92, com multa d

2. Falta de recolhimento do ICMS por Antecipação Tributária no valor de R\$4.354,98, acrescido da multa de 60%, 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 fechado (2004);
3. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$24.039,75, 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, relativo ao período março, junho, setembro de 2004 e fevereiro de 2005;
4. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2004 e 2005). Multa de R\$100,00;
5. Multa de R\$920,00, por embarço à fiscalização;
6. Multa de R\$920,00, por falta de apresentação de livro fiscal, quando regularmente intimado.

O autuado, em Defesa (fls. 325 a 338), diz que as infrações 1 e 2 não podem prosperar porque entende fulminadas pela decadência, pelas razões que passa a expor.

Alega que o “*Demonstrativo de Estoque de Combustíveis (Álcool, Gasolina e Óleo Diesel em litros)*”, foi elaborado a partir de dados do inventário escriturado em 31 de dezembro de 2003, consoante documento “Registro de Inventário”, acostado ao processo pelo autuante, o qual consigna os valores transportados como estoque inicial do demonstrativo citado, e que tais quantitativos não poderiam ser utilizados, posto que foram alcançados pelo instituto da decadência, o que macula todos os demais cálculos, vez que esses registros contam com mais de cinco anos. Em subsídio a tal argumento, transcreve o art. 965 do RICMS-BA e o art. 156, V do CTN.

Quanto à Infração 3, diz que é improcedente porque fez aquisição de veículos novos por meio de faturamento direto para o consumidor, amparada nas regras do Convênio ICMS 051/2000, do qual transcreve a cláusula primeira e seu parágrafo único, ao tempo que transcreve o Parecer GECOT nº 10007, datado de 15/06/2009, esclarecendo que as notas fiscais consignam a classificação fiscal 8704.23.10.

A seguir, transcreve excerto doutrinário de Roque Antonio Carrazza sobre o Princípio da legalidade, para dizer que cumpriu rigorosamente o RICMS-BA, e de Alexandre de Moraes sobre o Princípio da Razoabilidade, para dizer que o autuante o descumpriu, maculando de nulidade o auto em questão.

Também transcreve doutrina de Hely Lopes Meirelles para dizer que o poder do autuante é vinculado ou regrado pela lei para que não seja nulo.

Falando também do Princípio da Verdade Real, transcreve doutrina de Júlio Mirabete para dizer que a Fazenda Pública não poderá condená-lo sem que antes se faça extrair a verdade real dos fatos.

Concluindo, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na Informação Fiscal de fls. 346 e 347, o autuante discorda quanto à decadência argüida dizendo que esta só ocorreria em 31/12/2009 e que de 2003 apenas considerou o estoque existente em 31/12/2003, fato que beneficiou o contribuinte, pois a não consideração implicaria em maiores diferenças.

Quanto à Infração 3 que o autuado se defende citando o Parecer GECOT nº 10007/2009 que retrata aquisição de mercadorias nas normas do Convênio ICMS 51/00, diz que, no caso, não ocorreu a situação vinculada pelo parecer citado porque não exigiu a emissão das notas fiscais diretamente em nome da pessoa física que seria o correto e não no da pessoa jurídica, como aconteceu, pois caso o faturamento tivesse sido feito em nome da pessoa física pagaria ICMS de 18% e não 7%, mas mesmo adquirindo em nome da empresa o autuado foi beneficiado pela alíquota de 12% por se tratar de veículos com capacidade superior a quatro toneladas.

Fala que, no seu entender, a impropriedade da Infração 3, seria uma catástrofe, pois as notas fiscais objeto da infração não obedeceram as normas do Convênio ICMS 51/00 e nem sequer foram escrituradas nos livros fiscais da empresa.

VOTO

Este Auto de Infração cuida das seguintes infrações: 1. Falta de recolhimento de ICMS na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2004); 2. Falta de recolhimento de ICMS por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, estando ditas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2004); 3. Deixou de recolher ICMS no valor 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; 4. Multa por omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2004 e 2005); 5. Multa por embarço à fiscalização; 6. Multa por falta de apresentação de livro fiscal, quando regularmente intimado.

Compulsando os autos, inicialmente constato que o contribuinte não impugna as infrações 4, 5 e 6 e com base no art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, as tenho como caracterizadas.

Por outro lado, vejo que com relação às infrações 1 e 2, que tratam da omissão de saídas de mercadorias apuradas pelo procedimento fiscal de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, o autuado não contesta, não contrasta e nem objetivamente aponta irregularidade quanto aos números demonstrados nem quanto os valores do imposto exigido, limitando sua defesa à alegação da ocorrência de decadência do direito de a Fazenda Pública proceder ao lançamento de ofício do período autuado, em especial porque a ação fiscal considerou para apuração do valor devido dados do Registro de Inventário de 2003, portanto, registros com mais de cinco anos.

Fixo, pois, a análise dessas infrações quanto a essa assertiva de defesa.

Ora, tendo em vista que a data de ocorrência mais antiga nas infrações em apreço é 28/02/2004 e considerando o entendimento até agora sedimentado neste Conselho da Fazenda do Estado da Bahia-CONSEF, a respeito desta questão que se tem visto recorrente nos seus julgados, razão não assiste ao Impugnante.

Neste caso, não prospera a pretensão do Impugnante, haja vista que tomou conhecimento do início da ação fiscal após regularmente intimado e, posteriormente, da lavratura do Auto de Infração em 17/09/2009. Portanto, dentro do prazo de 05 anos, o exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido 01/01/2005.

No que diz respeito ao instituto da decadência em relação ao ICMS não recolhido, as disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, por sinal, transcrito pelo Impugnante, preveem que o direito da Fazenda Pública para constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte 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 entendimento que prevalece neste CONSEF é de que a disposição do artigo 150, § 4º, do CTN alcança as situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa.

No caso em exame, nas infrações 1 e 2, a autuação é de que o contribuinte deixou de recolher ao Erário o integral ICMS devido em razão de vendas de mercadorias tributáveis sem emissão de documento fiscal correspondente, pela confirmação da presunção legal contida no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, cujo montante foi apurado em regular procedimento de fiscalização por levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, o qual é orientado na Portaria nº 445/98.

Portanto, o Fisco agiu no sentido de recuperar o imposto constituindo o crédito fiscal mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, sendo que, neste caso, o prazo de contagem da decadência é o expresso no artigo 173, inciso I, do CTN, ou seja, 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim sendo, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009 e o lançamento ocorreu em 23/09/2009. Portanto, não há falar em decadência.

A propósito, a título ilustrativo, reproduzo abaixo decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que, nos termos do Acórdão 0009-12/08, rejeitou a decadência argüida pelo sujeito passivo em situação semelhante.

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

Quanto ao Registro de Inventário, além de estarem dentro do período decadencial por serem de 01/01/2004, relevante para efeito de consideração do instituto da decadência no caso é da ocorrência do fato gerador do tributo.

Assim, vejo caracterizadas as infrações 1 e 2, e não constatando irregularidade quanto ao procedimento e números nelas apontados, as vejo com integral subsistência.

Em relação à Infração 3, o Impugnante alegou que fez aquisição de veículos novos por meio de faturamento direto para o consumidor, amparada nas regras do Convênio ICMS 051/2000 e por isso a infração seria improcedente.

Analisando os documentos autuados afetos a essa infração bem cc 51/2000, constato não ter guarida a alegação defensiva uma vez q

Conforme abaixo, o Convênio ICMS 51/2000 estabelece a obrigatoriedade de a nota fiscal pertinente retratar a operação que abriga, da seguinte forma:

Cláusula segunda Para a aplicação do disposto neste convênio, a montadora e a importadora deverão:

I - emitir a Nota Fiscal de faturamento direto ao consumidor adquirente:

a) com duas vias adicionais, que, sem prejuízo da destinação das demais vias prevista na legislação, serão entregues:

1. uma via, à concessionária;

2. uma via, ao consumidor;

b) contendo, além dos demais requisitos, no campo “Informações Complementares”, as seguintes indicações:

1. a expressão “Faturamento Direto ao Consumidor - Convênio ICMS N°. 51/00, de 15 de setembro de 2000”;

2. detalhadamente as bases de cálculo relativas à operação do estabelecimento emitente e à operação sujeita ao regime de sujeição passiva por substituição, seguidas das parcelas do imposto decorrentes de cada uma delas;

...

Parágrafo único. A base de cálculo relativa à operação da montadora ou do importador que remeter o veículo à concessionária localizada em outra unidade federada, consideradas a alíquota do IPI incidente na operação e a redução prevista no Convênio ICMS 50/99, de 23 de julho de 1999, e no Convênio ICMS 28/99, de 09 de junho de 1999, será obtida pela aplicação de um dos percentuais a seguir indicados sobre o valor do faturamento direto a consumidor, observado o disposto na cláusula seguinte:

I - veículo saído das Regiões Sul e Sudeste, exclusive do Estado do Espírito Santo, para as Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e o Estado do Espírito Santo:

...

b) com alíquota do IPI de 5%, 42,75%;

Ora, analisando as notas fiscais objeto da autuação (fls. 302, 303, 304 e 305), constato o seguinte:

- a) Não contêm a expressão “Faturamento Direto ao Consumidor – Convênio ICMS 51/00, de 15 de setembro de 2000”;
- b) Detalhadamente, as bases de cálculo relativas à operação do estabelecimento emitente e à operação sujeita ao regime de sujeição passiva por substituição, seguidas das parcelas do imposto decorrente de cada uma delas;
- c) Embora a alíquota do IPI tenha sido 5%, não se operou a redução da base de cálculo prevista no convênio.

Ademais, o próprio Convênio ICMS 51/00 trata de sistematizar a repartição da receita do ICMS incidente nas operações interestaduais com as mercadorias que especifica entre as unidades Federativas, ou seja, concedendo ao estado de origem o imposto devido na operação do emitente da nota fiscal e o obrigando a reter e recolher ao estado de destino o imposto devido por substituição tributária com a redução da base de cálculo, em substituição à tributação normal, desde que atendidos os seus requisitos, ou seja, dos veículos automotores sujeitos à substituição tributária conforme o Convênio ICMS 132/92, que não incluem os veículos objetos da autuação, mas, de todo modo, em qualquer dos casos, há que se atentar que o imposto devido no total da operação deve ser calculado de modo que a carga tributária seja 12% quando destinada a contribuintes da Bahia.

Considerando que conforme o inciso III, “a” do art. 51 do RICMS-BA, a alíquota interna do ICMS para operações com os veículos objeto da autuação é 12% e que a operação interestadual se deu com alíquota de 7%, é devida a diferença de alíquota nos termos do BA, sendo, também, subsistente a Infração 3.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **120457.0012/09-1**, lavrado contra **AUTO POSTO PINDAI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 44.037,65**, acrescido das multas de 70% sobre R\$15.642,92 e 60% sobre R\$28.394,73, previstas no art. 42, incisos III e II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento das obrigações acessórias totalizando o valor de 1.940,00, previstas no art.42, incisos XV, “e”, XX e XXII da citada Lei, e dos acréscimos moratórios previstas na Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA