

A. I. Nº - 300449.0889/09-2
AUTUADO - MALTA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 17.11.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0356-04/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. **b)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO NAS AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não comprovada a origem das omissões apuradas. Devido o imposto por responsabilidade solidária e substituição tributária das infrações 1 e 2. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** BENS DE USO/CONSUMO. **b)** BENS DE ATIVO. Infração 13 reconhecida. Documentos juntados aos autos comprovam o recolhimento por antecipação do valor exigido relativo à infração 14. Infração não caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que os valores exigidos já tinham sido recolhidos antes da ação fiscal. Infração elidida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/09, exige ICMS no valor de R\$16.164,51, acrescido de multas de 60% e 70%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$3.270,67, relativo às seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e consequentemente, 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 (Gasolina Comum/2005/2008) - R\$5.850,61.
02. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, não registrando as entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

- mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (Gasolina Comum 2005/2008) - R\$1.573,82.
03. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e consequentemente, 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 (Gasolina Comum/2009) - R\$704,43.
04. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto (Gasolina Comum 2009) - R\$208,94.
05. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e consequentemente, 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 (Diesel Comum/2004/2007) - R\$877,55.
06. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (Diesel Comum 2004/2007) - R\$244,31.
07. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e consequentemente, 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 (Diesel Comum/2009) - R\$104,25.
08. Falta de recolhimento do ICMS, 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 calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto (Diesel Comum/2009) - R\$33,14.
09. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e consequentemente, 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 (Álcool/2004/2007) - R\$244,42.
10. Falta de recolhimento do ICMS, 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 calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício R\$77,45.

11. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e consequentemente, 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 (Álcool/2009) - R\$149,83.
12. Falta de recolhimento do ICMS, 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 calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto (Álcool/2009) - R\$47,48.
13. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento - R\$3.590,71.
14. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo do próprio estabelecimento - R\$2.330,51.
15. Deixou de recolher o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização – R\$127,06.
16. 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\$3.270,67.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 173/181, inicialmente discorre sobre as infrações e em relação às infrações 1 a 12, afirma que “constatamos que a relação de fornecedores listada pelo nobre Auditor, confrontada com o livro de Registro de Entradas, assim com as Notas Fiscais de Entradas apresentaram os mesmo números quantitativos”.

Alega que não foi possível identificar a razão das diferenças apuradas pela fiscalização na reclamação do crédito constante do referido Auto de Infração e diz que acredita que “as falhas tenham sido originadas por problemas no sistema de informática e/ou por falha humana, considerando que trabalhamos há mais de 13 anos com um único fornecedor a PETROBRAS DISTRIBUIDORA S. A, a qual não vende produtos sem emissão das respectivas NFs de saída e cumprimos todas as exigências da empresa”. Requer a improcedência destas infrações no que tange as omissões nas entradas de combustíveis.

Relativamente às infrações 13 e 16, reconhece que são procedentes em razão de ter entendido que o “imposto não seria devido considerando que as compras foram efetuadas para brindes” o que resultou nas infrações cometidas.

Quanto à infração 14, reconhece também ser procedente, e que foi gerada por entender que o imposto não seria devido nas compras destinadas ao ativo imobilizado, mas que o autuante aplicou sobre a base de cálculo a diferença de alíquota de 10%, quando o correto seria 5%, considerando o disposto no inciso III do art. 51 do RICMS/BA.

No que se refere à infração 15, alega que a mesma é improcedente considerando que os valores devidos já se encontram recolhidos aos cofres públicos conforme DAEs que junta com a defesa.

Por fim, requer a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 192/193, com relação às infrações 1 a 12, afirma que o autuado pede que as mesmas sejam desconsideradas em função de erro humano ou de sistema de informática o que não pode ser acatado.

Diz que nada tem a comentar em relação às infrações 13 e 16 que fora

Relativamente à infração 14, contesta o argumento de que o diferencial de alíquota deve ser a metade, tendo em vista que se trata da aquisição de um veículo Fiat Uno Mille destinado ao transporte de passageiros enquanto a alíquota diferenciada (art. 51, III, "a" do RICMS/BA) se "aplica aos veículos de transporte de cargas ou força" pela interpretação do texto legal.

No tocante à infração 15, afirma que as cópias xerográficas não autenticadas dos DAEs apresentados (fls. 189/190) "não indicam as notas fiscais respectivas, não sendo possível verificar se realmente o ICMS foi quitado". Pugna pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de diversas infrações ao ICMS: omissão de entrada de mercadorias (combustíveis) com exigência do imposto por responsabilidade solidária e substituição tributária, da diferença de alíquota (ativo e consumo), antecipação parcial além de aplicar multa pela falta de registro de notas fiscais.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu o cometimento das infrações 13 e 16. Portanto, inexistindo lide em relação às mesmas, devem ser mantidas na sua integralidade.

Quanto às infrações 1 a 12, na defesa apresentada o autuado confirmou ter efetuado conferência do levantamento fiscal procedido pela fiscalização e não identificou a razão das diferenças apuradas. Aventou a possibilidade de ocorrência de falhas no sistema de informática ou humana.

Verifico que a fiscalização apurou por meio de levantamento quantitativo de estoques, omissão de entradas de mercadorias em exercício fechado (infrações 1, 2, 5, 6, 9 e 10) e em exercício aberto (infrações 3, 4, 7, 8, 11 e 12), tendo sido exigido ICMS na condição de responsável solidário por ter adquirido as mercadorias sem nota fiscal e também o imposto correspondente por antecipação tributária tendo em vista que se trata de operações com combustíveis (Gasolina, Diesel e Álcool), produtos enquadrados no regime de substituição tributária, em conformidade com os procedimentos descritos na Port. 455/98, cujos demonstrativos foram juntados às fls. 23/58.

Em se tratando de levantamento quantitativo de estoques, a fiscalização tomou como base no desenvolvimento do roteiro da auditoria aplicada, as quantidades registradas dos estoques iniciais dos exercícios registrados no livro Registro de Inventário por item de mercadorias, adicionou as quantidades adquiridas consignadas nas notas fiscais de compras e deduziu as saídas e o estoque final, tendo exigido ICMS sobre as diferenças apuradas.

Portanto, tendo sido elaborados demonstrativos com base nos documentos fiscais devidamente escriturados na contabilidade do estabelecimento autuado, caberia ao impugnante juntar à defesa, demonstrativos e provas capazes de elidir a acusação como facultado no art. 123 do RPAF/BA. Como nada foi apresentado junto com a defesa, não pode ser acolhido o argumento de que se deve a erro no sistema contábil ou falha humana, o que constitui mera negativa de cometimento da infração. Ressalto que de acordo com o disposto no art. 143 do mencionado diploma legal, tal argumento não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto. Infrações 1 a 12 procedentes.

Relativamente à infração 14, na defesa apresentada o impugnante reconheceu não ter feito o recolhimento do ICMS da diferença de alíquota incidente sobre a aquisição de bem destinado ao ativo imobilizado, mas argumentou que em se tratando de compra de automóvel o porcentual da diferença de alíquota deveria ser de 5% e não de 10%.

Por sua vez na informação fiscal o autuante contestou dizendo que se trata da aquisição de um veículo destinado ao transporte de passageiros, o porcentual aplicado estaria correto.

Verifico que o demonstrativo à fl. 24 indica que na apuração do ICMS da diferença de alíquota foi aplicado o porcentual de 10%, sobre a base de cálculo de R\$23.305,08 relativo à aquisição de um veículo Uno Mille no Estado de Minas Gerais pela nota fiscal 656058 (fl. 27)

Conforme disposto no art. 51, III, "b" do RICMS/BA, é previsto a alíquota de 10% para as operações com veículos novos (automóveis de passageiros, jij)

furgões, "pick-ups" e outros veículos) relacionados no item 18, do inciso II, do art. 353.

Já o art. 353 do mencionado diploma legal, estabelece a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, nas operações de saídas internas relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas. O inciso II ressalva "exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado": veículos automotores novos (automóveis de passageiros ... e outros veículos) compreendidos nas seguintes posições da NBM/SH:

8703.21.00 Automóveis com motor a explosão, de cilindrada não superior a 1000cm.

A nota fiscal 656058 à fl. 27 indica classificação fiscal do veículo adquirido NCM 8703.2100. Portanto, o veículo objeto da autuação tem alíquota interna prevista de 12%, neste ponto assiste razão ao impugnante.

Entretanto, como se trata de operação interestadual com veículos automotores novos efetuada por meio de faturamento direto para o consumidor, a mesma é disciplinada pelo Convênio ICMS 51/00 cujas Cláusulas Primeira e Segunda estabelece que a parcela do imposto devida por substituição tributária em relação a veículos novos, deve ser retida pela montadora e recolhida para a unidade federada de localização da concessionária que fará a entrega do veículo ao consumidor.

Em cumprimento ao citado Convênio ICMS, conforme indicado na mencionada nota fiscal (fl. 27) a Fiat Automóveis S.A localizada em Minas Gerais promoveu a sua inscrição no Estado da Bahia como contribuinte substituto (IE 81.188/05) e no campo dos Dados Adicionais indicou que o veículo seria entregue por meio da PORTOVEL-PORTO SEGURO VEÍCULOS localizada no município de Eunápolis e indicou a base de cálculo de R\$13.335,17 e valor do ICMS devido por substituição ao Estado da Bahia de R\$1.600,22.

Logo, concluo que o valor do ICMS da diferença de alíquota ora exigido já foi recolhido por substituição, não restando cobrança de nenhum valor. Infração improcedente.

Quanto à infração 15, na defesa apresentada o autuado juntou DAEs para tentar provar que os valores exigidos já tinham sido pagos, o que não foi acatado pelo autuante sob o argumento de que os documentos apresentados não indicam as notas fiscais respectivas.

Pelo confronto da planilha à fl. 25 com os DAEs juntados com a defesa (fls. 189/190) verifico que foi exigido ICMS antecipação parcial relativo:

1. Junho/04 - Nota fiscal 3672 de 09/06/04 com valor de R\$91,63. O DAE à fl. 189 indica ter sido recolhido este mesmo valor relativo ao principal com acréscimo moratório de R\$3,13 totalizando R\$94,76, no Banco do Brasil em 17/08/04;
2. Outubro/04 - Nota fiscal 3672 de 28/10/04 com valor de R\$35,43. O DAE à fl. 190 indica ter sido recolhido este mesmo no Banco do Brasil em 24/12/04;

Constatando ainda que os DAEs apresentados com a defesa não fazem referência às notas fiscais objeto da autuação o que validaria o posicionamento do autuante em não acatar tais documentos como comprovante de pagamento do imposto exigido.

Entretanto, nesta situação específica foi exigido ICMS antecipação parcial de uma única operação no mês de junho/04 que apresenta coincidência entre o valor exigido e o recolhido mesmo com atraso. Da mesma forma, foi exigido o imposto relativo a uma única operação no mês de outubro/04, mas considerando que se trata de nota fiscal relativa à operação interestadual emitida no fim mês (quinta feira) é razoável que a mercadoria só tenha dado entrada no estabelecimento no mês seguinte (novembro) e o valor exigido foi recolhido dentro do prazo (24/12/04).

Pelo exposto concluo que os valores exigidos nesta infração foram ação fiscal. Infração improcedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 300449.0889/09-2 lavrado contra **MALTA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$13.706,94, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.775,85 e 70% sobre R\$7.931,09, previstas no art. 42, II, “d”, “f” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.270,67**, prevista no art. 42, IX da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILÓ REIS LOPES - JULGADOR