

A. I. N° - 147074.0004/11-7  
AUTUADO - BARRA TELEFONES LTDA.  
AUTUANTE - ANTONIO CARLOS SALES ICO SOUTO  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 11.04.2012

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0042-02/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO RELATIVO AO AJUSTE DO ESTOQUE. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Argumentos apresentados pelo sujeito passivo insuficiente para elidir as acusações fiscais. Infrações subsistentes. **c)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Defesa comprovou registros das notas fiscais. Infrações elididas. Afastada a alegação de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2011, exige ICMS e aplicar multas, no valor histórico de R\$71.708,10, decorrente de:

Infração 01 – Deixou de recolher o ICMS relativo ao reajuste de estoque de acordo com as regras de substituição tributária ou antecipação tributária de aparelhos de telefonia celular, no valor de R\$44.846,43.

Infração 02 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, no valor de R\$10.535,62.

Infração 03 – Deixou de efetuar o 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 exterior relacionadas no anexo 88, no valor de R\$14.317,84.

Infração 04 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no valor de R\$1.929,73.

Infração 05 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, no valor de R\$78,48.

O autuado apresentou defesa, fls. 42 a 47, em relação argüindo decadência, alegando que o fato gerador ocorreu há mais de cinco (5) anos, no mês de fevereiro de 2006, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 13/07/2011. Deste modo, em relação a infração 02, cujos fatos geradores ocorreram nos meses de 01/2006 e 02/2006.

Quanto a infração 03, argüiu decadência para os fatos geradores ocorridos até 30 de junho de 2006.

No tocante ao fato gerador ocorrido em dezembro de 2006, no valor de R\$ 6.782,04, argumenta que conforme relatório do autuante, para achar a base de cálculo da substituição tributária esse inclui o valor do ICMS, destacado nas notas fiscais, dessa forma infringindo o inciso II do art. 61 que manda que seja incluído o valor de Frete; encargos financeiros; despesas acessórias e seguros; e

em momento algum falou na inclusão do ICMS nessa base de cálculo, portanto, não procede tal cobrança por ser indevida a reclamação desse crédito tributário com base na inclusão do ICMS, destacado na nota fiscal, para fins de achar a base de cálculo da substituição tributária por falta de base legal a autuada também não pede a improcedência dessa cobrança.

Quanto a infração 04, que trata da entrada de mercadorias tributadas sem o devido registro na Escrita Fiscal detectadas pelo CFAMT conforme demonstrativo do autuante, esclarece que: 1) a Nota Fiscal nº 4.109 de 29/12/2006 está devidamente escriturada no mês de 01/2007, data em que efetivamente houve a entrada no estabelecimento; 2) a NF 29210 do fornecedor CNPJ 65.573719/0001-67 da TEELEAP TELECOMUNICACOES S/A não há registro dessa Nota Fiscal, uma vez que, não houve aquisição dessa mercadoria. Informa que nessa data a autuada adquiriu esse mesmo valor através da NF 30984, que se encontra devidamente escriturado em seu livro Diário de nº 10 – JUCEB, sob nº 07/036898-8, página 0092; o que deduz equívoco na digitação pelo autuante ou de uma remessa de uma empresa de logística. Diante desse fato, a autuada requer a improcedência desse valor reclamado.

Quanto a infração 05 – Diz que as Notas Fiscais de nºs 324 e 1095 do fornecedor Siemens Eletroeletrônica Ltda. e as notas fiscais de nºs 6755 e 8682 Gigaset Equipamentos de Comunicação Ltda., estão devidamente escrituradas no campo de observação do livro de entrada de mercadorias, conforme determina a legislação do ICMS, pois se referem a mercadorias entregues através das notas fiscais de nºs 56807; 057558; 063212 e 065131 respectivamente, da empresa de Logística DHL LOGISTICS (BRAZIL) LTDA - 02.836.056/0003-78 com o devido registro no livro de entrada, anexo a defesa, com o destaque do ICMS, pois foram essas notas fiscais que geram o crédito do ICMS, face ao explanando não é devida a multa por falta de registro, (anexo Livro de Entrada). Em virtude dos fatos, a autuada requer a improcedência dessa cobrança.

Conclui que não é devida a cobrança desses créditos tributários reclamados nas infrações 01 e 02 devido ao fato gerador ter decorrido mais de cinco anos, transcrevendo o Art. 965 caput e Parágrafo único.

Aduz que na infração 03, o nobre agregou, ao preço de compra da mercadoria, o valor do ICMS destacado na nota fiscal de entrada, o que não encontra amparo legal, conforme determina o art. 61 inciso II, que diz: *Art. 61 Inciso II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes, de acordo com o percentual previsto:* (grifou o impugnante).

Salienta ainda que as infrações 04 e 05 estão devidamente registradas conforme esclarecido nos fatos.

Ao finalizar requer a improcedência total do auto de infração nas razões esclarecidas preliminarmente e quanto ao direito, por ser de inteira justiça.

O autuante, fls. 80 a 81, ao prestar a informação fiscal, em relação a infrações 01 e 02 diz que não procede a alegação do autuado, pois conforme o art. 965, inciso I do RICMS, o crédito tributário extingue-se no prazo de (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Quanto a infração 03, diz que não procede a alegação da autuada referente ao mês de junho 2006, pois, conforme o Art. 965, inciso I do RICMS, o crédito tributário extingue-se no prazo de (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e quanto ao mês de dezembro de 2006 também não procede alegação da autuada, haja vista que o art 61, inciso II do RICMS, determina que na falta da fixação de preço, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes, deste modo o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal de compra foi inserido na base de cálculo na condição de outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente.

Quanto as infrações 04 e 05 diz que, após verificar os documentos anexados ao PAF, acata as alegações da autuada.

Ao finalizar, opina pela procedência do Auto.

**VOTO**

Inicialmente, em relação à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos até de 30/06/2006, infrações 01, 02 e 03, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será 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.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o consequente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no

exercício de 2006, o fisco teria até o dia 31/12/2011 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2011 não se configurou a decadência.

Superada a questão preliminar, no mérito, observo que nas infrações 01 e 02 o sujeito passivo não apresentou nenhuma outra impugnação, além da decadência que já foi afastada, entendo que as infrações restaram caracterizadas.

Na infração 03 é imputado ao autuado ter deixado de efetuar o 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 exterior relacionadas no anexo 88.

Quanto a preliminar de decadência, a mesma foi afastada no início do presente voto.

Alegou, ainda, a defesa que em relação ao fato gerador do mês de 12/2006, com ICMS reclamado no valor de R\$6.782,04, que para achar a base de cálculo da substituição tributária a fiscalização incluiu o valor do ICMS, destacado nas notas fiscais, dessa forma infringindo o inciso II do art. 61 que manda que seja incluído o valor de Frete; encargos financeiros; despesas acessórias e seguros. Em momento algum falou na inclusão do ICMS nessa base de cálculo do ICMS destacado na nota fiscal de aquisição. O autuante sustenta que apuração ocorreu conforme previsto no art. 61, inciso II do RICMS, o qual determina que na falta da fixação de preço, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes, deste modo o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal de compra foi inserido na base de cálculo na condição de outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente.

A Base de Cálculo para fins de Antecipação ou Substituição Tributária, encontra-se prevista no artigo 61, II, do RICMS/97, conforme redação vigente à época dos fatos geradores, *in verbis*:

*Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:*

*I - ...*

*II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA), inclusive lucro, relativa às operações subsequentes, de acordo com o percentual previsto:*

*a) no Anexo 88, a ser determinado em função de ser industrial, atacadista ou importador o estabelecimento fornecedor ou remetente, tratando-se das mercadorias de que cuidam os incisos II e IV do art. 353;*

Da leitura dos dispositivos acima, entendo razão assistir ao contribuinte autuado, pois não existe previsão para se incluir o ICMS nos cálculos de forma separada, pois o valor do ICMS já constitui sua própria base de cálculo na operação de aquisição. Portanto, se considerar *o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor* já estamos incluindo o ICMS destacado na nota fiscal de origem. Uma nova inclusão resulta em considerar o valor do imposto duplamente, o que não é previsto na legislação.

Ante ao exposto, acolho o argumento defensivo, ficando o valor reduzido conforme abaixo:

MESES	V. DA OPERAÇÃO	REDUÇÃO DA BASE CÁLCULO =29,41%	BC DA SUBSTITUIÇÃO	ICMS CALCULADO	CRÉDITO DE ICMS	ICMS DEVIDO
MARÇO	169.373,07	49.812,62	119.560,45	20.325,28	20.324,77	0,51
MAIO	204.378,23	60.107,64	144.270,59	24.526,00	24.301,04	224,96
JUNHO	135.739,50	39.920,99	95.818,51	16.289,15	16.288,74	0,41
DEZEMBRO	206.372,43	60.694,13	145.678,30	24.765,31	20.435,60	4.329,71
TOTAL						4.555,59

Logo, entendo que a infração restou parcialmente no valor de R\$ 4.555,59.

Nas infrações 04 e 05 é imputado ao autuado ter dado entradas de mercadorias sem o devido registro fiscal, sendo na infração 04 relativa as mercadorias sujeitas a tributação e na infração 05 mercadorias não tributáveis.

Na peça defensiva o sujeito passivo comprovou, mediante apresentação de cópia de livros e documentos fiscais, que as operações estavam devidamente escrituradas, fato que levou o próprio autuante a opinar pela exclusão das duas infrações, posicionamento que acato.

Logo, entendo que as infrações 04 e 05 são improcedentes.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	V. DEVIDO
1	PROCEDENTE	44.846,43
2	PROCEDENTE	10.535,62
3	PROCEDENTE EM PARTE	4.555,59
4	IMPROCEDENTE	0
5	IMPROCEDENTE	0
TOTAL		59.937,64

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **147074.0004/11-7**, lavrado contra **BARRA TELEFONES LTDA** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$59.937,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e “f”, Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR