

A. I. Nº - 232943.0013/09-2
AUTUADO - ALIANÇA VEÍCULOS LTDA.
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET 28.03.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078-05/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÃO DE ENTRADA DE MERCADORIAS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Por ter adquirido, de terceiros, mercadoria desacompanhada de documentação fiscal; b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Responsabilidade do próprio sujeito passivo. Itens parcialmente subsistentes, após revisão fiscal. 2. OPERAÇÃO DE SAÍDA SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração parcialmente comprovada, após considerações de defesa. Rejeitada preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2009, exige do autuado o débito no total de R\$ 10.150,84, consoante documentos às fls. 8 a 95 dos autos, em razão das seguintes imputações:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 5.951,81, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de 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 no exercício de 2004.
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 2.115,90, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2006.
3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, no valor de R\$ 2.083,13, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2004.

O autuado, às fls. 103 a 114, apresenta defesa administrativa, na qual, inicialmente, esclarece atuar no comércio varejista de automóveis, através de contrato de concessão firmado com a General Motors Ltda, sendo a atividade meio o comércio varejista de peças e acessórios e serviços de reparação e manutenção, sendo que todo o ICMS relativo à sua atividade comercial é recolhido antecipadamente na entrada das mercadorias no estabelecimento, na modalidade de antecipação tributária.

Em seguida, preliminarmente arguiu a decadência do direito de a Fazenda Estadual exigir o crédito tributário relativo às infrações 1 e 3, inerentes ao exercício de 2004, por estarem extintas por decurso de prazo, conforme previsto no art. 156, V, do CTN e art. 965, I, do RICMS/97 (Decreto

nº 6.284/97), pois toda e qualquer pretensão do Estado em exercer seu direito ao lançamento do 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, o que deu-se em 31/12/2009, tendo sido autuado e cientificado do débito em 06/01/2010. Ressalta que, em face do art. 27, III, do RPAF (Decreto nº 7.629/99), o qual estabelece que procedimento fiscal, contencioso ou não, só encerra com o reconhecimento do débito pelo sujeito passivo, enquanto não encerrada a ação fiscalizatória nos moldes estabelecidos não poderá haver a lavratura do Auto de Infração, nem tampouco encerrado por outra modalidade prevista em lei, em razão do contribuinte em nenhum momento ter interposto qualquer obstáculo à ciência do mesmo. Registra que, conforme jurisprudência do STF, a lavratura do Auto de Infração é a data de constituição do crédito tributário, que deve ser considerada em 06/01/2010. Diz que, para convalidar a data de lançamento do crédito tributário efetuado pelo Estado, o assentamento administrativo do crédito tributário também seguiu a data de ciência da impugnante.

No mérito, em relação às infrações 1 e 3, aduz existirem erros no levantamento fiscal, em razão de o autuante ter relacionado como “venda de mercadorias” diversas notas fiscais de simples remessa em garantia, com suspensão de ICMS, conforme previsto no art. 341 do RICMS, visto que, havendo o reconhecimento da garantia pela fábrica, é emitida outra nota fiscal de venda, também relacionada na ação fiscal, já que foi utilizado como fonte o arquivo magnético fornecido pelo contribuinte, as quais (simples remessas) se não foram suprimidas do levantamento fiscal, desaguarão incorreta omissão de saídas. Cita inúmeras notas fiscais com a aludida operação de remessa em garantia, do que entende que, em razão das divergências encontradas e provadas, devem ser objeto de expurgo as quantidades e valores relativos às referidas notas fiscais.

Aduz, ainda, a existência de erro no estoque inicial considerado no levantamento fiscal, quanto aos itens “lâmpada farol baixo” e “kit vidros elétricos S10/Blazer”, considerado “zero”, enquanto o correto é: 11 e 17 unidades, respectivamente.

No tocante à segunda infração, diz que no levantamento fiscal não foram consideradas diversas notas fiscais de saídas, as quais o autuado relaciona, do que entende que deve haver revisão do lançamento.

Por fim, pede a “improcedência parcial” da autuação, do que, como prova de suas alegações, anexa documentos às fls. 116 a 182 dos autos.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 187 a 192 dos autos, aduz que não procede a declaração do autuado de que todo o ICMS relativo à sua atividade comercial é recolhido antecipadamente na entrada das mercadorias no estabelecimento na modalidade de antecipação tributária, uma vez que, no exercício de 2006, as mercadorias, relacionada à fl. 73, não faziam parte das sujeitas à antecipação.

Diz também não proceder a informação de que o lançamento do crédito tributário teve o seu encerramento em 06/01/2010, pois, o Auto de Infração foi encerrado em 28/12/2009 e devidamente saneado em 30/12/2009, sendo que, em 28/12/2009 o contador da autuada foi contactado para tomar ciência, tendo alegado que teria de localizar o sócio da empresa, a qual não se encontra mais ativa, para que o mesmo tomasse ciência. Posteriormente, foi informado que o sócio resolveu constituir procurador para representá-lo, nomeando o Sr. Adenilson dos Santos Villas Boas. Salienta que a procuração foi outorgada em 05/01/2010 (fl. 99), o que comprova que os representantes da autuada tomaram conhecimento do Auto de Infração em data anterior a 31/12/2009.

Destaca que o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante art. 965 do RICMS/BA, sendo previsto no parágrafo único do mesmo dispositivo que “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”. Aduz que a medida preparatória ocorreu em 02/10/2009 com o início da ação fiscal, conforme documento à fl. 7 dos autos.

No tocante à alegação da existência de diversos erros no levantamento fiscal, provocados pelo fato de considerar como “vendas de mercadorias” notas fiscais de simples remessas em garantia, com suspensão da incidência do ICMS, o autuante aduz que as cópias das notas fiscais, anexas às fls. 116 a 122, contradizem a sua informação, uma vez que, no campo “Dados Adicionais”, consta que as mesmas foram emitidas para garantir “Notificações de Créditos” emitidas em datas anteriores, pela GM, reconhecendo a garantia dada aos compradores dos seus veículos. São emitidas com destaque do ICMS e não representam operações elencadas no disposto no artigo 341 do RICMS, como tenta fazer crer o defendente. Diz que a autuada relaciona entre os itens enviados para “conserto”: mangueiras polias e lanternas, do que indaga o autuante se não seria economicamente mais vantagem para a Montadora jogá-las fora?

Salienta que, se a concessionária emitisse anteriormente nota fiscal de “Simple Remessa” para a GM, esta deveria, quando da emissão da nota para ressarcimento, emitir nota de devolução da primeira operação, a qual deveria ser registrada no livro Registro de Entrada da Concessionária, constando, portanto, dos arquivos magnéticos entregues pela autuada a SEFAZ/BA. Assim, tal procedimento, anularia a primeira operação, não tendo que se “suprimir” nada dos arquivos magnéticos. Aduz que a não emissão da nota de devolução demonstraria uma imperícia que sequer poderia imaginar existir em empresas como a autuada ou a GM.

Em relação à alegação de existirem erros no estoque inicial considerado no levantamento fiscal, diz que, verificada a documentação, procedeu à correção do imposto devido.

No tocante à segunda infração, o autuante demonstra a movimentação feita pelo contribuinte, no exercício de 2006, para a mercadoria “KIT AUTO FALANTE DIANTEIRO D.08/48”, do que entende atestar a existência da omissão de saída reclamada de 7 unidades. Quanto ao item “KIT ANTENA D08”, diz que o contribuinte está correto, do que procede a correção.

Conclui sua informação fiscal apurando o ICMS de R\$ 2.017,03, para a infração 1; R\$ 2.030,90, para a infração 2, e R\$ 705,96, para a infração 3, no total de R\$ 4.753,89.

Instado a se manifestar sobre a informação fiscal prestada, o autuado, às fls. 204 a 207 dos autos, reitera suas alegações de defesa, ressaltando que todas as mercadorias comercializadas, peças e acessórios para veículos automotores, por força do Decreto nº 7886/00, estão incluídas e listadas nas posições da NCM da Portaria 270/93, especificadas, a partir de 01/02/2001, através da Portaria 583/00 e posteriormente modificada pela Portaria 44/01, que alterou para 01/03/2001 o início de sua publicação, cujo fato gerador do ICMS é a entrada das mercadorias no Estado e não nas saídas, em razão do comércio varejista de automóveis, sendo obrigada a antecipar o recolhimento do imposto. Portanto, as saídas de mercadorias de seu estabelecimento não possuem materialização de hipótese de incidência.

Por fim, renova o requerimento para julgar pela improcedência parcial da autuação.

Por decisão desta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, às fls. 211 e 212 dos autos, converte o processo para a ASTEC, através de auditor fiscal, revisar o levantamento quantitativo de estoques, identificando quais os valores que devem remanescer para as infrações 1, 2 e 3 e, posteriormente, cientificar o autuado para no prazo de dez dias se manifestar, se assim desejar.

Através do Parecer ASTEC nº 76/2011, às fls. 213 a 215 dos autos, foi consignado que os elementos integrantes do processo (demonstrativos, planilhas, documentos) não constituíam em dados suficientes para verificar e manifestar sobre a inquirição da presente diligência, ou seja, revisar os levantamentos quantitativos de estoque elaborados pelo autuante e identificar os valores remanescentes das infrações, pois, em que pese o autuante ter anexado cópia dos demonstrativos de levantamento quantitativos de estoque das citadas infrações, quando da composição inicial do presente processo, o mesmo não o fez quando da informação fiscal, o que inviabilizou o desenvolvimento da diligência, uma vez que os valores do ICMS reclamados foram alterados na

informação fiscal, para acatar alguns erros apontados pela autuada. Diz ter solicitado do autuante os novos demonstrativos, mas não logrou êxito.

Por sua vez, o autuante, à fl. 222 dos autos, ao tomar ciência do resultado da diligência, ratifica integralmente os termos da informação fiscal, esclarecendo que os elementos integrantes do presente processo (demonstrativos, planilhas, documentos) elaborados a partir dos arquivos magnéticos entregues a SEFAZ pelo contribuinte, constituem-se em dados suficientes para verificar a integridade do procedimento fiscal, visto que, os valores reclamados não foram alterados decorrentes de equívocos cometidos na elaboração dos demonstrativos e sim em virtude de erro ou omissão de dados nos arquivos entregues pela autuada.

Diz que o diligente lhe solicitou que entregasse cópia dos demonstrativos, no que foi tempestivamente atendido, porém este alegou que, como os mesmos estavam em PDF, ele não poderia manipulá-los. Aduz que, em contato com o mesmo, tentou explicar que os demonstrativos foram elaborados a partir dos arquivos magnéticos trabalhados no sistema de auditoria denominado SIFRA e que manipular as informações seria violar os arquivos de responsabilidade da autuada. Afirma que as divergências reclamadas pela autuada foram inseridas na informação fiscal deduzindo-se das diferenças apuradas anteriormente e que uma cuidadosa análise da informação fiscal permitirá verificar que o ajuste foi feito de maneira bastante didática.

Cientificado do resultado da diligência, à fl. 233 dos autos, o autuado se manifesta, reiterando suas alegações de defesa, inclusive sobre a decadência do direito de a Fazenda Estadual exigir o crédito tributário relativo ao exercício de 2004, e, em última análise, acolhendo o valor do ICMS remanescente apurado pelo autuante de R\$ 2.017,03, para a infração 1; R\$ 2.030,90, para a infração 2, e R\$ 705,96, para a infração 3, no total de R\$ 4.753,89, julgando parcialmente subsistente o Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 10.150,84, relativo a três infrações, sendo todas impugnadas pelo sujeito passivo.

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de decadência relativa aos créditos exigidos para o exercício de 2004, pois decorrente da previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que *“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...”*, a legislação pertinente no Estado da Bahia, ínsita no § 1º do art. 28 da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), fixou *o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário*. Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 28.12.2009, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do exercício de 2004.

O fato de o sujeito passivo ter dado ciência do Auto de Infração em 06.01.2010, não modifica a contagem do prazo decadencial, o qual ocorreu e partiu da intimação ao contribuinte para apresentar ao fisco a documentação fiscal e contábil, ocorrida em 02.10.2009, conforme documento às fls. 7 do PAF, colocando o estabelecimento sob ação fiscal, consoante previsão legal ínsita no art. 173, § único, do Código Tributário Nacional, reproduzida no art. 107-A da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a qual determina que: *“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.”*

Em consequência, quando da lavratura do Auto de Infração, em 28.12.2009, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do exercício de 2004.

No mérito, quanto às infrações 1 e 3, decorrentes de levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2004, nas quais se exige do autuado, na condição de responsável solidário, o recolhimento do imposto, no valor de R\$ 5.951,81, devido pelo fornecedor das mercadorias entradas no estabelecimento sem documentação fiscal (item 1), assim como o imposto por antecipação tributária, no valor de R\$ 2.083,13, de responsabilidade do próprio adquirente, em relação às mercadorias, sujeitas ao regime de substituição tributária, entradas no estabelecimento sem documentação fiscal (item 3), conforme demonstrativos às fls. 8 a 72 dos autos, alega o autuado que as notas fiscais de simples remessas em garantia à fábrica foram indevidamente consignadas no levantamento fiscal do autuante como “vendas de mercadorias”, o que acarretou na diferença apurada.

Contudo, conforme bem ressaltou o autuante em sua informação fiscal, à fl. 190 dos autos, quando da emissão da nota fiscal, para ressarcimento, pela General Motors do Brasil para o estabelecimento autuado, anularia a primeira operação de remessa em garantia, não tendo que “suprimi-las” dos arquivos magnéticos e, conseqüentemente, do levantamento fiscal, como pretende o defendente. Ademais, na auditoria de estoque devem-se considerar todas as operações realizadas pelo contribuinte, ou seja, todas as movimentações de entradas e todas de saídas, além do estoque inicial e final. Portanto, não foi a consideração das notas fiscais de simples remessas que ensejaram as diferenças de entradas apuradas, como alega o autuado, mas, *possivelmente*, a ausência de notas fiscais de retorno dessas remessas em garantias. Assim, não procede tal alegação defensiva.

Ainda em relação às infrações 1 e 3, o autuado alega a existência de erro no estoque inicial considerado no levantamento fiscal, quanto aos itens “LÂMPADA FAROL BAIXO”, código 11096251, e “KIT VIDROS ELÉTRICOS S10/BLAZER COMP”, código AC013, considerados “zero”, sendo correto: 11 e 17 unidades, respectivamente, consoante documentos às fls. 142 e 143 dos autos, tendo o autuante acatado e procedido a correção, conforme afirma à fl. 190/192 dos autos, excluindo da base de cálculo de R\$ 35.010,64, às fls. 9 a 11, os valores correspondentes aos citados itens, nos valores de R\$ 195,75 e R\$ 22.950,00, remanescendo a base imponible de R\$ 11.864,89, que a alíquota de 17% apura-se o ICMS devido por responsabilidade solidária (infração 1) de R\$ 2.017,03 e, em relação à infração 3, cuja base de cálculo remanescente acrescida da MVA de 35% resulta o valor de R\$ 16.017,60, que a alíquota de 17% apura-se o imposto de R\$ 2.722,99, o qual deduzido do ICMS normal de R\$ 2.017,03 (relativo à infração 1), resulta o ICMS devido por antecipação tributária de R\$ 705,96, conforme consignado pelo autuante, às fls. 191 e 192 dos autos, quando da sua informação fiscal.

Assim, diante de tais considerações, as infrações “1” e “3” subsistem parcialmente, nos valores respectivos de R\$ 2.017,03 e R\$ 705,96.

Quanto à segunda infração, a qual exige o ICMS de R\$ 2.115,90, apurado através da constatação de operações de saídas de mercadorias tributadas sem documentação fiscal, conforme apurado através da auditoria de estoque no exercício de 2006, consoante demonstrativos às fls. 73 a 86, o autuado aponta diversas notas fiscais de saídas não consideradas no levantamento fiscal, sendo:

1. “KIT A.FAL.DIANT.D08/48”, código 903303191. O autuado aduz que no levantamento fiscal consta a saída de 2 unidades, relativas às notas fiscais de nº 56387 e 56406, deixando de considerar as notas fiscais de nº: 53691; 53961, 53997, 54341 e 55379, no total de 5 peças. Contudo, conforme comprovado nos autos, às fls. 73 e 191, foram consideradas no levantamento fiscal as saídas de 10 unidades, relativas às citadas notas fiscais, além das notas fiscais de nº 55933, 53669 e 53681. Logo, as notas fiscais relacionadas pelo autuado foram relevadas no levantamento fiscal, permanecendo a diferença de 7 unidades saídas sem notas fiscais, conforme originalmente apurado à fl. 73 dos autos.
2. “KIT ANTENA D08, código 93364467. Alega o autuado que no levantamento fiscal consta a saída de 1 unidade, relativa à nota fiscal nº 57464, deixando de considerar as notas fiscais de nº: 55379, 55576, 55694 e 55748, no total de 4 unidades. O autuante, quando da sua informação fiscal, à fl. 191, diz que o contribuinte está correto e exclui da base de cálculo relativa à omissão de

saídas de R\$ 12.446,48 (fl. 73/74) o valor de R\$ 500,00, inerente a este item, resultando na base imponible de R\$ 11.946,47, consignada à fl. 191 dos autos, apurando o ICMS devido de R\$ 2.030,90. Entretanto, da análise do levantamento de notas fiscais de saídas, à fl. 81 dos autos, observo que as citadas notas fiscais foram devidamente consideradas pelo autuante quando da ação fiscal, no total de saídas de 12 unidades, as quais deduzidas das 9 unidades do estoque inicial e das 8 unidades entradas, números não contestados, resulta uma diferença de 5 unidades saídas sem documentação fiscal, conforme apurado à fl. 73 dos autos. Sendo assim, mantém-se ao diferença originalmente apurada.

3. "KIT A.FAL.TRAS F19", código 93394113. Alega o autuado que no levantamento fiscal consta a saída de 1 unidade, relativa à nota fiscal nº 57235, deixando de considerar a nota fiscal de nº: 57901 com 2 unidades não consideradas. O autuante, na informação fiscal, não se pronuncia sobre tal alegação. Da análise do demonstrativo sintético da auditoria de estoques, à fl. 73 dos autos, verifico que consta a saída de 6 unidades deste item com notas fiscais, contudo as mesmas não foram relacionadas no documento às fls. 81 a 83 dos autos, nem na mídia eletrônica (fl. 97). Logo, fica infundado o levantamento fiscal deste item, devendo ser considerado nulo e, em consequência, excluído da base de cálculo o valor de R\$ 200,00.
4. "KIT A.FAL.TRAS.D48/F68, código 93394114. Alega o autuado que no levantamento fiscal consta a saída de 4 unidade, relativas às notas fiscais nº: 57449, 57464, 57498 e 57708, deixando de considerar a nota fiscal de nº: 56879 com 4 unidades. O autuante, na informação fiscal, também não se pronuncia sobre tal alegação. Da análise do demonstrativo sintético da auditoria de estoques, à fl. 73 dos autos, verifico que consta a saída de 19 unidades deste item com notas fiscais, contudo, igualmente ao item anterior, as mesmas não foram relacionadas no documento às fls. 81 a 83, nem na mídia eletrônica (fl. 97). Logo, fica infundado o levantamento fiscal deste item, devendo ser considerado nulo e, em consequência, excluída da base de cálculo o valor de R\$ 320,00.

Assim, diante de tais considerações, subsiste parcialmente a infração "2", no valor de R\$ 2.027,50, resultado da alíquota de 17% sobre a base de cálculo de R\$ 11.926,48, apurada após exclusão dos valores de 200,00 e R\$ 320,00, relativos aos itens acima anulados, da omissão de saídas de R\$ 12.446,48, consoante demonstrado à fl. 73 e 74 dos autos.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 4.750,49, sendo: R\$ 2.017,03, relativo à primeira infração; R\$ 2.027,50, à segunda infração, e R\$ 705,96, à terceira infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232943.0013/09-2**, lavrado contra **ALIANÇA VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.750,49**, acrescido das multas de 60% sobre R\$705,96 e 70% sobre R\$4.044,53, previstas no art. 42, incisos II, "d" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA