

A. I. N° - 210319.2912/11-0
AUTUADO - MOBILE COMÉRCIO EXPORT E IMPORTAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA.
AUTUANTE - JOSUÉ DE LIMA BORGES FILHO
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA
INTERNET 22.07.2013

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0134-02/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES DESTINADAS A CONSUMO DOS FUNCIONÁRIOS. OPERAÇÕES DECLARADAS NOS LIVROS FISCAIS COMO NÃO TRIBUTADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. É diferido o lançamento do ICMS incidente nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. Ajuste diligência realizada pela ASTEC/CONSEF reduz o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Contribuinte não elide a acusação fiscal. Infração subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** MATERIAIS DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração caracterizada, sendo devida a exigência fiscal, cujos valores das aquisições foram escriturados nos livros fiscais como materiais de uso e consumo, e o sujeito passivo não apresentou nenhuma prova em sentido contrário. **b)** SERVIÇOS DE TRANSPORTES. O sujeito passivo não logrou elidir a acusação fiscal. Infração caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DE NOTA FISCAL DE ENTRADAS. MULTA. Fato devidamente comprovado nos autos. Descumprimento de obrigação acessória. Infração não elidida. **b)** LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Exigência subsistente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA DO ARQUIVO 74. INVENTÁRIO. O contribuinte confessa ter deixado de enviar o arquivo 74 para o banco de dados da SEFAZ. Infração procedente 6. DOCUMENTOS FISCAIS. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. A declaração incorreta de dados na DMA sujeita o contribuinte à multa prevista na alínea “c” inciso XVIII do art. 42 da Lei 7.014/96. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/12/2011, refere-se ao lançamento de ICMS no valor de R\$3.408,20 e multas pelo descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$6.380,53, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação:

1. falta de recolhimento de ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, no valor de R\$1.542,74 nos meses de janeiro a setembro de 2006, e março a dezembro de 2007, acrescido da multa de 60%;
2. efetuou recolhimento a menos por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 88 e 89, no valor de R\$1.523,68, acrescido da multa de 60%, referente aos meses de junho, setembro e novembro de 2007;
3. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo do estabelecimento nos meses de março e maio de 2006, março e julho de 2007, no valor de R\$242,14 acrescido da multa de 60%;
4. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na utilização de serviço de transportes cuja prestação teve início em outras unidades da Federação, não sendo vinculada a operação subsequente alcançada pela incidência do imposto, nos meses de março a maio, julho, setembro e novembro de 2006, no valor de R\$44,69, acrescido da multa de 60%;
5. multa fixa pela não apresentação de documentos fiscais de entradas, nos meses de fevereiro e abril de 2006, quando devidamente intimado no valor de R\$460,00;
6. falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, que deveria ter sido enviado pela internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados – TED, deixou de entregar o registro 74 (estoque inicial) do ano 2006, valor de R\$1.380,00;
7. declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA-Declaração e Apuração Mensal do ICMS, sobre dado referente ao ICMS Substituição tributária por antecipação no mês de agosto de 2007, no valor de R\$140,00;
8. deu entrada no estabelecimento em mercadoria não tributável, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das mercadorias não registradas, totalizando o valor de R\$ 4.400,53;
9. falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição referentes a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88/89 no mês de novembro de 2007, no valor de R\$ 54,95 acrescido da multa de 60%;

O autuado apresentou defesa às fls. 286/288. Diz que a empresa foi autuada visando a cobrança de suposto crédito tributário descrito em 09 infrações que reproduz.

Sobre a **infração 1** – diz que é fato inofismável que não dispõe de refeitório para atendimento a seus funcionários, ou seja, os alimentos adquiridos não eram servidos no estabelecimento da Impugnante.

Relativamente à **infração 2** – afirma que o valor apontado pela autuação refere-se a mercadorias devolvidas em que o imposto havia sido antecipado, conforme planilha com relação de documentos que anexa, além disso, menciona que não foram considerados os pagamentos que relaciona e comprovantes – DAEs que anexa.

No tocante à **infração 3** – registra que a atividade comercial da impugnante até janeiro de 2007, era de prestação de serviços de recauchutagem de pneus e todos os produtos adquiridos eram

insumos para aplicação na prestação de serviços, conforme dispõe o artigo 7º do RICMS/BA, sobre os quais não incide o pagamento de ICMS diferença de alíquota. Afirma que este foi o caso das notas fiscais nº 683 e 1166 que se referem a compras de insumos para aplicação na prestação de serviços.

Sustenta que a diferença de ICMS apontada no mês 05/2006, referente a NF 5576 foi devidamente lançada como outros débitos na apuração do ICMS normal e que no mês 03/2007 houve erro de cálculo do ICMS diferença de alíquota, pois foi utilizado 7% quando o correto seria 10%.

No que tange à **infração 4** – alega que a aquisição de serviço de transporte nos meses de março e maio de 2006 e março e julho de 2007, transportaram mercadorias aplicadas como insumo na prestação de serviço, portanto não é devido ICMS diferença de alíquotas. Sobre a nota fiscal nº 61531 referente ao mês 03/2006, menciona que o frete foi por conta do remetente (CIF) além de ter sido aquisição de insumo. No que diz respeito as notas fiscais nº 441356, 425222 e 456020, afirma que não constam em seu registro e nem foram apresentadas pela fiscalização.

Sobre a **infração 5** – registra que a acusação é de que deixou de apresentar documentos fiscais de fevereiro e abril/2006, porém a fiscalização iniciou-se em 11/10/2006, ou seja, há mais de 05 anos e, trata-se de compras para insumos que não gerou nenhum prejuízo para o fisco.

Na **infração 6** – diz que a acusação é de falta de entrega do arquivo Sintegra com o estoque inicial do exercício de 2006. Lembra que não existia estoque inicial, mesmo porque, as mercadorias adquiridas eram para aplicação na prestação de serviços, podendo ser facilmente comprovado através do faturamento da impugnante, o qual se refere exclusivamente a prestação de serviços na reforma de pneus.

Sobre a **infração 7** – informou incorretamente o valor de ICMS antecipado na DMA, afirma que a declaração foi entregue no prazo regulamentar, ou seja, a impugnante cumpriu sim, sua obrigação acessória, houve apenas equívoco no preenchimento com inversão de valores.

No que diz respeito a **infração 8** – afirma que deve se considerar que todas as notas tidas como não registradas no livro fiscal referem-se a notas fiscais de simples remessa, as quais não foram entregues no estabelecimento e por isso não foram registradas, além disso, foram relacionadas indevidamente notas fiscais de prestação de serviços, as quais não devem ser registradas no livro fiscal, como as notas fiscais de nº 112243, 27794 e 39480 referentes a serviços de confecção de formulário contínuo.

A **infração 9** – a impugnante observa que refere-se a remessa de peça usada referente a processo de garantia, recusada pelo fabricante. Finaliza requerendo a redução do auto de infração conforme argumentação e documentos apresentados.

O autuante presta informação fiscal fls.341/346, dizendo inicialmente que o contribuinte apresenta impugnação de forma tempestiva.

Sobre a **infração 01** diz que o fato de a empresa não possuir refeitório não é motivo para desobrigá-lo de recolher o ICMS substituído por diferimento. Transcreve o art. 343, inciso XVIII do Regulamento do ICMS aprovado pelo decreto nº 6.284/97 para corroborar seu entendimento. Diz que estão anexas ao presente processo cópias das notas fiscais (fls. 38/74) que comprovam a entrada de refeições, e que esses documentos fiscais foram registrados nos livros de Registro de Entradas (fls. 225/284) do ano 2006 e 2007. Destaca que foi entregue ao estabelecimento, visando não cercear o direito de defesa, o Demonstrativo do ICMS Diferido 2006/2007 (fls. 25/27).

A respeito da **infração 2** – menciona que na apuração do ICMS substituição tributária do mês de junho/07, o contribuinte deduziu do montante devido, para efeito de compensação, o valor do ICMS antecipado que já tinha sido recolhido referente às mercadorias da devolução efetuada através da nota fiscal nº 207 (fls. 94). Destaca que a devolução correspondeu a parte da entrada de autopeças através da nota fiscal nº 35315, lançada no dia 31/05/07 no livro de Registro de Entrada. No mês de maio/07, já tinha sido apurado e recolhido, dessa forma, diz que não poderia mais abater do ICMS devido por substituição no mês de junho, pois a devolução daquelas mercadorias não se referiam a mercadorias com entradas neste mês. No mês de setembro/07, a empresa deduziu do imposto devido, o valor de parte do imposto que já tinha sido pago anteriormente das

notas fiscais nº 36652, 36101, 36145, 36189 e 36207, conforme se pode verificar na planilha de cálculo (fl. 111) apresentada pela impugnante. Afirma que essa dedução se referia a mercadorias que foram roubadas na empresa. Destaca que uma vez que não se configurou o fato gerador, deveria o contribuinte ter ingressado com o pedido de restituição do imposto. Com relação ao recolhimento a menos do ICMS por antecipação no mês de 11/07, relativos ao ICMS das notas fiscais nº 45988 e 45997, foram pagos em duplicidade, pois já estavam contidos os valores dos impostos devidos dos documentos fiscais em análise. O pagamento efetuado antecipadamente no mês de novembro ocorreu em virtude de o contribuinte estar descredenciado. Sobre o montante de R\$321,28 em 28/11/07 que não foi aceito no cálculo da antecipação no mês de novembro/07, decorreu visto se tratar de material destinado a uso e consumo, não sendo devida a antecipação tributária. Afirma que verificou nesse período certo descontrole da empresa nos pagamentos do ICMS, pois a mesma se encontrava descredenciada. Sugere à autuada que solicite a restituição do indébito no caso de pagamento do imposto em duplicidade.

A respeito da **infração 03**, informa que o contribuinte, conforme informação do INC estava inscrito na condição de empresa Normal desde 06/12/93, e que vinha recolhendo normalmente o ICMS diferença de alíquota em todos os meses. Afirma que a empresa realmente excluiu da sua apuração insumos como: cola, goma, bandagem, produtos derivados da borracha e outros produtos intermediários que eram aplicados na prestação de serviço de recauchutagem por não ser devida.

Sustenta, no entanto, que algumas mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação que não estavam vinculadas ao processo produtivo foram objeto de lançamento do crédito tributário para exigência do pagamento da diferencial de alíquota. Cita as notas fiscais nº 683, 1166 e 5576 que registravam insumos com o código CFOP 2.126 (compra para utilização na prestação de serviço), mas as notas fiscais nº 7733, 166377, 8834 registravam o CFOP sob nº 2.556 (compra de material de uso e consumo) e recolhidos os impostos sobre o diferencial de alíquota conforme extrato de recolhimentos anexo a presente informação fiscal. Afirma que o levantamento fiscal demonstra com exatidão o recolhimento a menos do ICMS diferença de alíquota.

Na **infração 4** – diz que o autuado recolheu o ICMS diferença de alíquotas sobre diversas notas fiscais que relaciona, portanto sobre o frete relacionado a estas mercadorias também é devido o citado imposto, pois tanto as mercadorias quanto os serviços de transporte não estavam vinculados a fornecimento de matéria prima para serviço de recauchutagem, conforme já esclarecido. Afirma que apesar da declaração do autuante de que conhecimento nº 61531 foi frete CIF, ou seja, por conta do remetente, o conhecimento fl. 191 que é a 1ª via do documento de prestação de serviço de transporte consta no campo próprio, como a pagar pelo destinatário. Diz que a alegação do contribuinte de que os conhecimentos nº 441356, 425222 e 456020, não constam de seu registro, nem foi apresentada pela fiscalização não procede. Informa que o conhecimento de nº 425222 não foi objeto de ação fiscal, e não consta no relatório à fl. 34, mas os conhecimentos nº 441356 (fl. 191) e 456020 (fl. 195) estão vinculados às notas acima referidas e são primeiras vias, que foram entregues pela autuada juntamente com as notas fiscais de entrada para atendimento a intimação (fl. 10).

Sobre a **infração 05**, diz que a empresa tinha sido intimada (fl. 10) a apresentar livros e documentos fiscais em 06/10/11. Verificada a pendência da falta de entrega das notas fiscais de janeiro, fevereiro e abril/06, foi expedida uma nova intimação (fl. 11), cuja ciência ocorreu em 06/12/11. Foram apresentadas somente as notas fiscais de janeiro/06 e as dos outros meses a empresa informou que estava à procura (vide e-mail fls. 14). Em decorrência dessa conduta foi aplicada multa de caráter acessório. O decurso de 05 anos a que a autuada faz alusão deve estar se referindo a prescrição e decadência. Conforme o artigo 965, inciso I do RICMS/BA só pode ocorrer no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido concretizado. Portanto, no ano 2006 ainda não havia ocorrido a decadência.

Sobre a **infração 06**, a empresa alega não existir estoque inicial no ano 2006 e que as mercadorias adquiridas eram para aplicação na prestação de serviço de reforma de pneus. Afirma que a empresa está inscrita na condição normal desde 06/12/93, tinha obrigações de caráter principal e

acessório a cumprir, conforme determinação regulamentar. Diz que a empresa já vinha utilizando o sistema de emissão eletronicamente de nota fiscal, bem como da escrituração de livro fiscal por processamento de dados. Assevera que se a empresa já tinha feito esta opção, estava obrigada a apresentar os arquivos devidos de acordo com os art. 683, 686 e 708-A do RICMS-BA. Conforme Relação dos Arquivos Recepcionados, anexa à defesa, a empresa vinha enviando os arquivos desde julho/2004, e em 2006 e informando os registros 50, 54, 70, 75. Esclarece que foi intimada (fl. 12) em 06/10/11 a apresentar o arquivo 74, inicial e final do ano de 2006 e 2007, sendo concedido o prazo de 05 dias para regularização sem imposição de multa, porém deixou de apresentar o arquivo 74 referente ao estoque inicial do ano 2006, a que estaria obrigada.

Sobre a **infração 07**, a autuada declara que a DMA foi entregue no prazo regulamentar e que somente ocorreu um “equivoco no preenchimento com inversão de valores.” Menciona que se depreende dessa declaração que realmente foram introduzidos dados incorretos nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA e a infração atribuída a impugnante foi justamente declarar dados incorretos na referida declaração. O fato de entregar esse documento dentro do prazo regulamentar não exime a empresa da obrigação de fornecer dados corretos do ICMS substituição tributária – por antecipação.

Relativamente à **infração 8** uma das alegações do autuado é de que todas as notas tidas como não registradas referem-se a simples remessa. O autuante afirma que não lhe compete opinar sobre a organização e controles internos da empresa. Reproduz a legislação pertinente sobre a escrituração do livro de Registro de Entrada que se encontra no art. 322, inciso I do RICMS/BA. Registra que este dispositivo não excepciona registros de entradas a qualquer título, seja empréstimo, remessa simbólica, mercadoria destinada a conserto, mercadoria para depósito, entre outras situações, devem ser registradas no livro de Entradas. Quanto à referência do contribuinte contestando a multa aplicada pela falta de escrituração das notas fiscais 112243, 27794 e 39480, por se tratar de serviços de confecção de formulário contínuo, também não tem procedência, pois contraria ao art. 322 § 3º inciso II, que determina que os serviços tomados sejam eles de comunicação, transporte, limpeza, entre outros, deverão ser registrados em ordem cronológica.

No tocante a **infração 09**, diz que o autuado alega que a mercadoria constante da nota fiscal nº 25311 refere-se remessa de peça usada referente a processo de garantia, recusada pelo fabricante. Entretanto, afirma que observando o documento constata que a natureza da operação é remessa em garantia, e que houve tributação na origem. Observa que os artigos 516 a 520 do RICMS/BA disciplinam essa matéria. Afirma que uma nova peça remetida deverá também ser objeto da incidência do ICMS substituição tributária por antecipação, pois é uma nova peça, havendo custo agregado à mesma e ocorreu o fato gerador antecipado que é a entrada de peças de automóveis neste Estado. Opina pela manutenção integral do Auto de Infração.

Ante as controvérsias suscitadas entre a defesa e a informação fiscal, o PAF foi convertido em diligência fls.364/365, a fim de que auditor fiscal designado pela ASTEC/CONSEF esclarecesse os seguintes pontos:

a) relativamente à infração 02, com base na planilha do autuante fls.28/31, intimar o contribuinte a apresentar os documentos comprobatórios do recolhimento do ICMS substituição tributária, que alega ter realizado, com a finalidade de excluí-los do levantamento fiscal;

b) relativamente à infração 03, intimar o autuado a apresentar livros e documentos fiscais, referentes ao período alvo de fiscalização, com a finalidade de esclarecer se o contribuinte até janeiro de 2007 atuou unicamente como prestador de serviços, sem realizar operações de comercialização conforme afirma em sua defesa; verificar se as notas fiscais 683 e 1166 referem-se a compra de insumos para a prestação de serviços e se a nota fiscal 5576 foi lançada como outros débitos na apuração do ICMS normal;

c) relativamente à infração 04, intimar o autuado a apresentar as notas fiscais constantes do levantamento do autuante com a finalidade de verificar a existência de documentos fiscais referentes a aquisições de insumos para a aplicação na prestação de serviços; verificar se o frete

sobre a nota fiscal 61531 se deu por conta do remetente (CIF); em caso positivo, tais documentos deverão ser excluídos do levantamento fiscal;

d) **relativamente à infração 08**, verificar se as notas fiscais relacionadas na peça defensiva referem-se a prestação de serviços. Se necessário, elaborar novo demonstrativo de débito.

Cumprida a diligência fiscal, o Parecer Técnico nº 123/2012, fls. 367/371, concluiu que mereciam ajustes as infrações 02, 03,04 e 08 conforme detalhamento no corpo do citado Parecer.

Ao tomar ciência da diligência fiscal, o autuado volta a se pronunciar fls. 435/436. Desta vez, rebate a **infração 02**. Diz que no levantamento feito pela Assessoria Técnica consta o valor de ICMS Substituição Tributária referente ao mês 11/2007 como não pago de R\$385,66, referente às notas fiscais 46260 e 11648. Observa que a primeira está lançada no mapa em duplicidade, porém o valor de ICMS Substituição Tributária foi pago na fronteira antecipadamente. Quanto à nota fiscal de nº 11648 diz que se refere à aquisição de bem para o ativo imobilizado, sendo registrada no livro fiscal, quando da entrada da mercadoria, no mês 12/2007, com pagamento do diferencial de alíquota.

Requer a redução do valor desta infração, visto que comprovado o pagamento no valor de R\$385,66, conforme comprovante de recolhimento e de R\$552,87 por se tratar de aquisição de material de uso e consumo da NF 11648, onde foi feito o recolhimento de diferença de alíquota.

O autuante também se manifesta sobre o Parecer nº 123/2012 ASTEC/CONSEF. Sobre a **infração 02** diz que identificou no demonstrativo elaborado pela ASTEC, a inclusão das notas fiscais 46260 e 11648. Repete o argumento do autuado a respeito desta infração e conclui que estes valores devem ser excluídos da autuação. Diz ainda, que os valores de R\$172,48, R\$33,06, R\$1, 99, R\$321,28 e R\$31,37 incluídos para abatimento do valor lançado no mês 11/07 já teriam sido apreciado na informação fiscal, fls. 342/343 como: a) pagamento em duplicidade; b) recolhimentos relacionados às notas fiscais 45.988 e 45977 realizados no DAE fl. 172 e fl. 174; c) o valor de R\$31,37 está vinculado à nota fiscal 46.260, não estando incluída na apuração do recolhimento a menos do mês de novembro de 2007.

Quanto à **infração 03**, as cópias das notas fiscais nº 683, 1166, 5576 registram mercadorias adquiridas para uso e consumo e não são considerados insumos ligados à recauchutagem de pneus.

Sobre a **infração 04**, o demonstrativo de débito fl. 370, excluiu a diferença de alíquota na utilização de serviço de transporte relacionada a nota fiscal nº 683, com a qual diz não concordar, pois no documento, consta que o frete seria por conta do destinatário, logo não deveria ter sido excluído o valor de R\$6,05 referente ao respectivo ICMS diferença de alíquotas.

VOTO

Este auto de infração comprehende nove lançamentos: **i**) falta de recolhimento de ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários; **ii**) efetuou recolhimento a menos por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição; **iii**) falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo do estabelecimento; **iv**) falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na utilização de serviço de transportes; **v**) multa fixa pela não apresentação de documentos fiscais de entradas; **vi**) falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação; **vii**) declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA-Declaração e Apuração Mensal do ICMS; **viii**) deu entrada no estabelecimento em mercadoria não tributável, sem o devido registro na escrita fiscal; **ix**) falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição referentes a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88/89.

Examinando os autos não identifico violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações. Observo que foram acostados ao PAF os demonstrativos que embasaram a ação fiscal e o contribuinte exerceu seu pleno direito de ampla defesa.

Assim, constato que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Na **infração 01**, o contribuinte foi acusado de ter deixado de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento, relativamente a aquisição de refeições para fornecimento a seus funcionários, através das notas fiscais constantes às fls.38/74, que comprovam a entrada de refeições. Esses documentos fiscais foram registrados nos livros de Registro de Entradas (fls. 225/284) do ano 2006 e 2007.

A substituição tributária por diferimento diz respeito às situações em que, segundo a lei, a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação efetuada no presente é transferida para o adquirente ou destinatário da mercadoria ou do bem, ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior, ficando adiados o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que vier a ocorrer determinada operação, prestação ou evento expressamente previstos pela legislação (art.342, do RICMS/97).

De acordo com o artigo 343, inciso XVIII, do RICMS/97, no presente caso, estamos diante de aquisição de refeições pelo contribuinte autuado, destinadas a consumo de seus funcionários, sendo alegado na defesa que está ausente o fato gerador previsto no artigo 343, acima transcrito, porque não possui refeitório (espaço físico) em seu estabelecimento.

Não acolho o argumento defensivo, pois examinando as notas fiscais que instruem a autuação verifico que o emitente é contribuinte que atua no ramo de restaurante, e constam nos documentos fiscais na descrição dos produtos que foram fornecidas refeições para o estabelecimento autuado para consumo dos funcionários.

Logo, o autuado na condição de adquirente, neste caso, é responsável por substituição relativamente ao imposto cujo lançamento se encontrava diferido. O valor lançado representa o imposto correspondente às operações antecedentes cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao autuado, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento. Infração caracterizada.

A infração 02, recolhimento a menos do ICMS substituição tributária, infração 03, falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquotas na aquisição de material de uso e consumo, infração 04, falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquotas sobre serviços de transportes e infração 08, multa pela falta de registro de nota fiscal no livro Registro de Entradas foram alvo de diligência fiscal realizada pela ASTEC/CONSEF com a finalidade de dirimir as controvérsias suscitadas entre a defesa e a informação fiscal. Cumprida a diligência, com base no Parecer Técnico nº 123/2012, fls. 367/371, chego às conclusões abaixo descritas.

Relativamente à **infração 02**, é importante esclarecer como foi feito o levantamento fiscal. O autuante relacionou todas as notas fiscais, mensalmente, sujeitas à substituição tributária, calculou o imposto devido, discriminou, mês a mês, os DAES de recolhimento apresentados pelo contribuinte e cobrou a diferença encontrada. O Parecer ASTEC seguiu o mesmo procedimento. As alegações externadas pelo autuado e pelo autuante em suas manifestações a respeito desta infração foram devidamente consideradas no Parecer pelo auditor fiscal diligente. Observo que os valores apontados pelos mesmos, nas referidas manifestações, foram incluídos para cálculo do débito e tiveram os respectivos recolhimentos considerados. Como exemplo, verifico que as notas fiscais 46260 e 11648 assinaladas como constantes indevidamente do valor apurado de ICMS Substituição Tributária referente ao mês 11/2007, tiveram o valor recolhido de R\$385,66,

considerado no Parecer Técnico nº 123/2012, conforme se verifica no demonstrativo fl. 378. Acato a conclusão da diligência ASTEC fls. 372/378 e o valor da infração 02 remanesce em R\$1.349,22.

Na **infração 03**, o diligente informou que as notas fiscais 683 e 1.166, apesar da intimação (fls. 379 / 382), o contribuinte não as apresentou, portanto não foi possível comprovar se as mesmas se referiam a compra de insumos para a prestação de serviços. Já a nota fiscal nº 5576, não foi lançada como outros débitos na apuração do ICMS normal. Ante a não comprovação por parte do sujeito passivo de suas alegações, este item permanece integralmente caracterizado. Infração mantida.

Sobre a **infração 04**, o diligente informou que o autuado não apresentou as notas fiscais solicitadas pela intimação, tendo apresentado os comprovantes de conhecimento de fretes. Disse que o frete sobre a nota fiscal 61531, conforme documento à fl. 412, se deu por conta do adquirente da mercadoria e excluiu o respectivo valor do levantamento. Da análise deste documento, vejo assistir razão ao autuante, que apontou na manifestação fiscal que o frete se deu por conta do destinatário, portanto a nota fiscal nº 61.531 com ICMS no valor de R\$6,05, deve permanecer no levantamento fiscal. Não é verdade que o parecer excluiu a NF 683 conforme disse autuante em sua manifestação sobre o Parecer ASTEC. Concluo que esta infração é integralmente subsistente.

Na **infração 08**, o diligente informa que foram efetuadas as devidas verificações constatando que as notas fiscais relacionadas na peça defensiva nº 112.243, 27.794 e 39.480, fls. 418/420, referem-se a prestação de serviços, portanto foram excluídas do levantamento fiscal. Acato o demonstrativo elaborado pelo diligente fl. 378 e a infração 08 remanesce em R\$4.370,28.

Relativamente à **infração 05**, multa fixa pela não apresentação de documentos fiscais de entradas, vejo que a empresa foi intimada (fl. 10) a apresentar livros e documentos omissos com relação às notas fiscais de entradas de janeiro, fevereiro e abril/06. O sujeito passivo teve inclusive a oportunidade de dar cumprimento a esta obrigação, quando da realização da diligência realizada pela ASTEC e não o fez. Portanto, foi corretamente aplicada a multa pelo descumprimento da obrigação acessória. Infração Mantida.

Na **infração 06**, foi imputada ao contribuinte a falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação. O autuante afirmou que a empresa cadastrada na SEFAZ como contribuinte “Normal”, utilizava processamento eletrônico de dados para emissão de documentos e escrituração fiscal. Dessa forma estava obrigado e enviava os arquivos magnéticos com suas operações desde julho/2004. Em 2006 informou os registros 50, 54, 70, 75, porém deixou de apresentar o arquivo 74 referente ao estoque inicial do ano 2006. Concluo, portanto, que o sujeito passivo estava obrigado a apresentar via TED, o arquivo 74 neste período, de acordo com os art. 683, 686 e 708-A do RICMS-BA, ainda que não houvessem mercadorias sujeitas à tributação em seus estoques, neste caso a informação sobre o valor dos mesmos, seria zero. Infração procedente.

No tocante à **infração 07**, declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA-Declaração e Apuração Mensal do ICMS, a autuada confessa que fez declarações divergentes através da DMA, alegando que somente ocorreu um “equivoco no preenchimento com inversão de valores”.

Observo que a lei não excepciona a intenção do agente para aplicação de multa pelo descumprimento de obrigações principal ou acessória. Logo, a multa foi corretamente aplicada, visto que prevista na legislação, alínea “c”, inciso XVIII do art. 42 da Lei 7014/96. Infração Mantida.

A **infração 09** se refere à falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88. Da análise do documento relacionado a este item do PAF, vejo que se trata de remessa de peça de automóvel constante da nota fiscal nº 25311 enviada em garantia.

Ao teor do artigo 520 do RICMS/BA, na saída de peça nova em substituição à defeituosa, o concessionário, revendedor, agência ou oficina autorizada deverá emitir nota fiscal indicando

como destinatário, o proprietário da mercadoria, com destaque do imposto, quando devido, cuja base de cálculo será o preço cobrado do fabricante pela peça e a alíquota será a aplicável às operações internas. Ou seja, o imposto é devido pelas saídas de peças novas em substituição às defeituosas, haja vista que são operações tributadas, pois, mesmo não havendo um pagamento por parte do proprietário do veículo objeto da substituição, não resta dúvida que em tais operações ocorre uma nova operação de circulação da mercadoria, operando-se, portanto, uma comercialização em sentido amplo, sobre a qual incidirá o ICMS.

Assim sendo, quando o fabricante remete a peça nova em substituição à defeituosa, emite a nota fiscal com destaque do imposto, obviamente, por se tratar de uma operação de circulação de mercadoria tributada, aliás, registre-se, conforme procedeu o remetente da nota fiscal arrolada na autuação.

Ora, sendo como é tributada, caso a mercadoria tenha o tratamento tributário normal, isto é, não esteja enquadrada no regime de substituição tributária, o contribuinte destinatário lançará a crédito o imposto destacado na nota fiscal emitida pelo fabricante e quando da saída da peça automotiva lançará a débito o imposto destacado na nota fiscal de venda.

Assim sendo, tratando-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária – caso das peças destinadas ao uso em veículos automotores, conforme previsto no art. 353, inciso II, item 30 do RICMS-BA/97, a única diferença existente quanto à tributação é a obrigatoriedade de antecipação do imposto, conforme exigido na infração em exame. Portanto, correta a exigência fiscal. Infração procedente.

Ante ao exposto voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo a seguir:

| INFRAÇÕES | DECISÃO | VALOR |
|-------------|---------------------|----------|
| Infração 01 | Procedente | 1.542,74 |
| Infração 02 | Procedente em Parte | 1.349,22 |
| Infração 03 | Procedente | 242,14 |
| Infração 04 | Procedente | 44,69 |
| Infração 05 | Procedente | 460,00 |
| Infração 06 | Procedente | 1.380,00 |
| Infração 07 | Procedente | 140,00 |
| Infração 08 | Procedente em Parte | 4.370,28 |
| Infração 09 | Procedente | 54,95 |

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 210319.2912/11-0, lavrado contra **MOBILE COMÉRCIO EXPORT E IMPORTAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.233,74**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “f” e “d”, e dos acréscimos legais além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$6.350,28** previstas nos incisos XX, XVIII, alínea “c” , XIII-A alínea “j” e XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2013.

ANTONIO CESAR DE OLIVEIRA DANTAS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR