

A. I. N° - 232875.0213/13-2
AUTUADO - LDB TRANSPORTES DE CARGAS LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO LUIS DOS SANTOS PALMA
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 16.07.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0127-02/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Exigência prevista no art. 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, no qual considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento em que ocorrer a entrada de mercadoria ou bem, decorrente de operação interestadual, destinados ao uso, consumo ou ativo fixo. Não comprovada a alegação de defesa de que se trata de entradas para reparação de danos relativos a mercadorias avariadas. Excluído valor relativo à operação de devolução. Item subsistente em parte. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias. Penalidade específica ao caso concreto. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 12/12/2013, para exigir o montante de R\$26.618,26, consoante documentos às fls. 11 a 248, imputando ao sujeito passivo as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$19.184,30, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de dezembro de 2009, abril a dezembro de 2010; janeiro e abril a dezembro de 2011.

INFRAÇÃO 2 – Multa no valor de R\$ 7.433,96, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias não tributáveis entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

O autuado, às fls. 254 a 257 dos autos, apresenta tempestivamente suas razões de defesa, na qual aduz que, em relação à infração 1, a exigência da diferença de alíquotas de materiais de consumo referem-se a entradas para reparação de danos relativos a mercadorias avariadas e não a mercadorias adquiridas para consumo do estabelecimento, estando, inclusive, amparadas pela não incidência do referido imposto, conforme determina o art. 2º da Lei nº 7.014/96, que permite interpretar tais entradas com amparo no art. 3º, XVI (?), que determina que o imposto não incide sobre as demais situações em que não se configura o fato gerador do imposto.

Ainda quanto à infração 1, diz não reconhecer a aquisição das notas fiscais de nº 573 e 654, emitidas pela Monchera do Brasil, em julho e agosto de 2011, no valor de R\$57.846,00, cada, já que foram emitidas erroneamente contra si, não podendo ser penalizado pela emissão indevida por terceiros. Salienta que as citadas notas fiscais referem-se à aquisição de azeite de oliva em grande quantidade, não podendo ser para consumo do estabelecimento, sob qualquer circunstância.

Pede a nulidade da infração 1 por não observar o entendimento da aplicabilidade do conceito do diferencial de alíquota, visto que não houve aquisições de material de uso e/ou consumo.

No que tange à infração 2, diz que as notas fiscais em referência não são mercadorias adquiridas para comercialização ou industrialização para que seja a infração amparada no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, tendo a sociedade apenas, sem a intenção de dolo ou fraude, ter deixado de cumprir com a obrigação acessória de realização da escrituração fiscal de tais notas fiscais. Cita o art. 217, I, do RICMS/BA, que prevê que o livro Registro de Entradas destina-se à escrituração das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento, para concluir que, considerando que se tratou de descumprimento de obrigação acessória, a infração deve ser tipificada isoladamente por ano calendário, sendo enquadrada nos termos do inciso XXII da referida Lei nº 7.014/96, o qual estabelece a multa de R\$460,00, em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta lei.

Pede a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante ao prestar informação fiscal, às fls. 262 e 263 dos autos, esclarece que a irresignação do autuado não se assenta nos fatos, tampouco na legislação vigente no Estado da Bahia, e que o autuante se baseou em informações fornecidas pelo contribuinte.

Diz que o diferencial de alíquota é um instituto que visa arrecadar para o Estado de destino ICMS sobre aquisições de mercadorias destinadas ao ativo fixo e/ou material de consumo, através da aplicação da diferença entre a alíquota interna do Estado de destino subtraída da alíquota interestadual relativa ao Estado de origem. Cita os arts. 2º, I, e 5º, I, do RICMS, o qual não recepciona as alegações do contribuinte em seus arts. 6º e 7º que tratam das hipóteses de não incidência.

Assim, diz que demonstrou inequivocamente a pertinência da aplicação das alíquotas, bem como esclareceu como a base de cálculo é inferida a partir do quantum do ICMS a pagar, que não se altera.

VOTO

O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações, com o débito exigido no montante de R\$26.618,26, consoante demonstrativos apensos aos autos.

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte. Logo, não há razão de o defendantre concluir sua impugnação requerendo a nulidade do Auto de Infração, sem apresentar qualquer fundamentação da sua arguição.

Quanto às razões de mérito, em relação à primeira infração, a exigência está respaldada no disposto no art. 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, no qual considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento em que ocorrer a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado à operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto.

Há de se ressaltar, ainda, que o art. 2º, inciso IV, da citada Lei nº 7.014/96, também estabelece que o ICMS incida sobre a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes.

Assim, as “entradas” de mercadorias constantes nas notas fiscais de fls. 12, 15 a 42, 47 a 85 dos autos, a exemplo de: lona plástica, filme plástico, “PC” personalizado, botina, calças, camisas, parafina, cacau em pó, sonda, cateter, seringas descartáveis, luvas esterilizadas, cabo mackflex, fita arquear, azeite de oliva, etc., se configuram como materiais de uso e/ou consumo do estabelecimento, independente de suas quantidades adquiridas, visto que não são condizentes com a atividade da empresa adquirente de “Transporte rodoviário de carga” (fl. 267), cuja conclusão se reforça pelo fato de o autuado sequer escrutar o livro Registro de Entradas em diversos meses (fls. 184 a 224).

Também não restou comprovada a alegação de defesa de que se trata de entradas para reparação de danos relativos a mercadorias avariadas, pois, por se tratar de uma indenização poderia ser feita de forma financeira ou através da reposição dos produtos tidos como avariados, como alegado, o que implica no documento fiscal dos produtos resarcidos em nome do indenizado para regularização do estoque e do correspondente crédito fiscal do ICMS e não em nome do autuado, salvo provas em contrário, a exemplo de boletim de ocorrência e da própria indenização, o que não houve.

Contudo, mesmo supostamente se comprovando tratar-se de entradas de mercadorias para reparação de danos, tais mercadorias caracterizam-se como de uso do estabelecimento, pois é usada para efeito da indenização, e não sujeita à comercialização. Logo, também nesta hipótese, seria devido o ICMS relativo à diferença de alíquota.

Igualmente, não se comprovou a alegação do autuado de que não adquiriu as mercadorias ínsitas nas notas fiscais nº 573 e 654, às fls. 63 e 64 dos autos, relativo à aquisição de azeite de oliva, visto que os dados constantes nos documentos fiscais depõem contra o autuado, prova documental esta não destituída pelo defendant, inclusive acionando judicialmente o responsável pelo suposto uso indevido dos seus dados cadastrais, conforme alega, de forma a robustecer sua irresignação.

Porém, há de se salientar que o DANFE nº 573 consigna a natureza da operação de saída do emitente de “SIMPLES REMESSA C ICMS – NFE”, enquanto o DANFE nº 654 consta a natureza da operação de “OUTRA ENTRADA DE MERCADORIA”, com a informação no campo “DADOS ADICIONAIS” de “MERCADORIA ENVIADA COM NF 573 DE 19/07/2011 E DEVOLVIDA DE ACORDO COM ANOTAÇÃO DO CLIENTE NA NFE.”. Logo, não se tratam de duas operações de aquisições, como entendeu o autuante, mas, sim, de uma aquisição e a posterior devolução no interregno de 43 dias.

Assim, diante de tal constatação, seria cabível a exigência do diferencial de alíquota apenas sobre a operação de aquisição de R\$57.846,00, cujo fato gerador ocorreu na entrada da mercadoria no estabelecimento adquirente, relativo ao DANFE nº 573, de julho de 2011, o que reduz a exigência no mês de agosto, com a exclusão do DANFE nº 654, de R\$6.240,19 para o valor de R\$455,59 (fl. 44), o que implica na redução do valor total exigido na infração “1” para R\$13.399,70.

Logo, subsiste parcialmente a primeira infração no valor de R\$13.399,70.

No tocante à infração 2, o defendant alega não se tratar de mercadorias adquiridas para comercialização ou industrialização para que seja a infração amparada no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, tendo apenas deixado de cumprir com a obrigação acessória de realização da escrituração fiscal de tais notas fiscais, cabendo-lhe a multa de R\$460,00, prevista no inciso XXII da citada Lei nº 7.014/96, no caso de descumprimento de obrigação acessória *sem penalidade prevista expressamente nesta lei*.

Contudo, tal pretensão não pode ser acolhida, haja vista a existência de penalidade *específica* para a hipótese legal das entradas no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, prevista no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, os quais preveem as seguintes multas:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:
[...]*

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Assim, da intelecção destas normas acima, há de se concluir que a multa de 10% se aplica ao bem, mercadoria ou serviços sujeitos a tributação, enquanto a multa de 1% se aplica à mercadoria adquirida sem tributação ou com fase de tributação encerrada.

No caso em análise, verifica-se a aplicação indevida da multa de 1% sobre mercadorias tributadas, a exemplo da nota fiscal nº 675168, à fl. 92 dos autos, cuja penalidade correta seria de 10% sobre o valor comercial. Contudo, como não se poderia agravar a infração neste lançamento de ofício, deve-se manter o valor ora exigido e representar a autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, nos termos do art. 156 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$20.833,66, após redução da primeira infração, para o valor de R\$13.399,70, em razão da redução da exigência de agosto de 2011 para R\$455,59.

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 **232875.0213/13-2**, lavrado contra **LDB TRANSPORTES DE CARGAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.399,70**, acrescido das multas de 50% sobre R\$172,62 e de 60% sobre R\$13.227,08 previstas no art. 42, inciso I, “b” item 2 e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$7.433,96**, prevista no art. 42, XI, da mesma Lei, e dos os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de julho de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - JULGADOR