

A. I. N° - 2071503005/16-9
AUTUADO - COMÉRCIO DE PETRÓLEO R S SILVA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ANTONIO RODRIGUES PEREIRA
ORIGEM - INFAC JACOBINA
PUBLICAÇÃO- INTERNET 03.07.2017

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0090-02/17

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Os argumentos trazidos pelo autuado não elidem as infrações apuradas por levantamento quantitativo de estoque, o qual foi realizado na forma da Portaria nº 445, de 10/08/1998. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PARA INTEGRAR O ATIVO FIXO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Defesa não apresentou elemento capaz de elidir a imputação. Infração mantida. Afastada alegação de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 30/09/2016, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$42.246,12, em razão de:

Infração 01 - 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior aos das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados de 2012 e 2013. Valor histórico autuado R\$30.536,95. Multa aplicada de 100%, prevista no art. 42. Inciso III, da Lei 7.014/96.

Infração 2 - 04.05.09 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechados de 2012 e 2013. Valor histórico autuado R\$5.865,17. Multa aplicada de 60%, prevista no art. 42. Inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96.

Infração 03 06.05.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas

ao ativo fixo e consumo do estabelecimento. Valor histórico autuado R\$5.844,00. Multa aplicada de 60%, prevista no art. 42. Inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96.

O autuado, às folhas 66 a 77, ao impugnar o lançamento tributário, preliminarmente, expõe sobre a tempestividade da defesa.

No mérito, tece comentários sobre o levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado feito em desacordo com a Portaria SEFAZ 445/98 – infrações 01 e 02, ao lembrar que o auditor procedeu ao levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado e chegou à conclusão de que o autuado adquiriu mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. Sendo as mercadorias comercializadas pelo autuado sujeitas ao regime da substituição tributária, procedeu o Auditor à cobrança do imposto incidente tanto por substituição quanto por antecipação.

Afirma que o autuado jamais adquiriu mercadoria desacompanhada de nota fiscal, e ainda que assim tivesse procedido, o que cogita apenas por hipótese, não é a simples presunção de omissão de entradas de mercadoria que autoriza o lançamento do imposto, visto que o ICMS incide sobre a saída das mercadorias e não sobre a entrada.

Salienta que, analisando a documentação do autuado, especificamente o LMC do período fiscalizado, percebe que o autuante deixou de considerar alguns fatores decisivos para a descaracterização da infração. Como exemplo, cita a entrada de ETANOL durante o período de 2012, em que o autuante considerou que o autuado adquiriu 10.000 litros e vendeu 11.883,42, findando o exercício com estoque final de 4.403 litros, tendo assim omitido a entrada de 5.344 litros. Na verdade, o autuado adquiriu 15.000 litros em 2012 e vendeu pouco mais de 10.000 litros. Ocorre que em sua conclusão o auditor deixou de considerar a NF 82.620 emitida pela HORA DISTRIBUIDORA em 07/12/2012 através da qual o autuado adquiriu 5.000 litros de Etanol.

Frisa que anexa à presente o LCM e os registros de entrada e saída, sendo necessário que o auditor examine a documentação a fim de verificar as alegações aqui feitas, pois como dito, o autuado não adquiriu mercadorias desacompanhadas de nota fiscal, e ainda que o tivesse feito, seria necessário ter comercializado referidas mercadorias para concretizar o fato gerador do ICMS.

Ressalta que, ainda que reste consubstanciada a prática das infrações, necessário observar que tanto a base de cálculo utilizada quanto a multa aplicada estão em desacordo com o prescrito na Portaria SEFAZ Nº 445/98, a qual prevê que a base de cálculo do imposto é o valor das receitas supostamente não contabilizadas às quais não devem ser acrescidas qualquer margem de valor adicionado, o que mostra também a necessidade da realização de novo exame a fim de apurar se de fato houve saída e receitas não contabilizadas.

Salienta que o agente estatal aplicou a multa de 100% em desacordo com o artigo 8º da Portaria SEFAZ, 445/98, cuja multa prevista é de 70%. Lembra que a citada Portaria está vigente e trata especificamente sobre o assunto, o que afasta a incidência da Lei 7.014/96.

Com relação à infração 03, observa que as mercadorias adquiridas pelo autuado não a impedem de usufruir o direito de crédito do imposto incidente na operação, pois, diante do princípio da não-cumulatividade do ICMS, o contribuinte tem pleno direito de crédito ainda quando se tratar de aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado ou para serem utilizados em seu processo industrial ou comercial, conforme o artigo 20 da Lei Complementar 87/1996 e o artigo 33, I da Lei Complementar 87/96.

Nota que os créditos de ICMS serão aproveitados mesmo após o tempo normal de apropriação, basta que não se supere o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto na legislação pertinente. E, portanto, omissões do contribuinte na escrituração ou acúmulos de créditos que não permitam a compensação a breve trecho e outros fenômenos nesse sentido não podem impedir o direito constitucional de creditar-se, posteriormente, com a devida correção monetária.

Frisa que, apesar disto, o auditor assim não procedeu, e contrariando as disposições acima, muito embora tenha atualizado e acrescentado juros aos débitos, conferiu os créditos no valor histórico

em detrimento do contribuinte, deixando de atualizar os valores segundo a mesma sistemática utilizada no débito, ressaltando que já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a aplicação da correção monetária aos créditos do imposto é devida por não considerá-la um benefício, mas sim uma decorrência lógica.

Diz que é indubitável que a correção monetária nada acrescenta aos valores sobre os quais incide, sendo assim, tal reajuste constitui mera atualização de valores, no escopo de impedir o enriquecimento ilícito do Estado, em detrimento do contribuinte. Logo, para que se cumpra o princípio da não-cumulatividade devem os créditos de ICMS ser corrigidos monetariamente, já que, diante da não correção integral destes montantes, ocorre uma forma de confisco, que por si só agride o direito de propriedade, previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, XXII. Em outras palavras, o total a ser compensado apresentar-se-ia corroído pela nefasta depreciação da moeda, com a perda do valor real, já que não representaria, em termos de poder aquisitivo, as unidades monetárias recolhidas no passado.

Salienta que o art. 39 do RPAF enumera todas as informações que deverá conter o auto de infração, fazendo menção expressa nos incisos III, V e VI à obrigatoriedade da precisa descrição dos fatos, demonstrativos de débito em relação a cada fato, valor dos acréscimos com indicação precisa do valor histórico e do valor atualizado até a data da autuação.

Conclui que o demonstrativo de débito contendo apenas o valor da base de cálculo e o valor dos acréscimos não atende o disposto no art. 39 do RPAF, ainda menos porque sequer foi indicada a natureza jurídica de cada nota fiscal, infundada e entendida como sujeita à tributação.

Aduz que consoante as decisões da Receita Federal “é ônus da autoridade fiscal apresentar as provas dos fatos constituintes do direito da Fazenda”, diz a ementa do acórdão da 2ª Turma da Secretaria da Receita Federal, de 21 de julho. A decisão levou em conta os artigos 9º e 10 do Decreto 70.235/1972.

Ao final, requer que:

- a) a presente impugnação acolhida e processada pelo órgão competente, julgando-se improcedente o auto de infração, haja vista à ausência de procedimentos essenciais à boa conduta e condução da fiscalização, além da falta de fundamentação dos dispositivos legais de forma adequada, de correlacionar sem haja a natureza jurídica de cada ponto abordado;*
- b) declarada a NULIDADE das infrações, face aos motivos expostos na exordial, destinando-a ao arquivo administrativo;*
- c) o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Sr. Fiscal aos meses relacionados;*
- d) que sejam concedidos os créditos fiscais, corrigidos monetariamente;*

Por fim, seja conhecido o mérito da presente impugnação, constatando-se a legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos lançados equivocadamente, intimando-se a aqui notificada de todo o andamento do processo administrativo para o regular exercício da ampla defesa.

O autuante, fls. 81 a 84, ao prestar a informação fiscal, em relação à infração 01, aduz que se trata efetivamente de uma presunção, porém, não é uma presunção do agente fiscal. É uma presunção legal, que pode ser contraditada por fatos que esclareçam a origem legal dos recursos utilizados para a aquisição das mercadorias sem a documentação fiscal.

Salienta que na vã tentativa de descharacterizar o levantamento fiscal o autuado cita o produto Etanol, dizendo que teria adquirido 15.000 litros e não 10.000 como consta do levantamento fiscal, informando que foi deixado de considerar a Nota Fiscal de nº 82.620, emitida pela empresa Hora Distribuidora em 07/12/2012, que se refere à aquisição de 5.000 litros de etanol e que para comprovar juntaria cópias do LMC (livro de Movimentação de Combustíveis) e os registros de entradas e saídas.

Ressalta que a defensora não juntou as cópias citadas, como, também, não anexou a cópia do DANFE da Nota Fiscal de nº 82.620, emitida pela empresa Hora Distribuidora de Petróleo Ltda,

CNPJ de nº 02.299.645/0002-83, inscrição estadual nº 67.943.267, em 07/12/2012, cujo resumo anexa, onde consta a venda de 5.000 litros de etano I para o estabelecimento matriz do autuado, CNPJ de nº 13.712.435/0001-00 e inscrição estadual de nº 023.573.046, que por esse motivo não foi considerada no levantamento fiscal.

Diz que a defesa contesta, também, a forma como foi apurada a base de cálculo afirmando que no caso deve ser utilizado o valor das receitas não contabilizadas, sem o acréscimo de qualquer margem de valor adicionado, argumenta o autuante que, pelo visto a defesa não se deu ao trabalho de compulsar os demonstrativos que foram entregues à empresa, onde constam, logo abaixo da relação das notas fiscais de entrada, o demonstrativo de apuração do preço médio, com base na média das aquisições do último mês do exercício em que ocorreram entradas.

Quanto a multa aplicada de 100%, frisa que uma Portaria da Secretaria da Fazenda jamais poderia revogar uma Lei Estadual, visto que a aplicação de penalidade é matéria de reserva legal. Acrescenta que a citada Portaria foi expedida quando o inciso III do caput do art. 42 previa, para esse tipo de infração, a multa de 70%, mas que teve a sua redação alterada pela Lei Estadual de nº 11.899, de 30/03/10 (posterior à referida Portaria), majorando a multa para 100% (cem por cento).

Quanto à infração 03, diferencial de alíquotas, diz que a defesa da empresa entende inadvertidamente, tratar-se da cobrança de créditos indevidos de bens destinados ao ativo imobilizado ou para o uso e consumo, pautando seus argumentos nesse sentido, citando o princípio da não cumulatividade tratado no art. 19 da Lei Complementar 87/96 e transcreve o art. 20 do mesmo diploma legal, onde destaca o direito ao crédito na entrada de mercadorias, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente. Completa dizendo que no mesmo sentido é a disciplina do art. 33, inciso I da referida Lei Complementar, que estabelece que o crédito de bens para o uso e consumo só poderá ser utilizado a partir de 01/01/2011 (LCP nº 122/2006).

Aduz que a defesa se equivocou, posto que à infração 03, trata de reclamar o imposto devido relativo ao diferencial de alíquotas de bens adquiridos para o uso ou consumo ou ativo imobilizado, do qual não apresentou qualquer prova de pagamento.

Frisa que, apenas para argumentar, o art. 33 não complementa o art. 20, ao contrário ele traz restrições àquela norma e, a defesa da empresa deixa de citar que o inciso I do art. 33 da LC 87/96, sofreu mais uma alteração, através da LCP 138/2010, que postergou para 01/01/2020 a possibilidade de utilização do crédito fiscal, no caso de mercadorias adquiridas para o uso ou consumo.

A respeito dos argumentos defensivos de falta de fundamentação e descrição dos valores cobrados, frisa que o autuado diz não haverem sido atendidos os requisitos do art. 39 do RPAF, que transcreve, argumentando que o demonstrativo de débito contendo apenas o valor da base de cálculo e o valor dos acréscimos não atende ao disposto nesse artigo. Complementa asseverando que "as decisões da Receita Federal- é ônus da autoridade fiscal apresentar as provas dos fatos constituintes do direito da Fazenda"

Ressalta que dessas assertivas somente pode-se inferir que a empresa não entregou à sua defensora todos os documentos que lhe foram entregues, mediante recibo nos originais, que se encontram no Auto de infração ou esta, a defensora, copiou seus argumentos de algum processo antigo, posto que, desde a implantação do SEAI - Sistema de Emissão do Auto de Infração, as infrações são padronizadas, claras e sucintas como prevê o art. 39 do RPAF, contendo a indicação dos dispositivos infringidos e as multas aplicadas e, o demonstrativo de débito, além de exibir os requisitos legais, ainda informa os valores passíveis de redução das multas.

Salienta, afinal, que, apesar de algumas decisões da Receita Federal poderem até ser utilizadas como parâmetro, a discussão deste lançamento ocorre no âmbito da Receita Estadual.

Ao final, opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência de 03 infrações.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.

Observo que o autuante na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, ao contrário do argumento defensivo, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, constando data de ocorrência e data de vencimento, base de cálculo, alíquotas, as multas aplicadas, o valor histórico devido do ICMS.

Ademais, consta Anexo do Demonstrativo de Débito, fls. 04 e 05 dos autos, no qual, além dos dados consignados no corpo de Auto de Infração, acima reproduzidos, constam a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade da autuação por não atualizar os créditos fiscais para cálculo do imposto devido, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstendo de manifestar a respeito.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constantes do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, propriamente dito, às infrações 01 e 02 foram apuradas mediante aplicação do Roteiro de Auditoria denominado de Levantamento Quantitativo de Estoque, sendo a segunda infração decorrente da primeira.

De acordo com a descrição dos fatos, a infração 01 trata da falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, nos exercícios de 2012 e 2013.

Os demonstrativos elaborados pelo autuante, fls. 06 a 54, indicam que foi constatada entrada de combustíveis (Diesel Comum, Diesel S10, Etanol e Gasolina) sem documento fiscal. Neste caso, a exigência do imposto foi efetuada em decorrência da falta de recolhimento do imposto, 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 da Substituição Tributária (Diesel Comum, Diesel S10, Etanol e Gasolina), apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2012 e 2013 (INFRAÇÃO 01).

Também foi exigido imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal (gasolina e diesel), decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao

regime da Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2008 (INFRAÇÃO 02).

O autuado tem como atividade o comércio de combustíveis, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação, por isso, é inadequado se falar em presunção de omissão de saídas anteriores, haja vista que, ocorrido o pagamento do imposto por antecipação, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, entretanto, cabe destacar que esse equívoco na descrição da infração 01 não resultou em nenhum prejuízo para defesa, a qual entendeu perfeitamente a acusação e exerceu plenamente seu direito de defesa.

Vale salientar que na constatação de omissão de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, deve-se aplicar a regra prevista no art. 10 da Portaria 445/98, exigindo-se o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal. É devido também, o tributo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no anexo 88 do RICMS/12 (vigente à época dos fatos), relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, tendo sido anexado aos autos o demonstrativo desse cálculo, o que foi observado pelo autuante.

Em sua defesa o sujeito passivo, em relação ao mérito, cita que no levantamento da entrada de ETANOL durante o período de 2012, o autuante considerou que o autuado adquiriu 10.000 litros e vendeu 11.883,42, findando o exercício com estoque final de 4.403 litros, tendo assim omitido a entrada de 5.344 litros. Entretanto, sustenta a defesa que o autuado adquiriu 15.000 litros em 2012 e vendeu pouco mais de 10.000 litros, pois o autuante deixou de considerar a Nota Fiscal nº 82.620 emitida pela HORA DISTRIBUIDORA em 07/12/2012 através da qual o autuado adquiriu 5.000 litros de Etanol. Para comprovar sua alegação, informa que estaria acostando “*o LCM e os registros de entrada e saída*”.

Entendo que esse argumento não pode ser acolhido, uma vez que a defesa, embora tenha dito que estaria acostando as cópias dos livros citados na impugnação e a referida nota fiscal, nada apresentou. Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Ademais, embora a defesa não tenha apresentado cópia do DANFE da Nota Fiscal de nº 82.620, emitida pela empresa Hora Distribuidora de Petróleo Ltda., CNPJ de nº 02.299.645/0002-83, inscrição estadual nº 67.943.267, em 07/12/2012, o autuante constou à folha 85 dos autos, resumo do citado documento, onde consta a venda de 5.000 litros de etano I para o estabelecimento matriz do autuado, CNPJ de nº 13.712.435/0001-00 e inscrição estadual de nº 023.573.046, que por esse motivo não foi considerada no levantamento fiscal.

Igualmente não cabe acolhimento ao argumento defensivo relativo a erro na base de cálculo do imposto, pois analisando os demonstrativos das notas fiscais de entrada, folhas 08, 10, 22, 40, 43, 45, 46, constato que o autuante apurou o preço médio, com base na média das aquisições do último mês do exercício em que ocorreram entradas, para apuração da base de cálculo do imposto, procedimento que foi correto.

Igualmente não pode ser acolhido o argumento defensivo em relação ao percentual da multa aplicada na infração, que segundo a defesa deveria ser de 70%, pois a Portaria 445/98 reproduziu a multa prevista na Lei 7.014/96, que naquela época previa o referido percentual de 70%, entretanto, o Inciso III do artigo 42 da referida lei foi alterado pela Lei Estadual de nº 11.899, de 30/03/10, efeitos a partir de 31/03/2010, in verbis:

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

(...)

III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:

(...)

g) outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.

Logo, não resta dúvida que a multa aplicada na infração 01 foi a correta.

Assim, concluo pela procedência das infrações 01 e 02, salientando que as mesmas foram apuradas conforme discriminação a seguir:

- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 01), conforme art. 10, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98.
- É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda encontravam-se em estoque (Infração 02), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Na infração 03 é imputado ao sujeito passivo deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e consumo do estabelecimento.

À infração foi embasada no levantamento fiscal denominado de “*Demonstrativo DA APURAÇÃO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS*”, acostado à folha 55 e cópia dos documentos fiscais às folhas 56 a 61 dos autos.

No tocante ao argumento defensivo relativo ao princípio da não cumulatividade, o mesmo não é capaz de elidir a autuação, uma vez que, na infração em tela, não trata de crédito fiscal. A cobrança é relativa ao ICMS diferença de alíquotas, interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e consumo do estabelecimento, como claramente descrito na imputação.

De igual modo, não cabe acolhimento o pedido defensivo para correção do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição, uma vez que não existe nenhuma norma na legislação do ICMS que ampare o pedido.

É importante destacar que as decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “*erga omnes*”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide.

Logo, à infração 03 fica mantida.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2071503005/16-9, lavrado contra **COMÉRCIO DE PETRÓLEO R S SILVA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$42.246,12**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$11.709,17 e

ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

de 100% sobre R\$30.536,95, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “d” e “f”, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR