

A . I. Nº - 299164.03003/02-3
AUTUADO - JB SANTOS COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTES - CARLOS RIZÉRIO FILHO e OSVALDO RIOS FILHO
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNETE - 30.07.02

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº0244-01/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, regulada por convênio, a responsabilidade sobre o imposto recai sobre o remetente. Ilegitimidade passiva na exigência do tributo, conforme disposto na alínea “b” do inciso IV do art. 18 do RPAF-BA. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto em lide, lavrado em 07/03/02, para exigir imposto no valor de R\$ 646,00 acrescido de multa de 100% em decorrência da falta de recolhimento do ICMS na entrada do território do Estado, de mercadorias adquiridas para comercialização em outra unidade da Federação por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.

O Autuado preliminarmente argui ter sido o Auto de Infração de forma equivocada, afrontando os princípios elementares de Direito, devendo conter os elementos necessários à identificação do infrator, a caracterização da infração e os dispositivos infringidos e sendo a ação fiscal de natureza corretiva fica prejudicado.

Quanto ao mérito afirma que não existiu a irregularidade apontada, não tendo a Autuante feito sequer uma simples consulta a Inspetoria Fazendária que equivocadamente fez o cancelamento da inscrição cadastral e depois efetuou a correção, reincluindo a empresa no cadastro de contribuintes, tendo recebido comunicado da IFMT – METRO de 26/03/02, informando que o Autuado encontrava-se “Ativo no cadastro da SEFAZ e os sócios em situação regular.”

Menciona que a suposta irregularidade indica “falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso” quando de fato o local onde foi lavrado o Auto de Infração foi justamente na primeira repartição do percurso, e que se devido o imposto deveria ser exigido espontaneamente, e ainda impondo uma multa exarcebada de 100%.

Explica ainda, ser absurdo a transformação de um valor original de R\$ 2.940,00 constante da nota fiscal, ser transformado em base de cálculo de R\$ 5.142,72 como se fosse inidônea, citando autores manifesto sobre o assunto.

Por fim alega que a empresa encontra-se em funcionamento desde de 05/03/95 não tendo ocorrido até o momento nenhuma irregularidade com o Fisco Estadual, requerendo a nulidade e improcedência do Auto de Infração.

A Auditora Fiscal designada para produzir a informação fiscal às fls. 27 e 28, afirma que o Autuado teve sua inscrição cadastral cancelada conforme disposição regulamentar, precedida de FLC de 07/01/01 e ao contrário do que afirma as mercadorias apreendidas teve como fiel depositário a empresa transportadora.

Menciona que o pedido de reinclusão de 08/03/02, só foi deferido em 25.03.02 após correção dos problemas que motivaram o cancelamento, não havendo prova de que o mesmo foi indevido.

Explica que a alegação do Autuado que a nota fiscal é idônea nada tem a ver com o Auto de Infração que não foi lavrado por motivo de inidoneidade do documento fiscal e sim por o contribuinte estar com a inscrição estadual cancelada devendo o imposto ser exigido do mesmo por antecipação das operações interestaduais, por o Estado não ter o controle para exigir o imposto nas operações subsequentes, e em consequência de falta de espontaneidade do recolhimento.

Afirma que a base de cálculo questionada pelo Autuado, foi constituída somando-se ao valor da nota fiscal às despesas de frete e acrescentado da MVA-Margem de Valor Adicionado respectiva.

Por fim, entende que a infração está comprovada, por o Autuado na data da lavratura do auto de Infração estar com a inscrição estadual cancelada e não ter comprovado sua regularidade, requerendo portanto a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Analizando os documentos, e às argumentações trazidas ao processo verifico que:

Preliminarmente verifico que no processo se constata a identificação do infrator, a infração, a base de cálculo, o valor do imposto e os dispositivos regulamentares infringidos, não restando dúvidas quanto à materialidade do fato, portanto desconsidero as preliminares de nulidade suscitadas na forma em que foi pedida pelo Autuado.

Quanto aos argumentos da regularidade da inscrição, verifico que consulta ao SIDAT à fl. 09 indica que a inscrição cadastral da empresa fora cancelada em 24/10/01 pelo Edital nº 42/01, e os documentos acostados ao processo não comprovam a regularidade da inscrição na data da autuação, tendo o pedido de reinclusão no cadastro de contribuintes, constante da fl. 22, sido feito em 08/03/02, ou seja no dia posterior a lavratura do Auto de Infração, portanto, faz prova contra o Autuado de que anteriormente sua inscrição havia sido cancelada e estava irregular no momento da ação fiscal.

Quanto à espontaneidade, entendo que, o contribuinte com inscrição cancelada pode recolher o imposto antecipado antes das mercadorias adentrarem ao território do Estado através de Guia Nacional de Recolhimento conforme disposto no artigo 426 do RICMS-BA/97, aprovado pelo Dec. 6.284/97 ou pagamento espontâneo na primeira repartição fazendária conforme disposto no inciso II, alínea “a” do artigo 125 do mesmo Regulamento.

Referente à base de cálculo, verifico que a NF nº 12.792 (fl. 10) indica valor de R\$ 2.940,00 e o conhecimento de transporte (fl. 07) no valor de R\$ 343,36 indica operação FOB, totaliza R\$ 3.283,36 valor este que no demonstrativo de débito constante da fl. 02 foi acrescido a MVA de 56,63% prevista para lubrificantes no inciso V do art. 512-B do RICMS-BA/97, tendo abatido o crédito de R\$ 205,40 constante da nota fiscal de origem e de R\$ 22,46 gravado no Conhecimento de Transporte, portanto correto os cálculos procedidos pelo Autuante.

No entanto, constato que a mercadoria objeto de autuação refere-se a lubrificantes, que integra o rol de produtos do Convênio nº 03/99, o qual atribuí ao remetente das mercadorias situadas em outra unidade da Federação, a responsabilidade da retenção e recolhimento na condição de sujeito passivo, regra incorporada no:

art. 512-A: São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subseqüentes com as mercadorias abaixo especificadas, na condição de sujeito passivo por substituição, os contribuintes a seguir indicados (Lei 7014/96 e Conv. 03/99).

III: - nas saídas interestaduais de mercadorias destinadas ao território deste Estado:

- a) o remetente, em relação às mercadorias elencadas no inciso I, excetuadas as operações com álcool hidratado, observado o disposto no § 3º.*

Constato que o remetente não efetuou a retenção do imposto, como pode se constatar na cópia da nota fiscal anexa ao PAF, neste caso, há previsão no inciso III do art. 372 do RICMS/BA-97 aprovado pelo Dec. 6.284/97, da exigência do imposto do destinatário, por não ter o remetente efetuado a retenção ou efetivado em valor inferior a prevista no acordo:

Art. 372 – Nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, relativamente à espécie de mercadorias adquiridas:

III – não tendo o remetente efetuado a retenção, será exigido o imposto nos termos da alínea “b” do inciso II do art. 125.

Por sua vez o art. 125 estabelece o prazo para recolhimento por antecipação pelo contribuinte ou responsável e o inciso “b” estabelece regra de que se o remetente não proceder a retenção do imposto, remete para o parágrafo 1º, que por sua vez estabelece regra de exceção de que caso não seja possível a cobrança do remetente, poderá ser exigido do destinatário de forma espontânea mediante Termo de Intimação, conforme transcrição abaixo:

Art. 125 – O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

II – na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior:

- b) nas aquisições de mercadorias sujeitas a substituição tributária prevista em convênio ou protocolo com outra unidade federada, quando, indevidamente, o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetua-la em valor inferior ao estabelecido no acordo, observado o disposto no parágrafo 1º;*

§ 1º. Nas aquisições, de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente e não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição na forma da alínea “b” do inciso II, poderá ser emitido Termo de Intimação para efetuar o recolhimento espontâneo do imposto, na forma, prazo e condições estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, sendo que:

I – só deverá ser adotado este procedimento após esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deverá ser

declarada ou demonstrada formalmente: a) pela PROFAZ b) pelo Auditor Fiscal nos demais casos.

Portanto, pelo exposto, sendo a mercadoria objeto da autuação, produto enquadrado no regime de substituição tributária, oriundo de outra unidade da Federação, regulada pelo Convênio nº 03/99, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do remetente e a exigência da antecipação do imposto ao destinatário configura ilegitimidade passiva, e nulo o procedimento fiscal, conforme disposto na alínea “b” do inciso IV do art. 18 do RPAF/BA aprovado pelo Dec. 7.629/99.

Faço representação a Gerência de Substituição Tributária, para proceder à exigência do responsável pelo ICMS, LUBRIFICANTES EVERESTE LTDA. Inscrição Estadual 336.504.298.110 CGC 61.171.393/0001-90 localizada na Estrada do Morro Grande nº 465 – Guarulhos.SP, referente a Nota Fiscal nº 12.792 constante da fl. 10 do PAF e a outras vendas de lubrificantes destinadas ao Estado da Bahia.

Caso seja esgotada a possibilidade de exigência do imposto do remetente, por qualquer motivo, seja então, atribuída à responsabilidade supletiva para exigência do imposto pelo destinatário mediante intimação para recolhimento espontâneo conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 125 do RICMS/BA-97, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97.

Assim sendo, voto pela NULIDADE do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 299164/0303/02-3**, lavrado contra o **JB SANTOS COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2002.

CLARICE ANIZIA MÁXIMO MOREIRA-PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR