

**A. I. N°** - 298743.0031/03-7  
**AUTUADO** - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS AUGUSTO PAUL CRUZ  
**ORIGEM** - COFEP – DAT/NORTE  
**INTERNET** - 06. 04. 2004

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0087-04/04**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, caberá ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Efetuada a correção do cálculo do imposto exigido na infração 3, a qual subsiste parcialmente. As infrações 1 e 2 ficaram caracterizadas. Rejeitadas a preliminar de nulidade e a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/03, exige ICMS no valor de R\$ 133.840,51, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 27.810,50, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88.
2. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 4.048,61, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, devido à aplicação errônea da MVA de 42,80%, quando deveria ter aplicado a MVA de 51,46%, conforme Convênio ICMS 76/94. Trata-se de produtos de farmácia procedentes da matriz do autuado, localizada em Aracaju-SE e sem inscrição estadual na Bahia, cujos lançamentos constam do Mapa de Apuração de Antecipação e Substituição Tributária anexado ao processo.
3. Efetuou recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 101.981,40, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, devido à aplicação errônea da MVA de 60% e de 70% quando deveria ser aplicada a MVA de 140%, conforme Protocolo ICMS nº 10/92. Trata-se de cervejas e refrigerantes procedentes da matriz do autuado, localizada em Aracaju-SE e sem inscrição estadual na Bahia, cujos lançamentos constam no Mapa de Apuração de Antecipação e Substituição Tributária anexado ao processo.

O autuado apresentou defesa tempestiva, fls. 198 a 207, reconhecendo a procedência do débito referente à infração 1 e impugnando as demais irregularidades conforme relatado a seguir.

Quanto às infrações 2 e 3, o autuado assevera que as mesmas são nulas por ilegitimidade passiva, uma vez que não é o sujeito passivo das obrigações tributárias em questão. Diz que as exigências fiscais envolvem mercadorias recebidas de outra unidade da Federação, amparadas por acordos interestaduais: Convênio ICMS nº 76/94 (medicamentos) e Protocolo ICMS nº 10/92 (cervejas e refrigerantes). Alega que qualquer exigência fiscal decorrente de falta de recolhimento ou de recolhimento a menos deverá ser feita ao remetente das mercadorias. Para embasar suas alegações, transcreve o artigo 125 do RICMS-BA/97 e, às fls. 209 a 213, anexa fotocópia de páginas do referido Regulamento.

Ressalta que, se a legislação elege o remetente das mercadorias como o responsável pelo pagamento do imposto, o autuante não pode transferir a responsabilidade para o contribuinte substituto, sob pena de incidir em ilegitimidade passiva. Explica que o imposto somente poderá ser exigido do destinatário, depois de esgotadas todas as possibilidades de exigi-lo do remetente e, ainda assim, através de notificação fiscal e sem a imposição de multa, conforme prevê a legislação tributária vigente. Transcreve o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, e reafirma que as infrações em tela são nulas.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado adentra no mérito e diz que há um erro na planilha referente à infração 3, a qual trata de cervejas e refrigerantes. Esclarece que o autuante, ao apurar a base de cálculo do imposto a recolher (R\$ 846.067,90), não considerou a base de cálculo do imposto já recolhido (R\$ 598.705,61). À fl. 214, elaborou uma nova planilha para a infração, tendo apurado o imposto devido no valor de R\$ 42.051,59. Ao final, protesta por todo o gênero de prova de direito permitido e, em seguida, solicita a procedência parcial do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fls. 218 e 219, o atuante explica que o autuado possuía um estabelecimento matriz em Aracaju e várias filiais em Sergipe e na Bahia. Assegura que “o remetente da mercadoria e o destinatário são o mesmo contribuinte (G. Barbosa Comercial Ltda.) difere apenas o estabelecimento onde o remetente é a matriz e a filial é o destinatário. O fato de cobrar da matriz ou da filial não acarreta um ônus financeiro ao contribuinte e não se pode falar em repercussão financeira.” Diz que, por não haver repercussão financeira e por ser menos oneroso para o Estado da Bahia, foi autuado o estabelecimento de Paulo Afonso. Ressalta que o estabelecimento matriz não possui inscrição estadual na Bahia e nunca recolheu ICMS por substituição tributária sobre as transferências efetuadas, deixando esse encargo para a filial.

Quanto ao mérito da infração 3, o autuante reconhece que se equivocou no cálculo do imposto a recolher. Diz que o débito deve ser retificado para R\$ 42.051,58, conforme planilha à fl. 214.

Ao concluir, o autuante solicita que as infrações 1 e 2 sejam julgadas procedentes, enquanto a infração 3 deve ser declarada parcialmente procedente no valor de R\$ 42.051,58. Às fls. 220 a 221, elaborou um novo Demonstrativo de Débito no valor total de R\$ 73.910,69.

## VOTO

O presente Auto de Infração é composto de três irregularidades. Em sua defesa, o autuado pacificamente reconhece, como procedente, a exigência fiscal relativa à infração 1. Dessa forma, considero caracterizada a referida infração, devendo ser mantidos os valores nela exigidos.

Analisando a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado relativamente às infrações 2 e 3, constato que as mercadorias que foram nelas relacionadas são, respectivamente, medicamentos e cervejas e refrigerantes procedentes do Estado de Sergipe.

Nas operações interestaduais com medicamentos, bem como cervejas e refrigerantes, a retenção e o recolhimento do imposto devido por substituição tributária são tratados, respectivamente,

pelo Convênio ICMS nº 76/94 e pelo Protocolo ICMS nº 10/92, dos quais os Estados da Bahia e de Sergipe são signatários. Para um melhor entendimento do meu voto, transcrevo a seguir o disposto no *caput* das cláusulas primeiras desses acordos interestaduais:

*Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 76/94: Nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subseqüentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.*

*Cláusula primeira do Protocolo ICMS nº 10/92: Nas operações interestaduais com cerveja, chope e refrigerante entre contribuintes situados nos Estados signatários deste Protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de contribuinte substituto, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) relativo à(s) operação(ões) subseqüentes(s), realizada(s) por quaisquer estabelecimentos.*

O estabelecimento matriz, remetente das mercadorias e localizado em Aracaju-SE, é uma empresa varejista do ramo de supermercados, portanto, não se classifica como industrial e nem como importador – ao menos em relação às mercadorias arroladas na autuação. Uma vez que não é um estabelecimento industrial e nem importador, o remetente não assume a condição de sujeito passivo por substituição, conforme disposto na cláusula primeira dos acordos interestaduais transcritos acima. Dessa forma, entendo que, em relação às operações relacionadas na autuação, não se aplica o disposto no Convênio ICMS nº 76/94 e nem no Protocolo ICMS nº 10/92.

Nas operações com as mercadorias arroladas na autuação, por força do disposto no art. 1º, incisos I e VIII na Portaria nº 270/93, o adquirente (autuado) está obrigado a antecipar o recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária do percurso ou até o 9º dia do mês subseqüente ao da entrada das mercadorias no estabelecimento, desde que não tenha havido a retenção na fonte, ou esta tenha sido feita a menos. Saliento que o autuado recolheu parte do imposto; se ele não era o sujeito passivo, não haveria razão para o pagamento parcial do imposto devido.

Em face do comentado acima, entendo que não há ilegitimidade passiva nas infrações 2 e 3, pois o autuado estava obrigado a efetuar o pagamento do imposto devido por substituição tributária e foi recolhido a menos.

Indefiro a solicitação de diligência requerida pelo autuado, pois entendo que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Adentrando no mérito da lide, observo que o autuado, relativamente à infração 2, não questiona matéria de mérito, limitando-se a alegar ilegitimidade passiva. Dessa forma, tendo em vista que restou comprovado o recolhimento a menos o ICMS devido por antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, considero que a infração em tela está devidamente caracterizada.

Quanto à infração 3, o autuado alegou que havia um equívoco no cálculo do imposto exigido e elaborou uma nova planilha (fl. 214). O autuante na informação fiscal acatou integralmente a alegação defensiva e elaborou um novo Demonstrativo de Débito (fl. 220 e 221). Com base na informação fiscal e nos elementos acostados aos autos, entendo que a alegação defensiva deve

ser acolhida, pois o autuante, ao calcular o imposto devido, não considerou o valor já recolhido pelo contribuinte. Assim, a infração está parcialmente caracterizada, no valor de R\$ 42.051,59.

Por fim, saliento que não há necessidade de dar vista ao autuado sobre o Demonstrativo de Débito de fls. 220 e 221, pois, nesse documento, a alegação defensiva de mérito foi integralmente acatada pelo autuante e por este julgador.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 73.910,69, ficando o Demonstrativo de Débito conforme o apresentado às fls. 220 e 221.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298743.0031/03-7, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 73.910,69**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR