

A.I. Nº - 0933176-0/04
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 21.10.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0396-03/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA DE MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS, ENQUADRADAS NA PORTARIA Nº 114/04 POR ESTABELECIMENTO QUE NÃO POSSUI REGIME ESPECIAL. É legal a exigência do imposto antecipado de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas por estabelecimento não credenciado, na primeira repartição fiscal do percurso da mercadoria. Base de cálculo constituída de acordo com regras fixadas em Convênio. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 20/07/04, para exigir imposto no valor de R\$39.948,19 e multa de 60%, relativo a falta de antecipação tributária do ICMS por contribuinte não detentor de regime especial, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, referente a mercadorias elencadas na Portaria nº 114/04 (bebidas alcoólicas), procedentes de outros Estados.

O autuado na defesa apresentada às fls. 36 a 43 por seu representante devidamente constituído, alega que teve suas mercadorias apreendidas no Posto Fiscal do Estado, mesmo estando acobertadas por notas fiscais idôneas, sem acusação de inidoneidade dos documentos fiscais.

Diz que a autuação decorreu do Termo de Apreensão nº 122156 sob alegação de falta de antecipação total de operações interestaduais de mercadorias constantes do Anexo único da Portaria nº 114/2004, destinadas a contribuintes descredenciados e enquadrado no art. 125 do RICMS/BA e penalidade prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Afirma que improcede a acusação fiscal de que a defendente estava descredenciada junto a Secretaria da Fazenda/BA, sem ter verificado, intimado ou dado conhecimento de que fora descredenciada, conforme preceitua o art. 37 da Constituição Federal, com o princípio da publicidade. Cita comentário do Prof. Hely Lopes Meireles, e assevera que “[...] o ato de descredenciamento só produz efeitos externos quando o interessado tem pleno conhecimento, ou seja, quando intimado pessoalmente e põe o aceite. E mesmo assim, o seu descredenciamento foi momentâneo, eis que decorrente de inscrição de débito em Dívida Ativa, o qual foi liquidado de imediato.”

Esclarece que o descredenciamento ocorreu sem que tenha sido intimada, foi momentâneo, tendo quitado o débito em Dívida Ativa que o motivou e, no momento que teve ciência da autuação em

questão, já estava credenciada junto a SEFAZ/BA, o que afasta a multa, a qual não foi nem dispensada pelo pagamento espontâneo.

Aduz que não deveria ser exigido o imposto na fronteira do Estado em face das Transportadoras serem inscritas e terem assumido a condição de fiéis depositários, conforme Termo de Depósito anexada ao processo, consoante a Portaria nº 249/2004, transcrevendo o art. 1º da mesma. Transcreve ainda, duas sentenças proferidas pelo Tribunal Administrativo de Pernambuco, anulando exigência fiscal de contribuinte credenciado. Diz que, os elementos apresentados conduz a improcedência da autuação feita por ato de força e não por força de lei.

Quanto ao descredenciamento, alega que é inconstitucional pela motivação de cobrança de débito em Dívida Ativa, de acordo com as Súmulas de nºs 70, 323 e 547 do STF e, transcreve outras jurisprudências e pensamento de autores.

Afirma que é indevida a aplicação da taxa SELIC nas exigências tributárias, por ter sido a mesma criada para remunerar o capital dos aplicadores para proteger da inflação e do capital parado, circunscrito ao universo econômico-financeiro e sua aplicação tributária constitui uns aumentos indiretos dos tributos que só podem ser criados ou majorados por lei, motivo pelo qual deve ser declarada improcedente a infração.

Discorre que, de acordo com o art. 112 do CTN, no caso de dúvida em relação a interpretação jurídica, deve ser decidida em prol do contribuinte, cita decisões do STF, manifesta que a infração é ilegal; sem provas do ilícito; que ocorreu cerceamento do direito de defesa e finalmente pede que o Auto de Infração seja julgado nulo pela insubsistência da exigência fiscal ou improcedente pelas mesmas razões e também pela ilegalidade da cobrança de juros Selic.

Requer o direito de juntada posterior de provas, realização de perícia e diligências, formulando os seguintes questionamentos:

- 1 – A Defendente foi intimada do seu descredenciamento?
- 2 – Quando o Defendente teve ciência do Auto de Infração estava descredenciado?
- 3 – Os transportadores das mercadorias são credenciados no Estado da Bahia?

O autuante na sua informação fiscal (fl. 75), esclarece que a ação fiscal ocorreu no depósito de cargas da Transportadora Cometa S.A., em 19/07/2004, com a lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias nº 122156, em razão de que o destinatário das mercadorias constantes das Notas Fiscais nº 35398, 04941 e 04942 (bebidas alcoólicas) relacionadas no Anexo Único da Portaria nº 114/2004, não ter feito a antecipação total do ICMS na primeira repartição fiscal do percurso, e pelo fato de o destinatário não estar credenciado para fazer o recolhimento em prazo posterior ao recebimento.

Informa que acosta ao processo, cópia do extrato da consulta cadastral do autuado no site da SEFAZ/BA, feito na data da ação fiscal.

Afirma que não há comprovação de que a transportadora havia emitido o Termo de Responsabilidade pela Guarda das Mercadorias (TRGM), pois o referido termo regulamentado pela Portaria nº 339/2001 é formalizado para cada operação, o que atribui à transportadora a responsabilidade pela guarda das mercadorias e assegura direito ao destinatário das mesmas para efetuar o recolhimento da antecipação num prazo de 15 dias após a emissão do TRGM, conforme § 3º do art. 2º da citada Portaria.

Assegura que a transferência do fiel depositário, após a apreensão das mercadorias não tem relação com o motivo da autuação, nem afasta a cobrança do imposto, como alegado.

Alega que o extrato da consulta cadastral na data da ação fiscal comprova que o autuado estava descredenciado por “restrição de crédito – Dívida Ativa” previsto no art. 1º, II da Portaria nº 114/04, e mesmo possuindo regime especial, não teria direito ao prazo especial para recolhimento do imposto devido a restrição contida no art. 2º, parágrafo único da mesma Portaria.

Informa que, a condição cadastral, é disponibilizada no site SEFAZ/BA, pelo telefone 0800710071 do call center o que invalida o argumento do autuado de desconhecer que estava descredenciado na data da ação fiscal.

Assevera que o autuado teve oportunidade de fazer o recolhimento do ICMS antecipado em qualquer repartição fiscal do percurso, e não tendo feito, justifica a autuação conforme disposto no art. 125,II, “b” do RICMS/BA.

Atesta que não vê motivo para atender ao pedido de perícia formulado pelo autuado, e responde as perguntas formuladas pelo mesmo. A primeira, de que “Não foi intimado, e nem precisaria sê-lo, mas tinha meios possíveis e públicos de acesso à informação de sua situação cadastral.” Segunda pergunta: “Não tenho conhecimento mas, e é o que importa, quando da data da ação fiscal ele estava descredenciado.” Terceira pergunta: “A Transportadora Cometa S.A. tem Termo de Acordo com a SEFAZ-BA mas, este termo só produz efeitos com sua formalização para cada operação com a emissão da respectiva TRGM, o que não ocorreu no caso em lide.”

Conclui sustentando a autuação e pede pelo julgamento procedente.

VOTO

O autuado apresentou diversos argumentos e por fim requereu a nulidade, entre os quais por ter exigido imposto de mercadorias que se faziam acompanhar de notas fiscais idôneas; da impossibilidade de exigir o imposto na fronteira por parte do autuado ou da transportadora; de ter sido descredenciado sem que tomasse conhecimento e da implicação das taxas SELIC. Inicialmente rejeito as preliminares de nulidades suscitadas, por não encontrar amparo legal, conforme disposto no art. 18 do RPAF/BA.

O Auto de Infração trata de exigência da antecipação do ICMS de aquisição de mercadorias enquadrada no regime de substituição tributária, (bebidas alcoólicas), procedentes de outros estados, sem o recolhimento na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria e relacionadas na Portaria nº 114/04, de contribuinte não credenciado.

A primeira questão formulada pela empresa é o motivo para exigência do imposto, já que os documentos fiscais que acompanhavam a mercadorias eram idôneos. Verifico que se trata de operação de aquisição de bebidas alcoólicas diversas, através das Notas Fiscais de nºs 35398; 04941 e 04942 (fls. 5 a 8), e sendo o produto enquadrado no regime de substituição tributária procedente de fornecedores situados em Pernambuco, Estado que não é signatário de Convênio ou Protocolo que obrigasse o fornecedor fazer a retenção do imposto, o mesmo deve ser recolhido por antecipação, pelo adquirente no Estado da Bahia. Portanto não se trata de inidoneidade do documento fiscal e sim da obrigatoriedade do autuado de pagar o imposto antecipado no momento da sua entrada no território baiano.

A segunda questão formulada é que tanto a Transportadora Cometa como o autuado estavam credenciados de acordo com a Portaria nº 114/04 e que não caberia a exigência do imposto.

Constato que o § 2º do art. 2º da Portaria nº 249/94 prevê o credenciamento por parte da transportadora que estava devidamente credenciada. Mas a questão básica é saber quem era o responsável pelo pagamento do imposto da operação, se o transportador ou o autuado. O parágrafo único do art. 3º da Portaria nº 249/04 define que:

A empresa transportadora assumirá a condição de fiel depositário mediante assinatura do Termo de Fiel Depositário (TFD), respondendo solidariamente pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, caso entreguem a mercadoria sem a comprovação do recolhimento do imposto devido.

Parágrafo único. *O Termo de Fiel Depositário (TFD) será emitido, em duas vias, por agente do fisco, na primeira unidade fiscal do percurso, constando a identificação da transportadora, dos remetentes e dos destinatários, a relação das notas fiscais e o valor do imposto a ser recolhido por cada um dos destinatários.*

Da análise dos documentos juntados ao processo constato que na fls. 04 e 06 constam os Conhecimentos de Transportes nº 521.700 e 521.466 emitidos pela Transportadora Cometa S/A e na fl. 03 o Termo de Apreensão de Mercadorias nº 122156 lavrado contra o autuado, tendo sido as mercadorias depositadas na Transportadora Cometa em 19/07/04. Logo, tendo as mercadorias sido apreendidas e depositadas na transportadora que inicialmente foi o fiel depositário das mercadorias e em seguida transferidas em 22/07/2004, para o estabelecimento do autuado, mediante Termo da fl. 31, conclui-se que, mesmo o transportador estando credenciado, não tendo o transportador assinado o Termo de Fiel Depositário que deveria ser emitido pelo fisco na primeira repartição da fronteira, conforme disposto no art. 3º da Portaria nº 249/04, **o transportador** conforme disposto no artigo primeiro da mesma Portaria não assumiu a responsabilidade pelo pagamento do imposto e em se tratando de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária a responsabilidade pelo pagamento do imposto antecipado passou ser do autuado.

Definido que a responsabilidade da antecipação do imposto era do autuado, constata-se que o fato gerador foi a falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fiscal do Estado, de mercadorias sujeita a antecipação tributária relacionadas no Anexo único da Portaria nº 114/04, e como tal, o imposto deveria ser recolhido na primeira repartição fiscal do percurso da mercadoria se o adquirente não fosse credenciado ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria se o estabelecimento fosse credenciado.

O problema que se apresenta então é ter certeza que o autuado estava credenciado ou não para se definir se o imposto era devido no momento da entrada da mercadoria no território baiano ou no dia 25 do mês subsequente.

Quanto ao credenciamento e descredenciamento, a Portaria nº 114/04 estabeleceu regras quanto às condições de credenciamentos e fatores que conduziram ao descredenciamento. De modo específico, o parágrafo segundo do artigo 1º estabelecia que: “Até 30 de abril de 2004, considerar-se-ão credenciados todos os contribuintes regularmente inscritos no CAD-ICMS, sem observância dos requisitos exigidos neste artigo.” Logo, é certo que todos os contribuintes inscritos no CAD-ICMS estavam legalmente credenciados até 30 de abril do corrente, no qual se inclui o autuado.

No que se refere à condição de se manter credenciado a partir de 01/05/04, transcrevo abaixo os artigos 1º e 2º da citada Portaria que estabelece:

Art. 1º Nas entradas interestaduais de mercadorias sujeitas a antecipação tributária, a que se refere o § 7º do art. 125 do RICMS, estarão credenciados a efetuarem o recolhimento do imposto antecipado até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento os contribuintes regularmente inscritos no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) que preencham, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - possuir estabelecimento em atividade há mais de seis meses;

II - não possuir débitos inscritos em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - estar adimplente com o recolhimento do imposto devido por antecipação tributária.

§ 1º O Inspetor Fazendário da circunscrição fiscal do contribuinte poderá, com base em informações que preservem a integridade dos controles quanto ao cumprimento das obrigações relativas à antecipação tributária, dispensar o requisito previsto no inciso I deste artigo.

§ 2º Até 30 de abril de 2004, considerar-se-ão credenciados todos os contribuintes regularmente inscritos no CAD-ICMS, sem observância dos requisitos exigidos neste artigo.

Art. 2º Tratando-se de operações com as mercadorias relacionadas no Anexo Único desta portaria, o credenciamento para recolhimento até o dia 25 do mês subsequente dependerá, também, de prévia autorização do Inspetor Fazendário da circunscrição fiscal do contribuinte.

Parágrafo único. *Consideram-se credenciados os contribuintes que na data da publicação desta Portaria, já dispunham de autorização ou regime especial para recolhimento do imposto em prazo especial, relativamente às operações com as mercadorias relacionadas no Anexo Único desta portaria, desde que preencham os requisitos previstos nos incisos II e III do artigo 1º.*

Verifico que o artigo primeiro estabelece que estarão credenciados os contribuintes que cumulativamente preencham os seguintes requisitos: I – possuir estabelecimento há mais de seis meses; II – não possuir débitos inscritos em Dívida Ativa; III – estar adimplente com o recolhimento do imposto por antecipação tributária. Conclui-se então que, de acordo com a citada Portaria: a) todos os contribuintes inscritos no CAD-ICMS até 30/04/2004, quer satisfizessem ou não, as condições estabelecidas no artigo primeiro estariam credenciados de acordo com o § 2º do art. 1º; b) os estabelecimentos com menos de seis meses de atividade poderiam ser dispensados desse requisito a critério do Inspetor Fazendário; c) conforme disposto no parágrafo único do artigo 2º todos os contribuintes que na data da publicação da Portaria (28/02/04), já dispunha de regime especial para recolhimento do imposto em prazo especial relativo a operações com as mercadorias relacionadas no Anexo Único, estariam credenciados a partir de 01/05/04 se preenchessem os requisitos dos incisos II e III do artigo primeiro. Logo, não se trata de regra individual, haja vista que o descredenciamento previsto na Portaria a partir de 01/05/04 é aplicável a todo e qualquer contribuinte que tenha débito inscrito em Dívida Ativa ou esteja inadimplente com o recolhimento do imposto por antecipação.

Conclui-se finalmente que, primeiro, a responsabilidade pelo pagamento do imposto era do autuado e não da transportadora; segundo, o imposto da operação seria devido no dia 25 do mês subsequente se o adquirente estivesse credenciado, mas que não preenchendo o requisito do art. 1º, II da Portaria nº 114/04, que é o caso do autuado que possuía débito inscrito em Dívida Ativa, foi descredenciado a partir do dia 01/05/04 e na data da autuação as mercadorias relacionadas no

Anexo Único da citada Portaria se encontravam no Estado e sem o pagamento do imposto antecipado que deveria ter sido recolhido na data da emissão do documento fiscal, portanto fica caracterizado a infração.

Quanto à aplicação da taxa SELIC nas exigências tributárias, apesar de contestada, sua utilização tornou-se prática reiterada da administração tributária em todas as esferas de competência, porém os julgadores não têm competência para declarar inconstitucionalidade da legislação estadual.

Quanto às dúvidas suscitadas na interpretação da legislação, entendo que está devidamente caracterizado nos autos que a empresa, tendo sido descredenciada, não poderia recolher o imposto no prazo especial concedido em relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e, pelas regras expressas na Portaria nº 114/04, deveria ter recolhido o ICMS antecipado no primeiro posto de fronteira, fato que não ocorreu, o que justifica a autuação.

No que se refere às questões formuladas, as mesmas foram respondidas pelo autuante de forma satisfatória. Primeiro, que conforme previsto na Portaria nº 114/04, quem não preenchesse os requisitos estava automaticamente descredenciado e não havia necessidade de intimação específica. Quanto à alegação do contribuinte de que estava credenciado na data da autuação, a empresa não fez prova do afirmado. Por fim, mesmo que a transportadora estivesse credenciada, o prazo especial para recolhimento só seria concedido, se a empresa emitisse em tempo hábil a TRGM, fato que não ocorreu e que assegura o recebimento do imposto pelo Erário Estadual. Portanto, como anteriormente mencionado, fica caracterizado que a responsabilidade pelo pagamento do imposto era do autuado e por estar descredenciado, o pagamento deveria ter sido feito na primeira repartição fiscal do percurso da mercadoria, fato que não ocorreu, e não se justifica a realização de diligência ou perícia.

Relativamente ao pedido de dispensa do pagamento da multa, não pode ser acatado, pois a infração descrita no Auto de Infração tem previsão na Lei nº 7.014/96 (art. 42, II “d”), e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de dispensa ou redução de multa decorrente de obrigação principal. Essa competência é exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **0933176-0/04**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.948,19**, acrescido da multa de 60 %, prevista no art. 42 inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR