

A. I. N° - 206878.0006/04-6
AUTUADO - SOS LÂMPADAS ESPECIAIS LTDA.
AUTUANTE - ANALCYR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 23.11.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0434-02/04

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) IMPOSTO RETIDO A MENOS. Nestes casos, as mercadorias estão sujeitas à retenção do imposto pelo remetente, em consonância com o Convênio ICM 17/85 e sucedâneos, celebrado entre a Bahia e o estado de origem das mercadorias. **Infrações nulas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA TRIBUTADA.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% e de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Foi feito o levantamento, reduzindo-se o débito inicialmente apurado na infração 03. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/06/2004, no valor de R\$ 25.633,02 decorreu do cometimento das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, 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. ICMS de R\$ 23.985,19 e multa de 60%.
2. Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, 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. ICMS de R\$ 33,32 e multa de 60%.
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$ 882,51.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$ 732,00.

O autuado através de patrono, ingressa com defesa, fls. 303/307, e aponta algumas notas fiscais, relacionadas na infração 01, cujo imposto teria sido pago por antecipação, dentre elas, as de n°s. 19961, 1436, 1838, 1854, 1859.

No tocante às notas fiscais n°s 811 e 1301, emitidas por DBD Comércio e Distribuição Ltda, em 08/11/2000 e em 05/12/2000, não cabe a multa de 10%, uma vez que as mercadorias correspondem ao mesmo item e estão enquadradas na substituição tributária, sendo que

houve um erro na indicação da classificação fiscal das mercadorias acobertadas pela Nota fiscal nº 1301. Onde consta o código 9405.300, deveria constar o código 8539.31.00, descrito no campo de “informações complementares” da nota fiscal nº 811.

Afirma que não houve infração às normas do ICMS, pois em conformidade com o art. 125, § 1º do RICMS/97, deveria ter sido emitida notificação fiscal, em nome do destinatário, para que fosse efetuado, espontaneamente, o recolhimento do imposto.

Na infração 02, informa que irá solicitar o recolhimento do imposto relativo ao valor do frete que não foi incluído na base de cálculo para fins de antecipação do imposto.

Quanto à infração 03, não cabe a multa de 1%, haja vista que o fornecedor efetuou o recolhimento do imposto retido por ocasião das saídas dos produtos, o que não causou prejuízo ao erário. Ressalta que houve lançamento das notas fiscais nºs 3828, 7598 e 3317, conforme cópia do Livro de Entradas de Mercadorias, em anexo. Relaciona algumas notas fiscais em que o fornecedor não reteve o ICMS, não havendo como responsabilizar o autuado, pelas razões descritas na infração 01.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 328/332, na qual presta os seguintes esclarecimentos:

1. Tendo em vista que o autuado comprovou o recolhimento do ICMS antecipado, das notas fiscais nºs. 19961, 1436, 1838, 1854, 1859, refez o demonstrativo I, de fls. 10 a 22 do PAF, cujo valor passou para R\$ 22.994,78.
2. O defendente discorda da autuação, procurando se isentar da responsabilidade subsidiária em recolher o imposto antecipado devido. Todavia o § 7º do art. 125, prevê que o credenciamento do sujeito passivo por substituição, conforme o art. 377 do RICMS, é condição necessária para que se possa cobrar do contribuinte substituto o imposto que eventualmente não foi retido ou foi retido a menor nas operações interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária, com destino a estabelecimento destinatário situado em território baiano. Para validar esta necessidade, o § 1º do art. 377 determina que o número da inscrição estadual obtida pelo contribuinte substituto deverá constar em todos os documentos emitidos para o Estado da Bahia, inclusive os de arrecadação.
3. No demonstrativo 1, agora retificado, todas as notas fiscais nele elencadas foram emitidas por contribuintes descredenciados junto à Secretaria da Fazenda, os quais não se enquadram nas exigências contidas no art. 377 do RICMS/97, circunstância conhecida do autuado, vez que este chegou a efetuar o recolhimento do ICMS antecipado na condição de responsável por solidariedade, nas notas fiscais nºs. 19961, 1436, e outras. Fica portanto patente a postura contraditória do autuado, querendo se desobrigar da sua responsabilidade solidária. Mesmo já havendo recolhido parte do imposto cobrado no AI nº 206878.0006/04-6.
4. Concorde com a exclusão das notas fiscais nºs 3828, 7598 e 3317, e altera o demonstrativo 3, fls. 25 a 32 do PAF, cujo valor passou a ser de R\$ 786,85.
5. Quanto à infração 04, as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais nºs 811 e 1301, são mangueiras luminosas branca, vermelha, amarela, azul ou verde, sendo que a classificação fiscal é divergente nas notas fiscais. Na verdade trata-se de guirlandas elétricas para árvores de natal, e sujeitam-se à tributação normal. A multa é portanto de 10%.
6. Reconhece parte das alegações da defesa, e reduz o Auto de Infração para R\$ 24.546,95.

O autuado manifesta-se às fls. 338/339, e ratifica os termos da defesa com relação à infração 01, posto que efetuou o recolhimento do ICMS antecipado por desconhecer o art. 125, § 1º do RICMS/97.

O autuante contra-arrazoa os argumentos da defesa, fls. 343, 344, ao verificar que o autuado mais uma vez, invoca o art. 125, § 1º do RICMS/97, para isentar-se do pagamento do imposto antecipado. No entanto, esta regra se aplica para os casos em que o sujeito passivo por substituição esteja cadastrado no estado da Bahia, como literalmente determina o art. 377 do RICMS/97, condição indispensável para que se possa cobrar do contribuinte substituto o imposto que eventualmente não foi retido ou foi retido a menor nas operações interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária, com destino a estabelecimento destinatário situado em território baiano. Ressalta que o número da inscrição estadual obtido pelo contribuinte substituto deverá constar em todos os documentos emitidos para a Bahia, inclusive nos de arrecadação. O autuado é o responsável solidário. Mantém o lançamento, nos moldes da primeira informação fiscal.

VOTO

Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo, teço as seguintes considerações:

Na infração 01, está sendo exigido o ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, cujas notas fiscais estão relacionadas no demonstrativo 1, de fls. 10 a 22.

A situação fática apresentada nos autos, remete-nos ao art. 370 do RICMS/97, em que nas operações interestaduais a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nesta subseção e nos convênios e protocolos (anexo 86 para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da federação interessadas. (Conv. ICMS 81/93).

Trata-se de lâmpadas elétricas e as operações interestaduais, com este tipo de mercadoria, classificadas nas posições 8539 e 8540 da NBM/SH, estão regidas pelo Protocolo ICM 17/85, ao qual em 1997 o Estado da Bahia e de Sergipe aderiram. Esse protocolo em sua cláusula primeira atribui ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, relativo às saídas subseqüentes. Outrossim, a cláusula segunda estabelece que “no caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com mercadoria a que se refere este Protocolo, a substituição tributária caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente”.

Deste modo, entendo que está caracterizada a ilegitimidade passiva, pois a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às saídas subseqüentes, na qualidade de sujeito passivo por substituição é do remetente, nos termos do Protocolo ICM 17/85 e sucedâneos. Nula portanto a infração pois está sendo exigido o imposto do destinatário, adquirente das mercadorias.

Quanto á infração 02, embora o autuado a tenha reconhecido, de ofício cabe me manifestar, na qualidade de julgadora, haja vista que, pelos motivos expostos na infração 01, não cabe ao destinatário o pagamento do ICMS, de mercadorias classificadas nas posições NBM/SH 8504.10.00 e 8536.50.90, realizadas entre contribuintes situados nos estados signatários do Protocolo ICM 17/85. Nula portanto a exigência fiscal.

Quanto à infração 3 e 4, deve-se ressaltar que o contribuinte tem a obrigação de escriturar todas as notas fiscais, sejam de entradas ou de saídas, não importando se as mercadorias são ou não tributáveis. No caso de falta de registro, na escrita fiscal, de documentos fiscais de entradas de mercadorias não tributáveis, a Lei nº 7.014/96, em seu artigo 42, inciso XI, determina que seja aplicada a penalidade de 1% “do valor comercial da mercadoria não tributável, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal”.

Já a multa prevista para as mercadorias tributáveis é da ordem de 10% “do valor comercial da mercadoria tributável, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal”, conforme a previsão do art. IX da Lei nº 7.014/96.

Sendo assim, estão caracterizadas as irregularidades apontadas, exceto as notas fiscais nº 3828, 7598 e 3317, relacionadas na infração 03, cuja escrituração fiscal foi comprovada na peça de defesa. Assim, o demonstrativo 3, fls. 25 a 32 do PAF, fica alterado e o valor da multa deve ser de R\$ 786,85.

Na infração 04 não há alterações a serem feitas, haja vista que o autuante ao analisar os argumentos da defesa esclareceu que as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais nºs 811 e 1301, são mangueiras luminosas branca, vermelha, amarela, azul ou verde, e a classificação fiscal é divergente nas notas fiscais. Na verdade trata-se de guirlandas elétricas para árvores de natal, e sujeitam-se à tributação normal, com a multa de 10%, conforme sugerida pela fiscalização. Infração não elidida.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 **206878.0006/04-6**, lavrado contra **SOS LÂMPADAS ESPECIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor total de **R\$ 1.518,85**, sendo R\$ 364,82, atualizado monetariamente, prevista no art. 42, incisos XI e IX, da Lei nº 7.014/96, e R\$ 1.154,03, prevista no art. 42, incisos XI e IX, da citada lei, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício 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, 04 de novembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR