

A. I. Nº - 206878.0005/06-6
AUTUADO - CORBA – COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES BAIANA DE PRODUTOS
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28/11/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0343-05/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo, entre as Unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Exigências parcialmente subsistentes. **2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. a) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Exigência fiscal subsistente; **b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Infração confirmada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/06, exige ICMS no valor de R\$212.804,48, acrescido das multas de 50% e 60%, em razão 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 no anexo 88- R\$8.344,53;
- 2 – Recolheu a menos o imposto devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 – R\$734,16;
- 3 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado – R\$6.305,12;

4 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado – R\$171.266,65;

5 – Recolheu a menos o ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado – R\$25.501,35;

6 - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) – R\$652,67.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 654 a 663, inicialmente solicitando a nulidade da autuação, sob a alegação de que o autuante teria subdivido a primeira infração em dois tipos de enquadramento legal para períodos distintos. O primeiro compreenderia os períodos de 30/01/2004 a 09/04/2004 e de 30/11/2005 a 09/12/2005, com a infração sendo enquadrada com assento no artigo 371, inciso I, alínea "a", artigo 125, inciso I, alínea "a" c/c o artigo 61 do RICMS/97. O segundo abrangeria o período de 30/04/04 a 09/08/05, em que a infração é tipificada com base no artigo 371, art. 125, inciso II, alínea "b" c/c o artigo 61 do RICMS/97. Entende que a imputação feita no primeiro período não poderia prosperar, tendo em vista que estaria amparada por dispositivo já revogado, já que a "alínea 'a' do inciso I" do artigo 371 não faz mais parte de sua redação atual, de acordo com a Alteração n°. 55 (Decreto n°. 9068, de 12/04/2004). Acrescenta que também encontrase revogada a "alínea 'a', inciso I" do artigo 125 do RICMS/BA, conforme determina a Alteração n°. 52 (Decreto n°. 8969, de 12/02/2004).

Também em relação à infração 2 reitera que o enquadramento legal teria sido realizado com fundamento em dispositivo já revogado - "alínea 'a' do inciso I" do artigo 371 do RICMS/BA.

Dessa forma, entende o impugnante que os dispositivos legais indicados como infringidos nas infrações 1 e 2 não combinam com o fato concreto autuado, uma vez que não existiria uma relação entre os fatos considerados infrações e a tipificação da infração. Apoiada neste ponto de vista, a defendente requer a nulidade do Auto de Infração, citando o artigo 18 do RPAF/99, com o intuito de atestar a ausência dos requisitos legais para a validade do mesmo.

O autuado entende ainda que em relação às infrações 2, 3, 5 e 6 seria necessária a averiguação da existência de acordos ou convênios entre o Estado da Bahia e os demais envolvidos, por se tratar de matéria que tenha por objeto substituição e antecipação tributária, e que sua falta consistiria em vício que tornaria sem efeito o Auto de Infração.

Quanto ao mérito, alega que na infração 1 há uma cobrança em duplicidade do ICMS, referente à Nota Fiscal n° 193934, de 14/12/2004, com imposto a recolher no valor de R\$65,45. Apresenta cópia do Demonstrativo 1 (fl.676), visando comprovar o lançamento da mesma NF nos meses de novembro e dezembro de 2004.

No que diz respeito à infração 4, alega que há cobrança de ICMS sobre operação de bonificação, referente à Nota Fiscal n° 175745, de 02/09/2004, com imposto a recolher no valor de R\$41,33. Informa que realizou uma compra no mesmo dia de emissão da NF de bonificação - 02/09/2004, no valor de R\$16.350,00 e que o fornecedor deu, em forma de bonificação por esta compra, 28 (vinte e oito) caixas de leite longa vida Ibituruna integral, concluindo que, desta forma, a autuação careceria de fundamento. Na defesa desse juízo, faz menção ao CFOP (Código Fiscal de Operações e de Prestações) da operação de bonificação, como prescreve o Anexo 2 do RICMS/BA: "6.910 - Remessa em bonificação, doação ou brinde. Classificam-se neste código as remessas de mercadorias a título de bonificação, doação ou brinde". Conclui que sobre a operação de bonificação ou brinde não incide cobrança de imposto e, com base nesse único lançamento da NF 175745, considera sem fundamentação legal toda a Infração em análise.

Ao final, requer a nulidade do A.I., e em caso de não acatamento da preliminar argüida, solicita que o processo seja julgado totalmente improcedente.

O autuante, em informação fiscal, às fls. 688/691, inicialmente rechaça a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado dizendo que nas infrações 1 e 2 as descrições dos fatos que ensejaram a autuação estão perfeitamente previstos na legislação vigente, assim como o enquadramento legal das infrações. Aduz que um eventual equívoco na indicação de dispositivo legal não implica em nulidade do lançamento de ofício, conforme preconiza o artigo 19 do RPAF/99.

No mérito, concorda com a alegação do autuado no que tange à cobrança em duplicidade da Nota Fiscal 193934, de 14/12/2004. Dessa forma recomenda a redução do imposto a ser exigido na infração 1, de R\$8.344,53 para R\$8.279,08, em virtude da modificação dos valores lançados na data de ocorrência de 30/11/2004, com data de vencimento em 09/12/2004.

Quanto à quarta infração, diz não ser justa a irresignação do autuado frente à cobrança de ICMS sobre a operação de bonificação, referente à Nota Fiscal nº. 175745, de 02/09/2004, com ICMS devido no valor de R\$41,33. Aduz que ao contrário do que afirma a defesa, na operação de bonificação incide a cobrança de ICMS. Transcreve o artigo 54 do RICMS/97, visando comprovar sua afirmação.

Ao final, expondo que em relação às infrações 2, 3, 5 e 6, o autuado limitou-se a pedir o cancelamento das mesmas, sem analisar o conteúdo ou a essência da autuação, solicita a procedência do Auto de Infração.

O autuado voltou a se manifestar às fls. 694 a 700, reiterando a preliminar de nulidade argüida em relação às infrações 1 e 2, dizendo que a autuação carece de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração cometida. Entende que o artigo 19 do RPAF/99 é inaplicável a situação, dizendo que os erros na indicação dos dispositivos prejudicam o contraditório e a ampla defesa.

No mérito, ratifica sua afirmação de que a Nota Fiscal nº 175745, de 02/09/04 emitida com CFOP 6910, refere-se à bonificação efetuada por seu fornecedor, em virtude dela ter realizado um compra, no mesmo dia, no valor de R\$16.350,00. Mantém o entendimento de que a cobrança do imposto deve ser afastada. Transcreve algumas decisões de outros tribunais, bem como o entendimento de alguns doutrinadores do direito, com o intuito de amparar sua argumentação.

Ao final, ratificando também a preliminar relativa às infrações 2, 3, 5 e 6, suscitada na defesa inicial, pede a nulidade ou improcedência da autuação.

O autuante, em manifestação às fls. 719/720, diz que o autuado apenas repetiu as alegações já apresentadas em sua defesa inicial. Ao final, solicita a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, uma vez que pela descrição das infrações 1 e 2, bem como dos demonstrativos acostados aos autos (fls. 10 a 14), restou evidente o enquadramento legal das infrações.

Ademais, um eventual equívoco na indicação de dispositivo legal não implica em nulidade do lançamento de ofício, conforme preconiza o artigo 19, do RPAF/99, considerando, ainda, que em nenhum momento ficou configurado o cerceamento de defesa, pois o lançamento de ofício contém os elementos suficientes para se determinar com segurança as imputações em questão.

Quanto ao entendimento do autuado de que em relação às infrações 2, 3, 5 e 6 seria necessária a averiguação da existência de acordos ou convênios entre o Estado da Bahia e os demais envolvidos, por se tratar de matéria que tem por objeto substituição e antecipação tributária, também é descabida, tendo em vista que para as mercadorias questionadas não existem convênios ou protocolos firmados entre as unidades da Federação e os Estados envolvidas nas

operações, e nestas circunstâncias o art. 353, II, do RICMS/97, que enquadra as referidas mercadorias no regime de substituição tributária, determina que o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as ditas mercadorias, será efetuado por antecipação.

No mérito, em relação à infração 1, o autuado comprovou que o autuante cobrou em duplicidade o ICMS, referente à Nota Fiscal nº 193934, de 14/12/2004, no valor de R\$65,45, conforme cópia do Demonstrativo que juntou à fl. 676, que evidencia o lançamento da mesma nota fiscal nos meses de novembro e dezembro de 2004.

Dessa forma, o imposto a ser exigido na infração em exame, fica reduzido de R\$8.344,53 para R\$8.279,08, em virtude da modificação do valor lançado na data de ocorrência de 30/11/2004, que passa a ser de R\$498,01, fato, inclusive, acatado pelo autuante em sua informação fiscal.

Quanto à infração 4, o autuado afirmou que a Nota Fiscal nº 175745, de 02/09/04 emitida com CFOP 6910, refere-se à bonificação efetuada por seu fornecedor, em virtude dela ter realizado um compra, no mesmo dia, no valor de R\$16.350,00. Entende que dessa forma a cobrança do imposto deve ser afastada.

No entanto, entendo que não assiste razão ao autuado, pois nas operações de bonificação incide a cobrança de ICMS, conforme dispõe o art. 54, do RICMS/97, abaixo transcrito:

Art. 54. No tocante aos acréscimos e aos descontos relativos ao valor das operações ou prestações, observar-se-á o seguinte:

I - incluem-se na base de cálculo do ICMS:

a) nas operações e prestações internas e interestaduais, todas as importâncias que representarem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador dos serviços, inclusive o valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a título de bonificação;

b)[...]

No que diz respeito às infrações 2, 3, 5 e 6, o autuado não se manifestou a respeito do mérito, pelo que mantenho as exigências em questão, uma vez que as mesmas se encontram demonstradas nos autos, e com base no que dispõe o art. 140, do RPAF/99.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, em função da redução do valor exigido na infração 1 que passa a ser de R\$8.279,08 (retificação do imposto referente à ocorrência de 30/11/04 que passa a ser de R\$498,01).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206878.0005/06-6**, lavrado contra **CORBA – COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES BAIANA DE PRODUTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$212.739,03**, acrescido das multas de 50% sobre R\$203.725,79 e 60% sobre R\$9.013,24, previstas no art. 42, I, “b, itens “1” e “3” e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR