

A. I. Nº - 282219.1201/06-8
AUTUADO - SADOKIN ELETRO ELETRÔNICA LTDA.
AUTUANTE - OTÁVIO AUGUSTO L. FERNANDES e RUBENS MINORU HONDA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 06.03.07

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0027-02/07

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDA PARA CONTRIBUINTE ESTABELECIDO NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO, RETENÇÃO A MENOS E FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. A mercadoria objeto da autuação encontra-se enquadrada no regime de substituição tributária (art. 353, II, 27, do RICMS/97), devendo, portanto, seu imposto ser retido e recolhido pelo sujeito passivo. Infrações caracterizadas em parte. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas na defesa fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 04/12/2006, reclama o valor de R\$ 5.765,97, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Deixou de recolher o ICMS retido no total de R\$ 4.529,77, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado, nos meses de outubro e novembro de 2004, conforme demonstrativo às fls. 11 e 12.
2. Procedeu a retenção a menos do ICMS no valor de R\$ 259,07, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado, no mês de dezembro de 2004, conforme demonstrativo à fl. 13.
3. Deixou de proceder a retenção do ICMS no valor de R\$ 977,13, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado, nos meses de janeiro, abril a junho, outubro de 2001, maio, julho, agosto, novembro de 2002, janeiro de 2003 e dezembro de 2004, conforme demonstrativo às fls. 14 a 15.

O sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído, em seu arrazoado defensivo às fls. 35 a 49, argüi a nulidade da autuação com base na preliminar de cerceamento de defesa, sob alegação de que a intimação dando ciência do auto de infração não atendeu ao devido processo legal, previsto no artigo 18, incisos LIV e LV, da CF/88, por ter sido efetivada por carta, via A.R., ao invés de intimação pessoal, e no que tange ao AI não consta a assinatura do representante legal da empresa. Além disso, argüi que o levantamento fiscal que originou o auto de infração foi efetivado de forma unilateral, sem passar pelo crivo do Poder Judiciário. Citou ensinamentos de renomados professores de direito tributário sobre as nulidades e sobre os procedimentos para o lançamento tributário.

Quanto ao mérito, sem tecer qualquer comentário, acostou ao processo um demonstrativo informando que os valores lançados na infração 01 foram recolhidos conforme GNRE's; que a

nota fiscal nº 066679 foi emitida para consumidor final; e cópias das notas fiscais nºs 037552, 046656; 048080; e 052404, cópia de catálogo de lâmpadas incandescentes, com a observação de que as mercadorias se tratam de lâmpadas automotivas que estão fora da incidência tributária, tudo conforme documentos às fls. 61 a 71.

Os autuantes, em sua informação fiscal (fls. 79 a 82), esclareceram que a ação fiscal teve por escopo a fiscalização do ICMS – Substituição Tributária, com base no Protocolo ICMS 17/85, tendo em vista que os Estados da Bahia e São Paulo são signatários, e o estabelecimento autuado encontra-se cadastrado na Secretaria da Fazenda sob nº 46.883.173.

Quanto a preliminar de nulidade, os prepostos fiscais a rebateram dizendo que a notificação via carta está prevista no artigo 108, inciso II, do RPAF/99, e ressaltam que diante do elevado número de contribuintes substitutos em todos os Estados brasileiros seria um absurdo o Estado não prever outras formas de identificação do contribuinte que não fosse a pessoal. Por outro lado, dizem que também seria um absurdo obrigar o contribuinte a entregar petições pessoalmente. No caso, destaca que, por estar o autuado localizado no Estado de São Paulo, utilizou correspondência com AR (fl. 77) para exercer o seu direito de defesa, tendo inclusive anexado ao processo uma cópia do AI juntamente com sua peça defensiva.

Quanto ao mérito, no tocante à infração 01, chamam a atenção de que o início da ação fiscal ocorreu em 17/11/2006, conforme Termo de Início de Fiscalização assinado pelo autuado (fl. 07), mantendo os valores que foram lançados, visto que os recolhimentos efetuados através da GNRE's às fls. 62 e 64 ocorreram após o início da ação fiscal.

Sobre a infração 02, os autuantes salientam que a forma de cálculo do ICMS-ST deve levar em conta a destinação dos produtos (para revenda ou para uso/consumo). Dizem que não possuem elementos para determinar qual a destinação dada às mercadorias comercializadas para a empresa ATAKAREJO. Argumentam que o autuado não apresentou nenhum elemento de prova da destinação das mercadorias, e de que parte do Estado, tal comprovação somente poderia ser obtida através de uma fiscalização no referido contribuinte, o que nos seus entendimentos, haveria de ser considerado o custo/benefício de tal procedimento para a SEFAZ/BA, dado o baixo valor desse item.

No tocante à infração 03, rebateram a alegação de que as lâmpadas automotivas estariam fora do campo de incidência tributária, dizendo que a normatização das regras do ICMS – Substituição Tributária referente a tais produtos é feita pelo Protocolo ICMS 17/85, cujos Estados da Bahia e São Paulo são signatários.

Sustentam que as lâmpadas automotivas estão sujeitas ao pagamento do ICMS-ST, pois estão classificadas nas posições 8539 e 8540 da NBM/NCM, conforme Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 17/85, transcrita.

Explicam que o autuado informou nos seus arquivos magnéticos que o NCM dessas lâmpadas é 8539-2910, conforme transcrição abaixo do arquivo magnético, que coincidem com o código dos produtos destacados no catálogo apresentado pelo autuado (docs. fls. 61 e 70).

CÓDIGO	DESCRIÇÃO	NCM
9/A/601/023-1	MG-18	85392910
9/A/602/031-1	MS-25	85392910
9/A/603/011-1	MD-25	85392910

Finalizam ratificando o procedimento fiscal pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Os fatos narrados no Auto de Infração dizem respeito a falta de recolhimento do ICMS retido (infração 01); retenção a menos do ICMS-ST (infração 02); e a falta de retenção do ICMS-ST

(infração 03), e os conseqüentes recolhimentos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Analizando a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, de que a intimação dando ciência do auto de infração não atendeu ao devido processo legal, por ter sido efetivada por carta, via A.R., ao invés de intimação pessoal, e no que tange ao AI não consta a assinatura do representante legal da empresa, observo que não lhe assiste razão, tendo em vista que está previsto no inciso II do artigo 108 do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999, *in verbis*:

Art. 108 – A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal quando não for prevista forma diversa pela legislação, será feita:

I -

II – mediante remessa, por via postal ou qualquer outro meio ou via, com aviso de recebimento (“AR”) ou com prova de entrega, ao sujeito passivo ou interessado, de cópia do instrumento ou de comunicação de decisão ou circunstância constante de expediente.

Ressalto que além da ciência do lançamento ter obedecido ao previsto no citado dispositivo regulamentar (doc. fl. 18), tal fato não impediu em momento algum que o sujeito passivo exercesse com plenitude a ampla defesa e o contraditório, conforme se verifica na análise de mérito a seguir.

Dessa forma, fica rejeitada a preliminar argüida pelo sujeito passivo, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99.

No mérito, analisando cada infração de per si constato o seguinte:

Infração 01 – O débito diz respeito a falta de recolhimento do imposto retido nos valores de R\$ 1.656,17 e R\$ 2.873,60, referentes aos meses de outubro e novembro de 2004, cujos valores correspondem com os valores declarados na Guia Nacional de Informação do ICMS Substituição Tributária – GIA-ST (fls. 11 e 12).

Para elidir este item o autuado juntou ao processo cópia das GNRE's recolhidas no dia 22/11/2006 (docs. fls. 62 e 63). De acordo com a legislação tributária a denúncia espontânea, antes do inicio de qualquer procedimento fiscal, exclui a aplicação de multa por infração à obrigação tributária ou acessória. Mantendo o lançamento em questão, uma vez que o recolhimento da exigência fiscal ocorreu após o início da ação fiscal no dia 17/11/2006, conforme Termo de Início de Fiscalização devidamente assinado pelo autuado (fl. 07).

Infração 02 – Trata-se de retenção a menor do ICMS-ST, na Nota Fiscal nº 66.679, no mês de dezembro de 2004, no valor de R\$ 259,07, conforme demonstrativo à fl. 13.

Pelo que se depreende do que consta no demonstrativo à fl. 61, o fundamento para a retenção a menos do ICMS-ST em relação ao cálculo do autuante concerne na alegação de que a mercadoria se destinou a consumidor final (Atakarejo).

Através da simples análise da cópia da nota fiscal à fl. 65 não há como se afirmar se a mercadoria realmente foi adquirida para consumo ou para revenda. Na fase de instrução submeti esta questão a Pauta Suplementar do dia 25/01/07 visando a realização de diligência fiscal no destinatário das mercadorias, sendo decidido pela desnecessidade de tal providência, por se tratar de mercadoria não muito comum ser comercializada em supermercado que comercializa, predominantemente com alimentos, bebidas e utilidades em geral.

Por conta disso, embora o autuado não tenha apresentado qualquer elemento de prova de sua alegação, mesmo assim foram acolhidos os argumentos defensivos pela insubsistência da exigência fiscal.

Infração 03 – Neste item o fulcro da autuação é de que o autuado deixou de proceder a retenção do ICMS-ST e o devido recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, através das notas fiscais relacionadas às fls. 14 a 15.

Conforme demonstrativo à fl. 61, o argumento defensivo se concentra na alegação de que as mercadorias se tratam de lâmpadas automotivas que estão fora da incidência tributária, tendo juntado apenas cópias das notas fiscais nºs 037552, 046656; 048080; e 052404 e cópia de catálogo de lâmpadas incandescentes (docs. fls. 66 a 70).

Nas operações de vendas de lâmpada elétrica e eletrônica entre os Estados da Bahia e São Paulo, e demais Estados, signatários do Protocolo ICMS 17/85, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com lâmpada elétrica, o remetente das mercadorias está obrigado a observar as disposições estabelecidas no referido Convênio mediante a retenção e o devido recolhimento através de GNRE na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme disposto na Cláusula Primeira, recepcionado no art. 353, inciso II, do RICMS/97, in verbis:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com lâmpada elétrica e eletrônica, classificada nas posições 8539 e 8540, reator e "starter", classificados nas posições 8504.10.00 e 8536.50.90, respectivamente, todos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH -, realizadas entre contribuintes situados nos Estados signatários deste protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, 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 saídas subsequentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário, exceto em relação às operações que destinem o produto ao Estado de São Paulo."

A questão deve ser dirimida levando em conta se a mercadoria objeto da autuação está relacionada no citado protocolo. Analisando-se as notas fiscais às fls. 66 a 69, se verifica que mercadoria está descrita como Lâmpadas MG-18 e MG-25, e em todas as notas fiscais consta no campo destinado a observações que o NCM das mesmas é 8539.2910 e 8540.90.90.

Considero correto o presente lançamento, uma vez que a mercadoria objeto da lide está relacionada no Protocolo acima citado, e recepcionado no item 27 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97 para ser efetuada a substituição tributária, cujo autuado figura como responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, e deveria ter feito a retenção do imposto na operação que realizou para contribuinte neste Estado.

Ante o exposto, 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 282219.1201/06-8, lavrado contra **SADOKIN ELETRO ELETRÔNICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 5.506,90**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 977,13 e 150% sobre R\$ 4.529,77, previstas no art. 42, inciso II, alínea “e” e V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR