

A. I. N º - 276468.0110/06-4
AUTUADO - FLEY EXPRESS LTDA.
AUTUANTE - HEITOR PERELLA
ORIGEM - IFAZ ATACADO
INTERNET - 04.06.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0164-01/07

EMENTA: ICMS. ARMAZÉM GERAL. SAÍDA DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. a) DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O LANÇADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO. Foram demonstrado as diferenças apontadas, não contestadas pelo autuado. Infração subsistente. b) RECOLHIMENTO A MENOS POR ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS. Ficou evidenciado que o autuante agiu em conformidade com o que dispõe a legislação tributária estadual vigente à época dos fatos geradores. Rejeitadas as preliminares de nulidade por cerceamento de defesa e indeferido os pedidos de realização de diligência e perícia. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado no valor de R\$279.584,23 em 18/12/2006, atribui ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 - recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de agosto, outubro, novembro e dezembro de 2001 e janeiro a junho de 2002, no valor de R\$2.079,09, com aplicação da multa de 60%;

02 - recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de novembro e dezembro de 2003, janeiro e fevereiro, junho e dezembro de 2004, março, abril, junho, julho, agosto, novembro e dezembro de 2005, no valor de R\$277.505,14.

O autuado às fls. 312 a 333, afirma inicialmente que seu contrato social tem por objeto: recepção e movimentação de mercadorias de terceiros, isolada ou conjuntamente com mercadorias próprias, com a função de guarda e proteção (Armazéns Gerais); logística, transporte de cargas aéreas, rodoviárias e marítimas, agenciamento de carga aérea, locação de veículos e venda de passagens. Afirma que na Bahia, o seu estabelecimento opera com Serviços de Armazém Geral e Serviços de Transporte Rodoviário de Cargas, devidamente inscrito na condição de contribuinte normal: Inscrição Estadual nº 55.596.488.

Descreve os fatos pelos quais foi autuado, relatando que a autuação ocorreu em razão do mesmo ter registrado as notas fiscais de entradas a título de remessa para Armazém Geral com a utilização dos créditos, escriturados os débitos destacados nas notas fiscais de remessa que emitiu por ocasião das saídas de mercadorias do Armazém Geral para estabelecimento diferente do remetente e finalmente porque o imposto assim destacado e escriturado em decorrência das entradas e saídas foi apurado no livro Registro de Apuração do ICMS, e, dessa forma o saldo devedor recolhido.

Descreve suas operações consignando que:

- a) recebe para armazenar mercadorias de terceiros, cilindros vazios, remetidos por White Martins Gases Indústrias do Norte S/A (depositante), estabelecida na Cidade de Manaus, no Amazonas;
- b) essa mercadoria chega ao seu estabelecimento acompanhada por nota fiscal emitida pela depositante, tendo como Natureza da Operação: “Remessa para Depósito Fechado ou Armazém Geral”, com destaque no campo próprio do ICMS incidente na operação, cujo documento é escriturado regularmente no livro registro de entradas do Armazém Geral com o aproveitamento do crédito fiscal do ICMS incidente nessa operação interestadual;
- c) por ocasião da venda da mercadoria, o depositante emite nota fiscal para o adquirente ou destinatário, tendo como Natureza da Operação: “Venda de produto do estabelecimento que não deva por ele transitar”, sem destaque do imposto. Em “Dados Adicionais” indica: “A mercadoria dessa nota fiscal será entregue pelo Armazém Geral Fley Express Ltda., e ainda, o endereço deste, bem como, o número do CNPJ e Inscrição Estadual do Armazém Geral (art. 673, do RICMS/BA);
- d) para fazer a entrega das mercadorias a Suplicante (depositária) emite uma nota fiscal de remessa para o mesmo adquirente ou destinatário acima mencionado, tendo como Natureza da Operação “Remessa p/ Entrega”, com destaque do ICMS e em “Dados Adicionais” indica o número e série da nota fiscal de venda acima mencionada, a razão social do depositante, o seu endereço o número do CNPJ e inscrição estadual do depositante escriturando a mesma no Registro de Saídas, para efeito de recolhimento do imposto (art. 673, §2º, inciso I, do RICMS/BA).
- e) a depositária, além dessa nota fiscal, emite uma nota fiscal para o depositante de “Retorno para entrega”, com destaque do ICMS, e em Dados Adicionais” indica o número e série da nota fiscal de venda acima mencionada, a razão social do depositante, o seu endereço o número do CNPJ e Inscrição Estadual do depositante, escriturando a mesma no Registro de saídas, para efeito de recolhimento do imposto (art. 673, § 2, inciso II, do RICMS/BA);
- f) encerrado o período fiscal é feita a apuração do imposto em conformidade com o escriturado nos livros de entrada e saída, transcrevendo-se para o Registro de Apuração do ICMS. O Saldo do imposto (devedor) é recolhido no prazo regulamentar (art. 93, inciso I, do RICMS/BA).

Entende que o motivo da autuação é em razão do autuante considerar o Armazém Geral apenas como responsável, devendo fazer a apuração do imposto nota a nota, e não mediante o sistema normal de apuração do imposto, conforme é efetuado pelo autuado.

Argui a impossibilidade de compreender o levantamento efetuado pelo autuante e que a orientação adotada pelo autuante está ao arrepio da legislação pátria, especialmente os dispositivos trazidos à discussão pelo autuante, onde pretende puni-lo exatamente por obedecer às disposições regulamentares.

Dessa forma, argumenta que o autuante diz ter feito a reconstituição da escrita do autuado a qual apresenta em demonstrativo de conta-corrente reconstituído, donde conclui, explica ele, existir “Diferença a recolher”.

Passa a reproduzir o art. 116, incisos I, II e III, § 1º, incisos I, II e II, § 2º e § 3º, o art. 124, I, o art. 331, § 1º ao 6º, incisos I e II, § 7º e § 8º, todos do RICMS/BA, que tratam do regime normal de apuração, prazo de recolhimento e os procedimentos relativos à escrituração do livro de apuração.

Observa que pela própria descrição dos fatos é que procedeu exatamente como previsto nos dispositivos tidos por infringidos.

Informa que atendeu as obrigações acessórias disciplinadas no SINIEF, incorporadas no RICMS/BA e que concorda com o autuante quando declara no Auto de Infração que “Aplica-se a regra

prevista no artigo 673 do RICMS/BA.”, reproduzindo o referido dispositivo.

Afirma que embora não se encontre devidamente demonstrada na peça acusatória a filosofia para reclamar o imposto, é de que a Suplicante não é contribuinte do ICMS, mas mero responsável pelo imposto.

Argumenta que o Código Tributário Nacional, prevê em seu artigo 121, que o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, fazendo distinção entre contribuinte - aquele que tem relação direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador - e responsável - aquele que, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorre de disposição expressa em lei.

Entende que a exigência do ICMS na operação em questão está totalmente tipificada na legislação vigente do RICMS/BA, conforme o art. 2º, incisos III e IV, art. 39, inciso II, alínea “a” e “b”, § 3º e § 4º do RICMS, os quais reproduz na íntegra.

Argumenta que no momento em que a mercadoria já se encontra no Estado da Bahia, depositada em Armazém Geral, pretender que o imposto seja da competência do contribuinte-proprietário estabelecido em outra Unidade da Federação é forçar um pouco a situação, concluído que o fato gerador opera-se no Armazém Geral, no momento da transferência da titularidade da mercadoria ou da saída para estabelecimento diverso, mesmo que pertencente à mesma pessoa jurídica. Reproduz o art. 41 do RICMS que define estabelecimento.

Afirma que a responsabilidade pelo imposto e o local da operação constam dos artigos, 45 e 47, inciso VI do RICMS/BA:

Argui que o imposto por ocasião da transferência de titularidade da mercadoria ou sua saída para estabelecimento diferente do estabelecimento remetente, o direito ao crédito fiscal do imposto devido na etapa anterior é mansa e pacificamente admitido, como prevê o art. 114, do mesmo RICMS/BA, não se fazendo necessário transcrever suas disposições tendo em vista que “o direito ao crédito não está sendo questionado, porém, apenas a forma de utilizar esse crédito, reproduzindo os artigos 91, 92, II, e 93, I, § 1º, II.

Reproduz o art. 115 do RICMS, relativo às formas permitidas de apuração do imposto, para afirmar que o critério de apuração do imposto aplicado pelo autuante não está previsto e que o inciso II do art. 115, que prevê o regime sumário de apuração, não se aplica ao Armazém Geral, pois é para contribuinte não obrigado à escrituração fiscal.

Relata que antes de iniciar as suas atividades, compareceu à Repartição e obteve um número de cadastro, ou seja, sua inscrição Estadual, respaldada nas disposições dos artigos 149 e 150, inciso I, aliena “a” e “n” do RICMS/BA, que reproduz em sua defesa.

Entende que independente do que pensa e pretende o Autuante, para efeito de apuração e recolhimento do imposto, o estabelecimento da Suplicante foi inscrito da única forma permitida pela legislação da Bahia para ele: contribuinte normal. E como contribuinte normal, obriga-se a escriturar os livros como o fez e apurar o imposto como se encontra na sua escrita.

Considera que embora entenda o autuante que a atividade fim da Suplicante não é tributada (serviços de Armazéns Gerais), a obrigação de apurar e recolher o imposto, embora de terceiros como quer o Fiscal, para ela foi transferido. Ademais, segue o autuado, é irrelevante para efeito de cobrança do ICMS a natureza jurídica da operação. Não importa a quem pertença a mercadoria.

Diz que no caso específico de Armazém Geral, o legislador além de transferir a responsabilidade pela obrigação principal, também lhe impôs obrigações acessórias próprias de contribuinte, como ter inscrição estadual, emitir nota fiscal e calcular e destacar o imposto nessa nota, bem como escriturar-las em livros fiscais próprios de contribuinte.

Lembra que por imposição da lei somente pode se destacar o ICMS em nota fiscal quem for contribuinte desse imposto, mesmo que por presunção legal, na qualidade de responsável ou substituto tributário. Esse rigor se deve ao fato do imposto ser não-cumulativo e poder gerar efeitos tributários adiante, na etapa seguinte, inclusive junto a outro Ente Tributário.

Nessa linha o autuado procura demonstrar que sem a obrigação de escriturar a nota e o crédito pelo valor declarado na nota fiscal de entrada, para fazê-lo através de controles susceptíveis de erros consciente, favorece aos sonegadores. Dessa forma, abandonar-se-ia os mecanismos do SINEF, o que seria um retrocesso.

Alega que o Regime Sumário de apuração, só se aplica a contribuinte que não está obrigado a manter escrituração fiscal, conforme art. 117 do RICMS. Reproduzindo esse dispositivo legal.

Após estas considerações e argumentos, passa o autuado a atacar os números trazidos pelo autuante, entendendo que os métodos utilizados são estranhos à legislação e que a defesa ficou prejudicada e tornando-se impossível atacar ditos números apresentados.

No entendimento do autuado para que fosse feita a separação da escrita a empresa teria que possuir duas inscrições para o mesmo endereço, situação vedada pelo RICMS conforme art. 186, passando a transcrevê-lo.

Quanto às questões de direito a suplicante entende que o Auto de Infração não preenche todos os requisitos necessários ao seu aparecimento no mundo jurídico.

Lembra que o AI na qualidade de ato administrativo é decorrente de procedimento vinculado, ou seja, aquele que deve ser lavrado de acordo com todas as determinações legais. Transcreve as palavras do mestre Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 18º Edição, Editora Malheiro, São Paulo, 1993, pág. 133):

“Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direito, ou impor obrigações aos administradores ou a si próprio”.

Conclui o autuado que o Auto de Infração é uma espécie dos atos administrativos e como tal deve ser tratado, inclusive em relação aos seus requisitos formadores, a saber, competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Observe-se que dentre estas características imprescindíveis o motivo é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo, ou seja:

“tratando-se de motivo vinculado pela lei, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o que o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência de motivação” (Ind. Direito Adm. Brasileiro, 18ª Ed., Editora Malheiros, São Paulo, 1993, pág. 137).

Entende que o motivo, neste caso, confunde-se com a própria base legal do ato, com o seu objeto. Para que o Auto de Infração exista é imprescindível que sejam determinadas às causas da infração cometida, uma vez que a determinação destas causas não é faculdade da administração. Por consequência, conclui ele, a determinação da causa vincula-se diretamente ao dispositivo legal que define a conduta do agente como sendo ilegítima, d’onde nasce a chamada tipificação do ato ilícito.

Reproduz o art. 38, incisos III, IV, VI e art. 39 do RPAF, para ratificar o caráter vinculado que está submetido o Auto de Infração.

Observa que confrontando o dispositivo acima com o Auto de Infração ora atacado, verifica-se que o Autuante não determinou os dispositivos infringidos e a penalidade aplicada. Determinou sim o procedimento para o indevido pagamento com “redução” da multa aplicável e que na

legislação cuidadosamente consultada não se vislumbra a menor possibilidade da autuação, não podendo, portanto, prosperar a auto.

Consigna que a falta de determinação da tipificação do fato representa um cerceamento de defesa em relação à mesma Suplicante que não tem como atacar a acusação por falta de base fática ou jurídica e que os números levantados em momento algum determina a origem da infração apontada, desobedecendo o disposto na CF que garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo o direito a ampla defesa.

Alega que os demonstrativos apresentados pelo autuante são inteligíveis, que qualquer que seja a decisão o juiz tem que fundamentar e que no processo administrativo deve prevalecer a verdade material, transcrevendo o texto de Hely Lopes, que ratifica tal afirmação.

Lembra que quando a defesa produz prova, as alegações genéricas do autuante “vão por água abaixo”.

Reproduz um texto do Dr. Hugo de Brito B. Machado, onde procura explicar que a relação de tributação não é apenas uma relação de poder é uma relação jurídica e “que o povo consente que o Estado invada seu patrimônio para dele tirar os meios indispensáveis à santificação das necessidades coletiva. Mesmo não sendo a lei, em certos casos, uma expressão desse consentimento popular, presta-se o princípio da legalidade para garantir a segurança nas relações do particular (contribuinte) com o Estado (Fisco), as quais devem ser inteiramente disciplinadas em lei que obriga tanto o sujeito passivo como o sujeito ativo da relação obrigacional tributária (aud MACHADO, Hugo de Brito, inc “Curso de Direito Tributário” Ed. Forense, 5^a edição, pág. 08/09).

Conclui o impugnante, sobre este assunto, que o fisco não se pode valer, conforme diz o mestre, da condição institucional do poder tributário e praticar arbitrariedades em nome da coisa pública. E que o levantamento elaborando pelo autuante não resiste a uma simples apuração da realidade.

Requer diligência tendo em vista a necessidade de se identificar as divergências tomados os documentos que lhes serviram de suporte, ou seja notas fiscais emitidas e recebidas, das quais se exime de juntar à defesa, em virtude do seu grande volume.

Passa a fazer considerações sobre a prova, cita o Dr. Eduardo Domingos Botallo, alguns textos seus sobre a prova. Procedendo da mesma forma em relação ao Dr. Oliveira Franco Sobrinho, em seu Estudo sobre as Garantias Jurídicas no Processo Administrativo.

Reproduz um texto do Prof. Geral Ataliba onde, ao lecionar sobre “Princípios Constitucionais do Processo e Procedimento em Matria Tributária”, afirma que:

“... não há ato administrativo que deixe de ter pressupostos, requisito, condições e elementos, isso tudo, por causa do princípio da indisponibilidade do interesse público, tem de ficar documentado e comprovado; O AGENTE PÚBLICO TEM QUE SER COMO A MULHER DO CÉSAR, NÃO BASTA SER CORRETO, TEM QUE PROVAR QUE AGIU CORRETAMENTE ANTES, DURANTE E DEPOIS; e porque agiu corretamente ali está a documentação que o demonstra.....

Encerra a defesa requerendo as provas diligenciais e da perícia, na forma do art. 145, do RPAF, conforme já justificado (impossibilidade de atacar o incompreensível levantamento fiscal) caso sejam entendidas necessárias ao esclarecer da verdade, requerendo que o auto seja julgado insubsistente e improcedente todos os seus efeitos.

O autuante, por sua vez, às fls. 451 a 453 dos autos, apresenta sua informação fiscal, reproduzindo inicialmente as argüições da defesa, conforme segue:

1 – o autuante entende que os créditos fiscais relativos às mercadorias de terceiros armazenadas só podem ser utilizados por ocasião da saída e proporcionalmente a estas, rateando-se o correspondente o ICMS destacado nas entradas com as quantidades dos produtos comercializadas

pelo depositante, conforme as saídas realizadas pelo Armazém Geral e isso, mediante controle extra-fiscal, ou seja, por fora da escrita regular da empresa;

2 - o auditor não está a admitir que o ICMS devido em decorrência do Armazém Geral seja escriturado no livro Registro de Saídas;

3 - o auditor não concorda que o imposto gerado seja apurado no Livro de Registro de Apuração do ICMS, entende que o ICMS do Armazém Geral deve ser apurado por fora;

4 - concorda com o autuante que se aplica a regra prevista no artigo 673 do RICMS/BA;

5 - alega que desde o momento em que a mercadorias já se encontre depositada em Armazém Geral do Estado da Bahia, o imposto não é de competência do contribuinte-proprietário estabelecendo em outra unidade da federação;

6 - considera que o fato gerador opera-se no Armazém Geral no momento da transferência de titularidade ou da saída para outro estabelecimento;

7 - Entende que a apuração por métodos estranhos à legislação ficou impossível de ataca os números apresentados;

8 - afirma que o Auditor não determinou os dispositivos infringidos e a conseqüente penalidade aplicada, significando cerceamento de defesa, tolhendo a ampla defesa e que há necessidade de matéria probante;

9 - pede, realização de provas diligenciais e da perícia, na forma do art. 145 do RPAF;

10 - pede pela insubsistência e improcedência do Auto de Infração.

Passa o autuante a rebater as arguições da defesa, informando que em relação à alegação 01, não consta nos autos esse entendimento do autuante.

Ocorre, segundo ele, que o art. 673, § 2º , inciso I, d, do RICMS deixa claro a responsabilidade do Armazém Geral quanto ao recolhimento do ICMS e que esse imposto não se confunde com o imposto próprio da empresa transportadora autuada (que vem exercendo atividade mista de transporte e Armazém Geral). Deve, portanto, recolher na condição de responsável tributário o ICMS referente, apenas nas saídas das mercadorias, podendo abater o valor do imposto cobrando anteriormente sobre aquelas mercadorias.

Afirma que o contribuinte utilizava na conta corrente créditos das mercadorias recebidas para armazenagem, sem que haja autorização expressa do RICMS a esse respeito.

Em relação às alegações 02 e 03, informa que não constam dos autos e que a alegação 05 o contribuinte confundiu competência com responsabilidade, pois a competência passiva é do depositante, a responsabilidade é do depositário.

Para a alegação de número 08, o autuante entende que é absurda, pois o Auto de Infração foi exaustivo quanto aos dispositivos infringidos e às penalidades aplicadas.

Rejeita a diligência solicitada por achar descabida uma vez que o contribuinte traçou uma impugnação geral, não apontando especificamente qualquer ponto do demonstrativo que lhe fosse dúvida ou estranho. Quanto à perícia, entende que deve ser indeferida de plano tendo em vista a não formulação de quesitos (parágrafo único do art. 145).

Argumenta que há seis fundamentos jurídicos no RPAF impeditivos de diligência ou perícia: art.

145, parágrafo único, art. 174, inc. I, a e b (primeira e segunda parte), inc. II, “a” e “b”.

Manifesta-se, por fim, pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em combate, foi lavrado em razão de o autuado ter recolhido a menos o ICMS decorrente do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, na primeira infração. A segunda infração se refere ao imposto recolhido a menos em função da forma incorreta de apuração do imposto.

Inicialmente, indefiro o pedido de perícia fiscal, formulado pelo autuado, tendo em vista que as provas dos fatos trazidas aos autos não dependem do conhecimento especial de técnicos e não serem necessárias a produção de outras provas, em consonância com o artigo 147, inciso II, do RPAF/99.

Quanto à solicitação de diligência também não acolho, considerando que o autuado teve oportunidade e já apresentou suas argumentações, explorando os diversos aspectos do Auto de Infração e que os elementos de provas anexados aos autos, especialmente em relação ao demonstrativo de apuração do imposto devido constante à fl. 10 e demais documentos anexados são suficientes. Os aludidos demonstrativos foram didaticamente apresentados, indicando, inclusive, todos os cálculos efetuados e as origens dos dados levantados, sendo, portanto, satisfatórios ao meu convencimento e formulação do voto.

Considerando as mesmas razões, acima alinhadas, não são pertinentes as alegações de impossibilidade de o impugnante atacar os números apresentados ou mesmo de prejuízo da defesa, não havendo, portanto, nenhum fato que determine o cerceamento de defesa no presente lançamento de ofício, rejeitando, por essa razão, a nulidade do feito.

Tendo em vista que o autuado não contesta o mérito da primeira infração e que as questões prejudiciais não foram acatadas, assim como as diligências e perícias recusadas, concluo pela subsistência desta infração, com a manutenção de seus valores reclamados.

Em relação ao mérito da segunda infração, o autuado entende que o fato de ser inscrito na condição de normal no cadastro de contribuintes deste Estado deve atender ao regime de apuração normal do imposto regrado pelo art. 116, 124 e 331 do RICMS/BA, tendo procedido exatamente em conformidade com os dispositivos apontados pelo autuante.

Entende o autuado que seu estabelecimento foi inscrito da única forma permitida pela legislação da Bahia para ele: contribuinte normal. E como contribuinte normal, obriga-se a escriturar os livros como o fez, e apurar o imposto como se encontra na sua escrita.

Este é, sem dúvida, o núcleo da questão que envolve a infração 02, ou seja, a forma utilizada pelo autuado para apurar o imposto devido relativo às mercadorias originárias de outras unidades da federação, armazenadas em seu estabelecimento (Armazém Geral), com saídas posteriores para terceiros.

Cabe, inicialmente, esclarecer que o autuado realiza, concomitantemente com as atividades de Armazém Geral, a atividade de Transporte Rodoviário de Cargas, conforme suas declaração no corpo da defesa.

Consta em seus registros na SEFAZ, para obtenção do autuado da Inscrição Estadual, a atividade preponderante de “Organização Logística de Transporte de Cargas”, Código de Atividade Econômica nº 5250-8/05, envolve as atividades do Operador de Transporte Multimodal - OTM, a organização do transporte de carga nacional e internacional por mais de uma modalidade,

conforme consta no CNAE- Cadastro Nacional de Atividade Econômica, podendo ser acessado através do Site da SEFAZ/Ba, em “Inspetoria Eletrônica”.

Diante deste fato e considerando a atividade preponderante do autuado está relacionada com o Transporte de Cargas, foi concedida ao mesmo a inscrição no cadastro de contribuintes na condição de normal, entretanto, à época das infrações constantes do Auto de Infração em lide, exercícios de 2003 a 2005, a inscrição no Cadastro de Contribuintes para atividade de Armazém Geral, na condição de CONTRIBUINTE NORMAL, não era permitido. A inscrição no cadastro de contribuintes do Estado na condição de normal só foi admitida com a nova redação dada a alínea "n", do inciso I do art. 150 através da Alteração nº 77 (Decreto nº 10.001, de 09/05/06, DOE de 10/05/06), com efeitos a partir de 01/07/06.

“Art. 150. Inscrever-se-ão no Cadastro de Contribuintes, antes de iniciarem suas atividades:

I - na condição de CONTRIBUINTE NORMAL:

n) os depósitos fechados e as companhias de armazéns gerais;

.....

Diante destes fatos, associados à informação de que a obtenção da inscrição na condição de normal se deveu à sua atividade preponderante de Transportes de Cargas, cai por terra o argumento do autuado de que a sua inscrição na condição de normal permitiu a apuração do imposto no moldes do Art. 116 do RICMS/BA, quando exercia a atividade de Armazém Geral.

Em consonância com o que dispõe o art. 673, § 2º, inciso I, “d”, combinado com art. 47, ambos do RICMS, o Armazém Geral é responsável pelo recolhimento do ICMS, referente às mercadorias que saírem e em estoque. O imposto a recolher teria que resultar da diferença a mais entre o valor do ICMS relativo à operação a tributar e o relativo à operação anterior, efetuada com as mesmas mercadorias. Esse imposto, como lembra o autuante, não se confunde com o imposto próprio da empresa transportadora autuada (que vem exercendo atividade mista de Transporte e Armazém Geral).

O Armazém Geral emite nota fiscal em nome do estabelecimento depositante, sem destaque do ICMS, contendo os requisitos previstos e, especialmente o valor das mercadorias correspondente àquele atribuído por ocasião de sua entrada no armazém geral, a natureza da operação: "Outras saídas - retorno simbólico de armazém geral", repondo o estoque do depositante, para que o mesmo possa agora emitir uma nota para o destinatário final das mercadorias.

No ato das saídas do Armazém Geral, o mesmo deverá, também, emitir nota fiscal em nome do estabelecimento destinatário, que conterá os requisitos previstos e, especialmente o valor da operação, que corresponderá ao da nota fiscal emitida pelo estabelecimento depositante, na forma do "caput" do art. 673 (valor da nota fiscal emitida pelo depositante para o destinatário final), indicando, além de outros requisitos, a natureza da operação: "Outras saídas - remessa por conta e ordem de terceiro".

Sendo assim, a nota fiscal emitida pelo Armazém Geral para destinatário tem que ser no valor indicado na nota fiscal emitida pelo depositante a ser entregue ao destinatário final, valor este, sobre o qual incidirá a alíquota interna resultando em um débito a ser abatido do crédito constante da nota de entrada originária emitida pelo depositante, apurando, desta forma, o imposto.

O negócio está claramente sendo realizado entre depositante e o destinatário final das mercadorias, restando ao Armazém Geral, apenas, a intermediação para a entrega da mercadoria e o recolhimento do imposto em nome do depositante, na condição de responsável.

Diante do exposto estão legalmente amparados os procedimentos do autuante, assim como as infrações apontadas, tornando subsistentes as infrações 01 e 02, constantes do Auto de Infração em questão.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 276468.0110/06-4, lavrado contra **FLEY EXPRESS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$279.584,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR