

**A. I. N°** - 281331.0609/07-4  
**AUTUADO** - KODAK DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTES** - JORGE CALMON MONIZ BITTENCOURT FILHO e CARLOS ROBERTO SOARES SOUZA  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 27.11.2007

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO JJF N° 0331-02/07**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO **a)** IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO Comprovado que parte das mercadorias foi adquirida para revenda, estando o autuado, na qualidade de contribuinte substituto, obrigado a proceder a retenção e o recolhimento do ICMS. Infração parcialmente subsistente. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/06/2007, exige ICMS no valor histórico de R\$19.739,15, em razão de:

1- Reteve a menos o ICMS, e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$16.755,05, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, de acordo com o Protocolo 15/85, conforme anexo 2 (ano 2002) e Anexo 4 (ano 2003), ao RICMS/BA.

2- Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$2.984,10, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, de acordo com o Protocolo 15/85, conforme Anexo 1 (ano 2002) e Anexo 3 (ano 2003) RICMS/BA.

O autuado apresentou defeso, às fls. 75 a 84, impugnando o lançamento tributário, inicialmente, destacando que o artigo 155, inciso II da Constituição Federal estabelece a competência para instituir o ICMS. Já o Código Tributário Nacional em seu artigo 128, estabelece que a responsabilidade tributária pelo crédito poderá ser atribuída a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, sendo o autuado responsável pelo ICMS mediante Substituição Tributária prevista no artigo 121, Parágrafo único, inciso II do CTN. Com efeito, a legislação de regência estabelece que nas operações interestaduais com filme fotográfico e cinematográfico “slide” entre Estados signatários do Protocolo 15/85, fica atribuída ao estabelecimento industrial, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às saídas subseqüentes, bem como a entrada destinada ao uso ou consumo do estabelecimento destinatário.

Aduz que está expresso nas cláusulas terceira e quarta do referido Protocolo, que o imposto retido pelo contribuinte substituto será calculado mediante aplicação da alíquota vigente nas operações internas sobre o preço máximo de venda a varejo, e no caso de não haver preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade federal competente, será adicionado o percentual de 40% sobre o montante da aplicação, para fins de cálculo. Contudo, não foi o que ocorreu na presente lide, pois as vendas autuadas foram destinadas para consumo, no qual “se

aplica apenas o diferencial de alíquotas”. Assim, a sistemática do ICMS no caso em lide, depende da atividade exercida pelo destinatário das mercadorias, se consumidor final ou não.

Em relação a infração 01, afirma que efetuou a retenção e recolhimento na forma prevista na legislação e que não infringiu as Cláusulas terceira e quarta do referido Protocolo, pois o recolhimento foi feito em conformidade com a legislação vigente, ou seja, tendo em vista que as vendas foram efetuadas para consumo e não para revenda.

Quanto a infração 02, reconhece que é devido o ICMS reclamado, esclarecendo que estará providenciando o recolhimento.

Alega decadência em relação ao período anterior a julho de 2002, uma vez que somente tomou conhecimento do Auto de Infração em 12/07/2007, citando doutrina sobre o tema e transcrevendo decisões de outros tribunais.

Ao final, requer que o Auto de infração seja julgado improcedente [procedente em parte].

Na Informação Fiscal, às fls. 196 a 200, os autuantes contestam os argumentos defensivos, ressaltando que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo da legitimidade da autuação fiscal.

Aduz que o autuado encontra-se subordinado às normas do Convênio 81/93 e Protocolo ICM 15/85 do qual os Estados da Bahia e Amazonas são signatários, estando regularmente inscrito no cadastro do Estado da Bahia na qualidade de Contribuinte Substituto.

Salientam que o crédito tributário está sobejamente demonstrado em relatórios analíticos, folhas 281 a 285, onde consta o valor retido em cada nota fiscal emitida para os contribuintes do Estado da Bahia.

Quanto a alegação que as vendas foram realizada para consumidor final e não para revenda, comprovaram que, com exceção de dois contribuintes, as demais vendas foram efetuadas para contribuintes que praticam a revenda dos produtos, conforme comprovado.

Destacam que o autuado acatou a infração 02, tendo efetuado o pagamento em 10/08/2007, conforme DAE acostado à folha 201.

Asseveram que não procede o argumento defensivo de que as vendas foram realizadas para consumidor final, já que com exceção de dois contribuintes (ATP Tecnológica de produtos S/A - CNPJ 38.059.846/0001-37 e Oftalmoclin clínica Oftalmológica Ltda.-CNPJ 14.307.763/0001-94), todos os demais detêm atividade de Comércio Varejista, conforme comprovantes acostados aos autos: certidões emitidas pela Receita Federal, pela Secretaria da Fazenda da Bahia e Contratos Sociais, folhas 202 a 279, comprovando que as vendas foram realizadas para revenda e não para consumo.

Esclarecem que refizeram os cálculos referente a infração 01, com a exclusão das notas fiscais emitidas para os dois contribuintes acima citados, gerando os novos valores a serem cobrados, que estão demonstrados na tabela anexa à folha 280, reduzindo o valor autuado para R\$10.955,83.

Em relação a alegação defensiva de decadência, dizem que o lançamento foi efetuado nos prazos legais obedecendo o disposto no artigo 173, inciso do I do CTN, transcrevendo jurisprudência de outros tribunais.

Ao finalizar, opina pela procedência em parte do Auto de Infração.

A folha 287, o autuado requer a juntada da cópia do DAE referente ao pagamento da infração 02.

À folha 289, o autuado foi intimado e recebeu cópia da Informação Fiscal e dos documentos anexos, sendo informado prazo legal para se pronunciar.

Em nova manifestação, folhas 292 a 298, o autuado reitera sua alegação de que as mercadorias foram vendidas para consumo final, salientando que os documentos acostados pelos autuante não

comprovam a impossibilidade de um estabelecimento varejista também se utilizar dos produtos adquiridos para sua própria finalidade, sem que estes sejam para revenda. Ademais, conforme demonstrativo que elaborou, outros adquirentes detêm atividades diversas de comércio varejista. Como exemplo, Masterlar Com e Serv. Fot Ltda. e Elida C. de Almeida Silva, cujas atividades são de laboratórios fotográficos, dos quais prestam serviços de fotografia, tais como revelação de fotos, dentre outros. Não podendo o fisco, baseado em informações presumidas lavrar Auto de Infração, causando prejuízo para os contribuintes.

Reitera a alegação de decadência, entendendo que houve pagamento antecipado, estando amparado na Lei Complementar 118/2005, transcrevendo decisão de outros tribunais sobre o tema. Ao final, diz que ratifica todos os pedidos constantes na impugnação anterior.

### **VOTO**

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que os autuantes lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS decorrente de 02 (duas) infrações. Posteriormente acostado aos autos cópia do DAE com o respectivo recolhimento. Portanto, não existe lide em relação a infração 02, estando devidamente caracterizada.

Na infração 01, é imputado ao autuado reter a menos o ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, de acordo com o Protocolo 15/85, conforme Anexo 2 (ano 2002) e Anexo 4 (ano 2003).

Quanto à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento, relativamente aos fatos geradores anteriores ao mês de julho/2002, em razão de ter tomado ciência do Auto de Infração em 12/07/2007, não pode ser acolhida.

É que o art. 107-A, em seu inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), estabelece que o direito da fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso em lide, por se reportar uma parte a fatos geradores do exercício de 2002, o prazo para a contagem iniciaria em 01/01/03, cujo prazo final se daria em 31/12/2007. Como o lançamento ocorreu em 26/06/2007, portanto, obedeceu ao prazo decadencial, o que cai por terra o argumento do autuado.

Em sua defesa o autuado não questiona sua condição de responsável por substituição tributária, em conformidade com as normas estabelecidas no Protocolo ICM nº 15/85 e Convênio ICMS 81/93. Entretanto, alega que reteve e recolheu corretamente o ICMS devido por substituição tributária, uma vez que as vendas foram realizadas para consumo final e não para revenda com alegam os autuante.

Assim, a lide encontra-se restrita ao fato de saber se as mercadorias foram vendidas para consumo final ou para revenda.

Observei na relação elaborada pelo autuado em sua 2ª peça defensiva, folhas 295 e 296, que o autuante listou diversas empresas que exercem a atividade de comércio varejista, portanto, em meu entendimento a infração encontra-se devidamente caracterizada, em relação a essas empresas que exercem o comércio varejista.

Em relação às empresas constantes da referida relação elaborada pela defesa, em que o autuado indicou que exercem outras atividades diferentes do comércio varejista, passo a apresentar meu posicionamento:

- 1- No que pertine as empresas ATP Tecnologia e Produtos S/A e Oftalmoclin clínica Oftalmológica Ltda.-Os autuante já reconheceram a alegação defensiva e excluiu às notas fiscais do levantamento, tendo apresentado novos demonstrativos às folhas 280 a 285 dos autos;
- 2- Quanto às empresas Masterlar Com e Serv. Fot Ltda. e Elida C. de Almeida Silva – entendo que deve ser acolhido o argumento defensivo, uma que exercem atividades de Laboratório Fotográfico. Assim, devem ser excluídos os valores de R\$88,09 e R\$45,04, nos meses de maio/03 e setembro/03, correspondente às Notas Fiscais nº 54479 emitida para Masterlar Com. e Serv. Fot Ltda., CNPJ 63.204.853/0001-65 e nº 78.551 Elida C. de Almeida Silva, CNPJ 01.765.996/0001-99;
- 3- No tocante às empresas EI Execução & Imagem Ltda., CNPJ 04.591.155/001-09; Bahia Foto e Gráfica Ltda., CNPJ 02.340.934/0002-89 e Rosana Vedovato Anunciação, todas são inscritas no Cadastro de Contribuinte do ICMS, com as inscrições estaduais, respectivamente, nº 56.071.812; 48.192.547 e 39.796.880, exercendo as duas primeiras, a atividade de comércio varejista de artigos fotográficos e para filmagem, enquanto a terceira exerce a atividade comércio varejista de artigos de ótica, onde todas as empresas que exploram essas atividades e revendem filmes. Portanto, as vendas realizadas para esses contribuintes são de filmes para revenda.

Já em relação ao exercício de 2002 não tem nenhuma exclusão a ser feita, a não ser a que já foi realizada pelo autuante, quando da informação fiscal, conforme demonstrativo refeito e acostado à folha 280, devendo ser mantidos todos os valores ali consignados. Já em relação ao exercício de 2003, devem ser excluídos os valores de R\$88,09 e R\$45,04, nos meses de maio e setembro, correspondente às Notas Fiscais nº 54479 emitida para Masterlar Com. e Serv. Fot Ltda., CNPJ 63.204.853/0001-65 e nº 78.551 Elida C. de Almeida Silva, CNPJ 01.765.996/0001-99, conforme posicionamento acima.

Assim, o valor da infração fica reduzido R\$10.822,70, conforme abaixo.

MÊS / ANO	ICMS REVISADO PELOS AUTUANTES NA INFORMAÇÃO FISCAL	VALOR EXCLUÍDO NO JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
jan-02	556,03	0,00	556,03
mar-02	735,99	0,00	735,99
mai-02	262,18	0,00	262,18
jun-02	565,60	0,00	565,60
jul-02	337,96	0,00	337,96
set-02	186,70	0,00	186,70
nov-02	43,69	0,00	43,69
dez-02	493,16	0,00	493,16
jan-03	7,68	0,00	7,68
fev-03	288,28	0,00	288,28
mar-03	124,21	0,00	124,21
abr-03	11,22	0,00	11,22
mai-03	1.618,09	88,09	1.530,00
jun-03	79,85	0,00	79,85
jul-03	2.573,16	0,00	2.573,16
ago-03	2.149,10	0,00	2.149,10
set-03	736,60	45,04	691,56
nov-03	80,92	0,00	80,92
dez-03	105,41	0,00	105,41
TOTAL	10.955,83	133,13	10.822,70

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$13.806,80, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

### **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 **281331.0609/07-4**, lavrado contra **KODAK DA AMAZONIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.806,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR