

PROCESSO - A. I. N° 269275.0019/08-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TYRESOLES DE SERGIPE INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0223-04/09
ORIGEM - INFAS PAULO AFONSO
INTERNET - 19/11/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0312-11/09

EMENTA: ICMS. PNEUMÁTICOS. MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO RETIDO PELO FORNECEDOR (PE). TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS SUBSEQUENTES (SE). FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL DEVIDO A BAHIA. A transferência de pneus, adquiridos com imposto já retido pelo fornecedor, para estabelecimento situado no Estado de Sergipe, impõe nova retenção do imposto por força do Convênio 85/93 e recolhimento do ICMS normal para a Bahia. Entretanto, na presente situação, não existe discriminação das operações, ICMS relativo à operação própria e respectivas notas fiscais que compõem tais transferências. Valores foram colhidos aleatoriamente a partir do livro fiscal do autuado que englobam, inclusive, operações diversas. O procedimento fiscal não demonstra de forma clara e compreensível a forma empregada para a exigência do imposto. Os fatos apurados não demonstram clareza e segurança na base de cálculo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 4ª JJF após julgamento pela Nulidade do Auto de Infração, lavrado para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, estando as operações regularmente escrituradas. Consta, ainda, a peça inicial da autuação, que *“o contribuinte efetuou saída de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (pneumáticos) como transferências para seus estabelecimentos localizados em Sergipe, a título de remessa.”* As mercadorias foram adquiridas em Pernambuco com retenção do ICMS para a Bahia através de GNRE. Consta, ainda, que o fato presumido não se realizou, ou seja, não houve venda para o Estado da Bahia, mas sim transferência para Sergipe e com recolhimento do ICMS substituto para aquele Estado, deduzido o crédito de 12% do ICMS sobre as operações próprias. Reclama-se o imposto decorrente da triangulação praticada pela firma autuado. Consta, também, que nos processos 050.744/2004-4 e 090.010/2007-8, relativos ao crédito fiscal e restituição, respectivamente, formulados pelo autuado, acham-se demonstradas tais operações e impostos, dos quais o autuado tomou ciência naquela época.

Em Primeira Instância, o julgamento pela nulidade da autuação apresentou os seguintes argumentos, em síntese:

- I. que o autuado alega que na remessa para a matriz teve de efetuar novo pagamento de ICMS para o Estado de Sergipe, uma vez que o imposto devido por substituição fora recolhido para a Bahia, deduzido o crédito de 12% correspondente à operação própria do fornecedor em Pernambuco, inexistindo fundamento de subsistência do Auto de Infração;

- II. que da análise dos autos constata-se que o lançamento foi efetuado contra estabelecimento situado no Estado da Bahia, que transferiu pneumáticos recebidos de terceiros, em operações sujeitas ao regime de substituição tributária, para estabelecimento do mesmo titular localizado no território do Estado de Sergipe;
- III. que se observa equívoco na apuração da base de cálculo do imposto exigido, tendo em vista que os valores foram colhidos simplesmente a partir dos registros efetuados pelo próprio autuado no livro Registro de Saídas, sem acostar-se aos autos ou mesmo ser feita qualquer referência aos documentos fiscais que acobertavam cada operação;
- IV. que, assim, a base de cálculo da autuação restou constituída por valores que não guardam correspondência com as operações em tela, estranhas às transferências dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, tais como: vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (CFOP 6.102), em outubro/03; remessa para depósito fechado (CFOP 6.905); transferência de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (CFOP 6.152); resarcimento de ICMS retido por substituição tributária (CFOP 6.603);
- V. que nas operações interestaduais com pneus devem ser aplicadas as regras previstas no Convênio ICMS 85/93, o qual atribui, em sua Cláusula primeira, ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas ou entradas com destino ao ativo imobilizado ou ao consumo de pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, em operações interestaduais;
- VI. que por sua vez, a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, está mencionada no § 1º da Cláusula terceira, qual seja: o preço praticado pelo substituto, incluídos o IPI, frete e as demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, acrescido de 42% no caso de pneus utilizados em automóveis de passageiros (não havendo preço de venda a consumidor constante de tabela estabelecida por órgão competente para venda a consumidor);
- VII. que não sendo o estabelecimento industrial inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, o § 2º da Cláusula Sétima do Convênio ICMS 81/93 - (que prevê normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária instituídos por Convênios ou Protocolos - determina que o ICMS deverá ser recolhido por meio de GNRE, devendo uma via acompanhar o transporte das mercadorias, observado no caso presente, de acordo com documentos fiscais juntados aos autos, fls. 111/212;
- VIII. que o autuado cingiu a sua impugnação sob o argumento de que ao remeter mercadoria entre estabelecimento da mesma titularidade não há incidência de ICMS, mas que quando das remessas para a sua matriz, em Aracaju, ora questionada, teve de efetuar novo pagamento de ICMS sob a forma de antecipação tributária para o Estado de Sergipe, deduzindo o crédito de 12%, correspondente à operação própria do fornecedor no Estado de Pernambuco;
- IX. que não tem razão o autuado em sua alegação, pois a Lei Complementar nº 87/96 considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, nos termos do seu art. 12, prevalecendo o princípio da autonomia dos estabelecimentos, a instrumentalizar a administração tributária de elementos de fiscalização, sem gerar grande repercussão financeira, nas transferências internas e mesmo nas remessas interestaduais, em obediência ao pacto federativo;
- X. que, por outro lado, nos termos dos arts. 373/374, RICMS/BA, nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, mesmo se as mercadorias já tiverem sido objeto de antecipação do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento

mento do imposto, em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição, nos termos do Convênio ICMS 81/93, observando-se na nota fiscal que acompanhará as mercadorias, o destaque do ICMS relativo à operação própria, devido a este Estado;

- XI. que este é o ponto nevrálgico da questão, pois competiria ao autuante identificar de forma precisa quais operações consignaram as mercadorias recebidas e transferidas, indicando os documentos fiscais correspondentes de forma a expressar corretamente o montante do tributo devido ao Estado da Bahia, em conformidade com o Convênio ICMS 85/93 e art. 374, RICMS/BA, do que não cuidou o autuante;
- XII. que o autuante limitou-se unicamente a segregar no livro fiscal do sujeito passivo toda e qualquer transferência interestadual, inclusive para o próprio Estado de Pernambuco, de onde originou as mercadorias; repetindo tais valores no demonstrativo de fl. 07, sem exprimir materialidade que possa indicar a apuração da base de cálculo da exigência, além do que os dispositivos legais não expressam adequadamente o enquadramento da infração, esculpida no Convênio ICMS 85/93, citando os artigos 2º, 50, 111 e 124 do RICMS/BA;
- XIII. que, assim, há inseguranças repetidas na apuração da infração e na formação da base de cálculo resultando em prejuízo ao devido processo legal, nos termos da Resolução nº 01 de 2002, do Conselho de Fazenda Estadual, que estabelece a nulidade do procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo, implicando em cerceamento de defesa, além do que estabelece o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/BA, no sentido de ser nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração;

Conclui o Relator da JJF que “os procedimentos utilizados na elaboração deste Auto de Infração violam a legislação tributária, especialmente as regras citadas do RPAF/BA, além das regras do lançamento contidas no artigo 142 do Código Tributário Nacional”, ao tempo que recomenda à autoridade administrativa que determine a instauração de novo procedimento fiscal a salvo de falhas.

VOTO

Da análise dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecer reparos o Julgado de Primeira Instância quando concluiu pela nulidade do presente Auto de Infração, já que os demonstrativos que embasam a autuação não evidenciam que houve o cometimento da infração que se quis imputar ao sujeito passivo, qual seja, que houve falta de recolhimento do ICMS para o Estado da Bahia, por parte do contribuinte autuado, ao transferir mercadorias (pneus), sujeitas a nova substituição tributária, para seu estabelecimento localizado em Sergipe.

Aliás, não só os referidos demonstrativos não possibilitam aferir com certeza o montante do débito que seria efetivamente devido, como também não se vislumbra da peça inicial da autuação qual a infração de fato que teria sido cometida pelo sujeito passivo, já que os dispositivos tidos como infringidos não guardam correlação com o substrato fático que conseguimos, a muito custo, vislumbrar, nem tampouco a confusa descrição dos fatos auxiliam a sua compreensão.

Verificamos que o autuante faz menção a dois processos, de números 050744/2004-4 e 090010/2007-8, mas não esclarece a vinculação dos mesmos com a autuação, o que, a nosso ver, comprometeu o perfeito entendimento dos fatos por parte dos Julgadores de Primeira Instância, impedindo-os de adentrar no mérito da autuação, até mesmo porque os referidos processos não foram juntados aos autos, e o que não consta nos autos não pode ser objeto de apreciação.

De qualquer sorte, a partir da defesa e da informação fiscal, restou evidenciado que o sujeito passivo adquiriu pneus do Estado de Pernambuco, com o imposto retido para o nosso Estado, efetuado pelo fabricante/ remetente, e os transferiu para o seu estabelecimento em Sergipe, realizando nova substituição tributária para o Estado de Sergipe. Deste fato, pudemos aferir que o autuante entendeu que nesta segunda operação o contribuinte deixou de recolher ao Estado da Bahia o imposto normal devido nestas transferências. Elaborou o demonstrativo sintético de fls.07, que evidenciaria os valores que deixaram de ser recolhidos ao Erário baiano, no entanto, como bem frisou o relator da JJF, os referidos valores foram extraídos simplesmente a partir dos registros efetuados pelo próprio autuado no seu livro Registro de Saídas, sem ter sido acostado aos autos qualquer documento fiscal (tais como as notas fiscais de compra dos pneus e os de transferência), ainda que por amostragem, que evidenciasse o recolhimento a menor a partir de tal cotejo, e ainda se observou que tais valores não guardam correspondência com as operações em tela, sendo estranhas às transferências dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária. Assim, pontuou o relator da JJF a título de exemplo: vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (CFOP 6.102), em outubro/03; remessa para depósito fechado (CFOP 6.905); transferência de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (CFOP 6.152) e resarcimento de ICMS retido por substituição tributária (CFOP 6.603).

Assim, de fato demonstrada a fragilidade do presente lançamento de ofício, cabe a aplicação da regra inserta na alínea “a”, inciso IV do art. 18 do RPAF/BA abaixo reproduzido, devendo ser declarada a nulidade do Auto de Infração epígrafado:

“Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”

Ressaltamos, por fim, ainda que tal ressalva vincule-se a mérito, mas a título de evitar-se renovação de ação fiscal com falhas, que deve ser observado se o contribuinte utilizou-se corretamente do seu direito ao resarcimento, conforme evidenciam os processos referenciados pelo próprio autuante na peça inicial da autuação, direito previsto no art. 374 do RICMS/BA, especificamente diante dos diversos procedimentos para tal fim, previstos nos incisos II, III e IV do referido dispositivo regulamentar.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão Recorrida que julgou NULO o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 269275.0019/08-6, lavrado contra **TYRESOLES DE SERGIPE INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2009.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS