

PROCESSO - A. I. Nº 298578.0036/08-2
RECORRENTE - ASSISTÊNCIA ANIMAL COMÉRCIO DE PRODUTOS VETERINÁRIOS LTDA.
(AMOÊDO DISTRIBUIDORA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0204-04/10
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 08/10/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0318-12/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125. Tendo-se em vista a inclusão no lançamento de ofício de operações com mercadorias não sujeitas ao regime de substituição por antecipação, a infração foi parcialmente elidida após revisão fiscal efetuada pela autuante. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício lastreado no artigo 169, Inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF, impetrado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal que, através do Acórdão JJF 0204-04/10 julgou procedente em parte o Auto de Infração lavrado contra a empresa Assistência Animal Comércio de Produtos Veterinários Ltda., o qual, originalmente imputava ao sujeito passivo a cobrança de ICMS no valor de R\$ 131.233,90, além da multa percentual de 50%, pelo cometimento da seguinte infração: Recolhimento a menor a título de antecipação tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente a aquisições de mercadorias em operações interestaduais, fato verificado nos meses de janeiro a outubro de 2005.

Antes de adentrarmos no teor do Acórdão recorrido, entendemos necessária uma breve descrição dos fatos ocorridos quando do julgamento do presente processo.

Ao apresentar defesa administrativa (fls. 220 a 231), o sujeito passivo, por seus advogados legalmente constituídos defendia a inaplicabilidade da antecipação tributária no período abarcado pelo Auto de Infração, diante do fato de que se encontram incluídas na cobrança mercadorias não submetidas ao instituto da antecipação tributária, além da autuante ter englobado produtos de divulgação e propaganda, razão pela qual solicitou a realização de diligência.

Na informação fiscal prestada (fls. 257/258), a autuante acolhe parcialmente as razões de defesa, reduzindo o valor da cobrança, na forma de novo demonstrativo elaborado, excluindo algumas notas fiscais.

Cientificada das alterações promovidas pela autuante no lançamento (fls. 266 e 267), o autuado não se manifestou, tendo a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar determinado a realização de diligência, a fim de melhor aclarar a matéria em discussão, o que levou o feito novamente à autuante, a fim de que esta atendesse aos termos do quanto solicitado.

A autuante, em sua informação (fls. 274 e 275), mais uma vez realiza a exclusão de algumas notas fiscais do demonstrativo originalmente elaborado, reduzindo ainda mais o valor do Auto de Infração, e produzindo novos demonstrativos, os quais ensejaram nova manifestação do autuado (fls. 288 a 291).

Nela, a defendente argui erro que no seu entendimento teria sido cometido pela autuante, solicitando a exclusão de notas fiscais que indica, e reitera os termos da defesa apresentada anteriormente.

Mais uma vez, instada a se manifestar, a autuante em documento de fls. 303 a 304, exclui outras notas fiscais conforme demonstrativo elaborado, e, mais uma vez retifica o valor do lançamento, do qual o autuado tomou conhecimento (fls. 314 e 315), não apresentando, entretanto, qualquer manifestação.

Levado a julgamento foi o feito tido como procedente em parte, somando o valor da condenação R\$ 98.304,89, através do Acórdão JJF 0204-04/10.

A Decisão recorrida teve como base a seguinte argumentação esposada pelo relator, após rejeitar a arguição de nulidade suscitada na defesa do autuado:

"A cobrança de imposto por substituição tributária para mercadorias que não estão sujeitas a este regime não configura hipótese de nulidade por indeterminação da base de cálculo, como quer o contribuinte, mas de improcedência parcial do Auto de Infração, o que, aliás, foi prontamente reconhecido pela autuante na primeira revisão fiscal.

Quanto ao pedido de diligência e / ou revisão fiscal, de tudo quanto exposto no relatório supra, verifica-se que foi atendido, na medida em que a autoridade foi solicitada por este órgão julgador e revisou por três vezes os cálculos efetuados, inclusive com a retirada das operações com mercadorias não sujeitas ao regime de substituição e daquelas cujas entradas se deram em outubro de 2005.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em função de recolhimento a menos do imposto por antecipação tributária, na qualidade de microempresa e empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora deste. O contribuinte argumentou que houve excesso na apuração da base de cálculo, pois esta equivale ao preço da mercadoria acrescido da margem de valor agregado apenas para rações animais. Aduziu que a MVA de 63,59% não pode ser aplicada para vacinas e demais produtos veterinários, ou mesmo materiais publicitários. A autuante acatou tais alegações e elaborou novo demonstrativo de débito às fls. 259 a 263, onde, na primeira revisão fiscal, o ICMS cobrado foi reduzido para R\$ 117.721,95. Constatou que foram retiradas da nova planilha as notas fiscais de números 87.927, 41.746, 62.120, 39.905, 62.344, 62.345, 62.346, 40.076, 63.225 e 63.226.

Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

O sujeito passivo aduz a inaplicabilidade da antecipação tributária no período compreendido entre 01/10/2005 e 31/10/2005, em face da revogação do art. 353, II, item 34 do RICMS/BA. Assiste razão ao autuado, pois o item 34 do inciso II do art. 353 foi revogado pela Alteração nº 66 (Decreto nº 9.547, de 20/09/05, DOE de 21/09/2005), efeitos de 01/10/05 a 31/10/08, tendo sido "revigorado" pela Alteração nº 105 (Decreto nº 11.167, de 08/08/2008, DOE de 09 e 10/08/2008), com efeitos a partir de 01/11/2008

Portanto, relativamente a outubro de 2005, não cabe a exigência de ICMS devidamente antecipado, já que o contribuinte é de pequeno porte e não é microempresa, e não há convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, nem existem importações ou arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas.

Também no que se refere a essa argumentação defensiva houve acatamento integral pela autuante, já que na terceira revisão fiscal retirou todas as notas relativas ao indigitado mês. Por conseguinte, verifica-se que, ao menos no mérito do ato administrativo em análise, não há discordância entre autuante e autuado.

Acato a revisão elaborada pela auditora fiscal às fls. 305 a 309, de modo que a quantia exigida no presente lançamento fique reduzida de R\$ 131.233,90 para R\$ 98.304,89. Infração parcialmente elidida.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$ 98.304,89, sendo que os valores pagos devem ser homologados”.

Atendo-se à determinação legal, a Junta de julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão.

VOTO

A acusação fiscal é de recolhimento a menor de ICMS por antecipação tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte, ou ambulante, decorrente de aquisições interestaduais de mercadorias pela empresa autuado, as quais por força de determinação legal devem ter o imposto recolhido anteriormente ao momento das suas saídas.

Pelos documentos e argumentos trazidos ao processo, verifica-se que o sujeito passivo comercializa predominantemente com rações e alimentos para animais, bem como medicamentos de uso veterinário. Em função de tal atividade, a legislação do Estado da Bahia impunha à época o pagamento do ICMS por antecipação tributária, quando das aquisições interestaduais de tais produtos.

A base legal para tal cobrança encontrava-se nos artigos 61 (base de cálculo), 125 (prazo de recolhimento do ICMS por antecipação tributária), 371 (da obrigatoriedade do recolhimento por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125), e 391-A (vedação do destaque do imposto), todos do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

Desde o primeiro momento, a instância de julgamento procurou a verdade dos fatos, diligenciando no sentido de chegar à verdade material, agindo com isenção e justeza, acolhendo, ainda que parcialmente, o pleito do sujeito passivo externado em sua peça defensiva, na busca por justiça.

A Decisão prolatada, pois, nada mais é do que o espelho desse conjunto de decisões, zelo e cuidado, que motivou várias intervenções por parte da autuante e do autuado, a primeira no sentido de correção de distorções apontadas e confirmadas pelo órgão julgador, e o segundo na possibilidade de manifestar-se, sendo aplicados os princípios da ampla defesa, e do contraditório em sua plenitude.

A obrigação do recolhimento do imposto por antecipação tributária é incontroversa, inclusive o sujeito passivo em nenhum momento a questiona; apenas e tão-somente insurge-se contra a cobrança a partir do mês de outubro de 2005, quando da edição do Decreto nº. 9.547/05, o qual vigorou no período de 01 de outubro de 2005 a 31 de outubro de 2008, e que, no mencionado período tornou inaplicável a exigência de pagamento do imposto a título de antecipação tributária sobre rações tipo “pet” para animais domésticos classificados na posição NCM 2309, conforme Protocolo ICMS 26/04, produto que, de acordo com as notas fiscais acostadas ao processo eram objeto de comercialização por parte da empresa autuada.

Por outro lado, a Decisão recorrida respeitou a determinação legal aplicada no caso em exame, o fazendo de forma acertada.

Dessa maneira, a Decisão não merece qualquer reparo, motivo pelo qual deve ser mantida em toda a sua inteireza, vez que o julgador de Primeira Instância agiu dentro da legalidade e da justezza.

Por tais razões, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298578.0036/08-2, lavrado contra **ASSISTÊNCIA ANIMAL COMÉRCIO DE PRODUTOS VETERINÁRIOS LTDA. (AMOÊDO DISTRIBUIDORA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$98.304,89**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, sendo que os valores pagos devem ser homologados.

Sala de Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS