

A. I. Nº - 281074.0021/09-4  
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
AUTUANTE - JEZONIAS CARVALHO GOMES  
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO  
INTERNET - 03.03.10

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0042-04/10

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que as mercadorias foram adquiridas em Estado não signatário do Convênio 76/94 e o imposto foi exigido antes do prazo legal previsto para pagamento do imposto por antecipação. Infração não caracterizada. Não acatada a nulidade suscitada. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 08/02/09, exige ICMS no valor de R\$3.650,16, acrescido de multa de 60%, relativo à falta de retenção do ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos que se trata de aquisições de mercadorias constantes das notas fiscais 9422 a 9428, enquadradas na substituição tributária, procedentes de Estado não signatário do Convênio ICMS 76/94.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 27 a 34), inicialmente discorre sobre a infração, sua fundamentação, afirmando ser absurda, primeiro, pela falta de clareza e precisão do Auto de Infração e, segundo, porque observou rigorosamente a legislação tributária em vigor, inclusive Regime Especial concedido pelo Diretor do Departamento de Administração Tributária (DAT) da SEFAZ.

Suscita a nulidade do Auto de Infração por ter sido lavrado sem tipificação legal que corresponda aos fatos narrados, o que dificulta o exercício do seu direito de defesa.

Transcreve parte de texto de autoria do professor Hely Lopes Meirelles, o art. 5, LV da Constituição Federal (CF), arts. 18 e 39 do RPAF/BA, para reforçar o seu posicionamento de que a autuação não preenche os requisitos legais, cerceando o seu direito de defesa.

No mérito, diz que adquiriu produtos farmacêuticos constantes das Ports. 270/93 e 225/93 consignados nos DANFEs 9422 a 9428, com prazo de recolhimento em momento posterior ao da entrada das mercadorias no estabelecimento, conforme Pareceres 908/93, 549/93, 6/95 e 1.555/98.

Acrescenta que o art. 125, II, §§ 7º e 8º do RICMS/BA, determina que o recolhimento do imposto por antecipação deve ocorrer até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, preenchida as condições ali estabelecidas, não há razão para exigência do imposto por uma obrigação ainda não devida.

Argumenta ainda que imaginando ser a acusação de não retenção do ICMS-ST por força das disposições contidas nos arts. 356 e 371 do RICMS/BA, quando adquire mercadoria procedente de Estado não signatário de convênio ou protocolo, como no presente caso, deve efetuar o pagamento do ICMS por antecipação inexistindo obrigação de proceder à retenção do ICMS-ST quando da saída subsequente, conforme transcreveu às fls. 32/33.

Ressalta que a penalidade imposta prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº. 7.014/96, não pode ser aplicada por falta da sua fundamentação legal.

Invoca a aplicação do art. 112 do Código Tributário Nacional, que prevê que em caso de dúvida deve ser decidido em favor do contribuinte.

Requer a nulidade do Auto de Infração, caso ultrapassada, pela improcedência, protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal, vistoria, inspeção, e tudo o mais que concorra para se fazer justiça.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 77/78, esclarece que no exercício de suas atividades fiscalizadoras constatou que o contribuinte transportava mercadorias sujeitas à substituição tributária desacompanhadas de GNRE, originárias de Estado não signatário do Convênio 76/94 infringindo o disposto na legislação vigente.

Em seguida discorre sobre as alegações defensivas e contesta que não houve cerceamento de direito de defesa, haja vista que teve acesso à documentação e concedido prazo para defesa.

No mérito, quanto às alegações defensivas de que dispõe de prazo para pagamento do imposto, reconhece ser procedente, mesmo após a extinção do regime Especial alegado, com a revogação da Port. 114/04 em 01/01/09.

Diz que existe apenas um fato gerador do imposto, cumprido este, fica o autuado desonerado de tributação nas operações subsequentes (art. 352 e 371 do RICMS/BA), mas que o recorrente não pagou antecipadamente o imposto conforme declarou na defesa.

Entretanto, admite que a exigência não é cabível por força do disposto no artigo 125 do RICMS, visto que as mercadorias constantes dos DANFEs objeto da autuação são enquadradas no regime de substituição tributária, por ter sido adquirida de empresa localizada em Estado não signatário do Convênio 76/94, ficando o pagamento do imposto a ser feito no mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento do contribuinte.

Afirma que o equívoco da autuação só foi verificado em momento posterior ao da lavratura do Auto de Infração, foi efetuada a liberação das mercadorias e concorda com a improcedência do procedimento fiscal.

## VOTO

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade da autuação por ausência de fundamentação, falta de clareza e precisão, lavrado sem tipificação legal o que concorreu para dificultar o exercício do seu direito de defesa.

Pela descrição da infração (falta de retenção do ICMS) e indicação dos dispositivos tidos como infringidos (Cláusulas 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> do Convênio ICMS 76/94) constato que tais dispositivos não se aplicam ao estabelecimento destinatário e sim ao remetente na condição de importador ou industrial fabricante. Tal situação conduz à nulidade por ilegitimidade passiva, visto que o destinatário não figura como sujeito passivo por substituição. Entretanto, nos termos do art. 155, Parágrafo Único do RPAF/BA, havendo possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, deixo de declarar a nulidade pretendida.

Indefiro o pedido de diligência/perícia por entender que os elementos contidos nos autos são suficientes para formação de minha convicção.

No mérito, o Auto de Infração acusa falta de retenção do ICMS e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Verifico que conforme cópia dos DANFEs 9422 a 9428, acostadas às fls. 8/17 se trata de aquisição de medicamentos adquiridas da Glaxosmithkline, localizada no Estado do Rio de Janeiro.

O Despacho COTEPE 08/04 de 04.10.04, dispõe sobre a não-aplicação ao Estado de RJ, a partir de

01.11.04, das normas contidas no Convênio ICMS 76/94. Logo, as mercadorias originárias de estabelecimentos localizadas naquele Estado reguladas pelo citado Convênio, o remetente não está obrigado a fazer a retenção e o recolhimento do imposto.

Portanto, o estabelecimento varejista que receber os produtos indicados na Cláusula 1, § 3º do mencionado Convênio, por qualquer motivo, sem a retenção, fica obrigado a efetuar o recolhimento do imposto incidente sobre sua própria operação no prazo estabelecido pela legislação estadual.

Por sua vez o art. 125, II do RICMS/BA, estabelece que o imposto devido por antecipação deve ser recolhido no momento da entrada das mercadorias no território deste Estado, observado o disposto nos §§7º e 8º do mesmo artigo. Já o §7º estabelece que o recolhimento do imposto por antecipação pode ser feito até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, caso o contribuinte preencha cumulativamente alguns requisitos previstos nos incisos I a IV.

Na situação presente, verifico que os DANFEs que acobertavam as mercadorias foram emitidos em 04/02/09 e as mesmas foram apreendidas no dia 08/02/09 com exigência do ICMS por antecipação na mesma data. Considerando que o autuado preenchia os requisitos estabelecidos no art. 125 do RICMS/BA, o prazo legal para recolhimento do imposto relativo a esta operação era o dia 25/03/09. Portanto, restou caracterizado que o imposto foi exigido antes do seu prazo legal de vencimento. Infração não caracterizada.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração n.º 281074.0021/09-4, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR