

A. I. N° - 212996.0001/09-9
AUTUADO - AROMA TROPICAL PRODUTOS NATURAIS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CARLOS DIAS DA CRUZ
ORIGEM - INFRAZ SENHOR DO BONFIM
INTERNET - 08.07.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0162/02-10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Restou comprovado que as mercadorias não estão enquadradas no regime de substituição tributária interna, bem como o regime especial anexado aos autos não se aplica ao presente caso. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2009, reclama a falta alta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, no valor de R\$1.360,83, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de agosto a novembro de 2007, através das notas fiscais relacionadas à fl.06.

O sujeito passivo em sua defesa às fls.18 a 21, preliminarmente, argui a nulidade da autuação, sob o fundamento de que o Agente de Tributos Estaduais que lavrou o Auto de Infração, não possui prerrogativa para efetuar o lançamento tributário, que entende ser exclusiva da função de Auditor Fiscal. Fundamentou sua arguição no § 2º do artigo 107 da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB).

No mérito, aduz que as notas fiscais objeto da autuação dizem respeito a aquisição de material de embalagem, personalizados para produtos comercializados pela franqueada da “O Boticário”, enquadrando-se como material de uso e consumo, por se tratar de caixas, estojos, sacolas, e embalagens para presentes personalizados.

Argumenta que a operação está amparada pela não incidência do ICMS, tendo em vista a mesma consta da Lista de Serviços, anexa à Lei Complementar nº 116/2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência municipal, no item “13.05 – Composição gráfica, fotocomposição, clichêria, zincografia, litografia, fotolitografia”.

Transcreveu o artigo 6º, inciso XIV, alínea “d”, item “1”, do RICMS/97, para evidenciar seu entendimento quanto a não incidência do ICMS na operação em tela.

Além disso, aduz que o estabelecimento, na condição de empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional não está sujeito à cobrança de complemento aquisições interestaduais de mercadorias para tal fim.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.45 a 47, o autuante rebateu o pedido de nulidade arguindo que sua função de Agentes de Tributos Estaduais recebeu competência através da Lei nº 11.470, de 8 de abril de 2009 (DOE de 09/04/2009) para constituir crédito tributário decorrente da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte que sejam optantes pelo Simples Nacional, e que sua ação fiscal foi autorizada pela Ordem de Serviço nº 510743/09.

No mérito, manteve sua ação fiscal, sustentando que o material de embalagem tem a mesma tributação da mercadoria, se a mercadoria tiver tributação normal, e portanto, que é devida a antecipação parcial. Aduz que na hipótese de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a embalagem também tem o imposto substituído, ou seja, que o acessório (embalagem) tem o mesmo tratamento do principal (mercadoria), considerando que o valor da embalagem compõe o preço do produto a ser cobrado do destinatário. Assim, diz que as mercadorias objeto da autuação caracterizam-se efetivamente como material de embalagem e não como material de uso ou consumo como alega o autuado. Por outro lado, diz que consoante o disposto no artigo 93, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97, os materiais de uso ou consumo somente dará direito ao uso de crédito a partir 01/01/2011, enquanto que alínea “a” do inciso I do art. 93 do RICMS/97, dispõe que constitui crédito fiscal de cada estabelecimento o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos de material de embalagem.

Ressalta que por força do Parecer GECOT nº 1.490/2006 (doc.fls.12 a 14) que concedeu regime especial mediante termo de acordo a CALAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA LTDA, ficando a acordante responsável, como contribuinte substituto, pela retenção e recolhimento do imposto relativo às operações subsequentes de revenda de produtos de perfumaria, cosméticos, higiene pessoal e outros, promovidas por empresas franqueadas do "Sistema de Franquia o Boticário", localizadas no Estado da Bahia, toda mercadoria adquirida pelo autuado que é franqueado de “O Boticário” vem com a devida substituição tributária, inclusive material de embalagem, o que pode ser comprovado conforme cópia da Nota Fiscal nº 1322 de 27/10/2007 (fls.11), e jamais contestado pelo autuado. Frisa que não foi contestado pelo autuado o procedimento que está correto, ou seja, que a embalagem tem a mesma tributação de mercadoria.

Diz que ainda que a não incidência argüida com base no artigo 6º do RICMS/97, refere-se à saída ou fornecimento de materiais, e a autuação trata-se de aquisição de material de embalagem em outra Unidade da Federação junto à empresa Antilhas Embalagens Editora e Gráfica S/A que emite notas fiscais sem a incidência de ICMS por força da APELAÇÃO CIVIL nº 194293-215 do Tribunal de Justiça, conforme documentos às fls.07 a 10.

Conclui pedindo a manutenção de seu procedimento fiscal.

VOTO

Preliminarmente, analisando a arguição de nulidade do procedimento fiscal, por entender o defendente que o preposto fiscal, na condição de Agente de Tributos Estaduais não tem competência para constituir crédito tributário, observo que não assiste razão ao autuado, uma vez que desde 01/07/2009, o §§ 1º, 2º e 3º do artigo 107 da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), passaram a vigorar com nova redação através do artigo 1º da Lei nº 11.470/09, in verbis:

“§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§ 2º Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempre. porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.”

Assim, tendo em vista que o autuado encontra-se na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, o autuante tem competência para fiscalizá-lo, ficam rejeitadas as arguições de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF/BA aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999.

No mérito, a infração contemplada no Auto de Infração diz respeito a falta de recolhimento da antecipação tributária do ICMS - referente às aquisições em outras unidades da Federação para comercialização, na condição de empresa de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional, sobre as Notas Fiscais nº 343457; 359036; 368374 e 374976, emitidas por Antilhas Embalagens Editoria e Gráfica S/A.

Verifico que o autuante atribuiu ao autuado a condição de sujeito passivo por substituição tributária, com fulcro art. 371 do RICMS/BA, por ele citado, relativa às 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, ou seja, considerando que os aludidos produtos, alvo da presente imputação, encontram-se enquadrados no regime de substituição tributária interna. Esse fato está evidenciado através do demonstrativo, à fl. 06 dos autos, no qual o autuante aplicou o MVA de 20%, para apurar a base de cálculo da substituição tributária e apurar o imposto devido.

Fundamenta o autuante a presente exigência, também, no art. 386, I do RICMS/BA, para consignar que o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária.

Assim, apesar de não caber acolhimento aos argumentos do impugnante, constato que os produtos, alvo da presente exigência fiscal, ou seja, embalagens (sacolas, papais personalizados, sacos), não se encontram enquadrados no regime de substituição tributária interna, conforme se pode observar através do Anexo 88 do RICMS/BA.

Destarte, quanto ao Regime Especial concedido à empresa Cálam Distribuidora de Produtos de Beleza, Ltda., constatei, às fls. 12 a 14 dos autos, que não cabe a sua aplicação às operações em questão, haja vista que tal regime atribui a condição de responsável por substituição tributária à Distribuidora, acima aludida, nas operações internas de produtos de perfumarias com as empresas franqueadas. No presente caso o remetente não é a Calamo e as operações são interestaduais, razões pelas quais não considero ser o aludido regime.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 212996.0001/09-9**, lavrado contra **AROMA TROPICAL PRODUTOS NATURAIS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DAN

Created with