

A. I. N° - 152240.0010/09-5
AUTUADO - BOI VIVO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO FERNANDES GONÇALVES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 26. 07. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0188-01/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Fatos demonstrados nos autos. Não acatada a alegação do autuado de se tratar de empresa que exerce a atividade de prestação de serviço de armazenamento de mercadorias em geral por conta de terceiros, serviços de logística e transporte rodoviário de cargas em geral, haja vista que o seu Contrato Social, cuja cópia encontra-se acostada aos autos, bem como os registros existentes no sistema de cadastro da SEFAZ/BA, no período autuado, claramente, identificam a sua atividade como “Atividade Econômica Principal 4639701 – Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral”, inexistindo qualquer referência sobre a atividade de prestador de serviços, conforme sustentado pelo impugnante. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração na infração 01, para a prevista na época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96). Infrações subsistentes. Não acolhida a nulidade argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2009, exige ICMS no valor de R\$ 13.228,86, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de abril, julho, outubro e dezembro de 2008, janeiro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.770,88, acrescido da multa de 50%;
2. Recolheu a menos o ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-Simples Nacional mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho, fev exigido ICMS no valor de R\$ 9.457,98, acrescido da multa de 50%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 37 a 57), esclarecendo que se trata de uma sociedade empresarial de responsabilidade limitada com tributação simplificada, devidamente regular, com contrato social registrado na JUCEB e tendo por objetivo social o serviço de armazenamento de mercadorias em geral por conta de terceiros, serviços de logística e transporte rodoviário de cargas em geral.

Afirma que não estando prevista na Lei Complementar n.º 87/96 e suas sucessivas alterações, a remessa de mercadorias para armazéns-gerais e depósitos fechados, bem como seu retorno, não configuram operações mercantis, mas apenas e tão somente, simples transferência temporária de local, razão pela qual tal fato não pode constituir fato gerador do ICMS.

Consigna que mesmo se admitindo que o RICMS/BA colocou o armazém geral como substituto tributário, cerne da presente autuação, denota-se que tal regramento estadual extrapolou sua esfera de atribuição, pelo fato de, simplesmente, criar um sujeito passivo da relação tributária, ferindo o quanto disposto nos artigos 109 e 110, do Código Tributário Nacional, que proíbem a alteração da definição, conceito e o alcance de institutos e formas do Direito Privado, pois, os armazéns gerais não são, para operações de depósito, nem contribuintes, nem substitutos tributários, não praticando típicos atos de comércio.

Diz que no Decreto-Lei nº 406/68, que tem status de lei complementar, as instituições de logística e armazenagem, como a BOI VIVO, foram tratadas como neutras, não sendo nem contribuintes, nem substitutos tributários. Assim, se a legislação tributária ordinária não pode mudar a lei complementar, nem alterar conceitos, princípios e normas do Direito Privado, não há como pretender que os artigos da legislação ordinária infraconstitucional sejam constitucionais, nos termos do referido decreto, visto que as empresas de logística não são contribuintes, nem substitutos para operações de mero depósito, não podendo ser autuados por responsabilidade tributária de terceiros, isto é, por operações relativas à circulação de mercadorias de responsabilidade de terceiros, como demonstram os contratos de locação firmados, assim como as próprias notas fiscais.

Invoca e reproduz nesse sentido, o artigo 3º da Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre os casos de não-incidência do ICMS, segundo diz, atestando o grave equívoco na autuação.

Afirma que, como visto, não necessita requerer um regime especial de tributação para desenvolver atividades de logística e armazenamento de mercadorias de terceiros, tendo em vista que a própria lei estadual do ICMS/BA classifica a atividade como não-incidente.

Argumenta ainda que todas as mercadorias que armazena encontram-se lastreadas em notas fiscais emitidas pelos respectivos proprietários, comprovando a plena legitimidade do procedimento logístico efetuado, que não foi levado em conta pelo autuante, eivando de ilegalidade o presente Auto de Infração. Evoca posição doutrinária de Geraldo Ataliba e jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, reproduzindo matérias nesse sentido.

Cita e transcreve ainda o entendimento de Roberto Siqueira Campos sobre a incidência do ICMS na consignação mercantil, que, segundo diz, encaixa-se perfeitamente ao presente caso.

Alega que a prevalecer o entendimento fazendário, incorre-se no mesmo erro da tese da tributação pelo ISSQN sobre os serviços de locação de bens, decompondo-se o fato isento (ou não-incidente) em tributação separada ou autônoma, em afronta à lógica fiscal, transcrevendo o entendimento doutrinário sustentado por André Antônio Araújo de Medeiros.

Assevera que inexistente qualquer falha ou inidoneidade fiscal, seja de caráter principal ou acessório, na operação, tendo em vista que todos os produtos armazenados, com seu respectivo valor unitário e total definidos, havendo pleno preenchimento de entrada e de saída.

Prosseguindo, afirma que a multa imposta afronta aos princípios constitucionais do não-confisco, da razoabilidade e proporcionalidade, ainda mais quando se leva em conta a natureza fiscal dos produtos armazenados, inclusive porque calculada em valor maior do que a base de cálculo do imposto cobrado, ferindo a limitação constitucional do não-confisco, conforme já decidido pelo Tribunal Regional Federal do Primeira Região, cujo texto reproduz.

Diz que se partindo do pressuposto de que todo Auto de Infração deve conter, necessariamente, fatos que suportam as suas conclusões e imputações, narrando eventos e caracterizando-os como infração, constata-se que, sem os seus requisitos essenciais, ele não serve como instrumento técnico-fiscal de apuração, devendo ser julgado inepto e declarado nulo o lançamento nele fundamentado. Cita e transcreve posição doutrinária de Aires Barreto, sobre o tema.

Frisa que a base de cálculo, enquanto critério legal para chegar-se ao montante do tributo a ser pago, deve possibilitar, de plano, a utilização da conceituação matemática, consistindo em um padrão, critério ou referência para medir determinado fato tributário, lição que não foi observada na autuação em debate.

Reporta-se sobre a verdade material, afirmando que é dever da administração pública verificar, com profundidade, a realização dos fatos que ensejam a prática do ato que se pretende realizar, transcrevendo nesse sentido lição de James Marins. Reproduz também a ementa da decisão proferida pela 1.^a T. do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, na Apelação Cível nº 97.04.71803-9/RS, Rel. Juiz João Pedro Gebran Neto.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração em razão de sua manifesta ilegalidade. Requer ainda que todas as notificações e intimações sejam feitas em nome do primeiro subscritor da presente, com endereço profissional nesta Capital.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 66 a 67), na qual diz que o impugnante de forma didática e eficaz, trouxe aos autos a legislação de que trata a lista de serviços e discorre de forma bastante enfática sobre a prestação de serviços de armazenamento e logística, temática que se argumenta irretocável.

Contudo, diz que tais assertivas colidem frontalmente com o objeto social do autuado, haja vista que no seu contrato social, verdadeiro estatuto, os sócios constituintes elegeram como sendo objeto social da empresa, o comércio atacadista de gêneros alimentícios em geral conforme a Cláusula 4.^a –Objetivo Social (fl. 58).

Diz que se infere do acima declinado as seguintes presunções: Estaria o digno defensor se reportando a outra empresa prestadora de serviços ou, então, fora induzido a equívoco.

Afirma que considerando a inexistência de alterações do objeto social da empresa ou a inclusão de novo objeto, não há que se falar em prestação de serviços de armazenamento e logística, não procedendo os argumentos defensivos, pois não pode furtar-se ao seu objeto social, atuando de forma contrária à legislação pertinente.

Finaliza mantendo a autuação.

VOTO

A princípio, verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado em total observância às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, especialmente os seus artigos 18, inciso IV, alínea “a” e 39, do RPAF/99, com a entrega ao sujeito passivo de todos os elementos desenvolvidos pela Fiscalização, que originaram o lançamento tributário, tendo sido determinado, com segurança, as infrações e o infrator, a base de qualquer vício que inquiere de nulidade o lançamento. Assim senc

No que concerne ao pedido do impugnante para que todas as intimações e notificações sejam entregues no endereço profissional do primeiro subscritor da peça de defesa localizado nesta Capital, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Do exame das peças que compõem o presente processo, vejo que o impugnante alega que se trata de uma sociedade empresarial de responsabilidade limitada com tributação simplificada, devidamente regular, com contrato social registrado na JUCEB e tendo por objetivo social o serviço de armazenamento de mercadorias em geral por conta de terceiros, serviços de logística e transporte rodoviário de cargas em geral, razão pela qual não teria a responsabilidade de efetuar o recolhimento antecipado do imposto, conforme exige o Auto de Infração.

Noto também que o autuante contesta os argumentos defensivos, afirmando que de acordo com o seu contrato social, o objeto social da empresa é o comércio atacadista de gêneros alimentícios em geral conforme a Cláusula 4ª –Objetivo Social (fl. 58).

Efetivamente, constato assistir razão ao autuante, haja vista que os elementos acostados aos autos, especialmente o contrato social da própria empresa, assim como os seus dados cadastrais constantes no Cadastro de Contribuintes do ICMS - CAD/ICMS da SEFAZ - identificam claramente como Atividade Econômica Principal 4639701 – *Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral* -, constando ainda como CNAE Secundária o código 4637199 – *Comércio atacadista especializado em outros produtos alimentícios não especificados anteriormente* –, inexistindo qualquer referência sobre a atividade serviço de armazenamento de mercadorias em geral por conta de terceiros, serviços de logística e transporte rodoviário de cargas em geral, conforme alegado na peça defensiva.

Ademais, a exigência relativa à infração 02-*Recolheu a menos o ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado* – infirma também a alegação defensiva, haja vista que diz respeito à complementação do pagamento do imposto anteriormente recolhido a menos pelo contribuinte. Ou seja, o contribuinte recolheu espontaneamente o ICMS apurado, contudo, em valor ao efetivamente devido, o que motivou a autuação.

Diante do exposto, considero as infrações 01 e 02 subsistentes, por restar comprovado o cometimento das irregularidades apontadas no Auto de Infração.

Contudo, no que concerne à multa imposta na infração 01 no percentual de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, constato que foi indicada erroneamente no Auto de Infração, haja vista que a multa correta é de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, cuja redação atual, contemplando a multa na hipótese de antecipação parcial do ICMS não recolhido, foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07.

Assim sendo, a multa referente à infração 01, fica retificada para 60%, conforme previsto no art. 42, II, “d” da Lei n. 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152240.0010/ COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado

imposto no valor de **R\$13.228,86**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 3.770,88 e de 50% sobre R\$ 9.457,98, previstas no art. 42, II, “d” I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR