

PROCESSO - A. I. Nº 210437.0314/10-7
RECORRENTE - COMERCIAL E TRANSPORTADORA RODRIGUES DE LIMA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF 0066-01/11
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 10/07/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0150-12/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **b).** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infrações comprovadas. Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada. Vencido o voto do relator. Adequada para 50% a multa da Infração 1. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou totalmente procedente o Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$ 5.069,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e “e”, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 13/09/2010 decorre de duas infrações, quais sejam:

***Infração 01** – efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados, relacionadas nos Anexos 88 e 89 [apontadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97], nos meses de setembro e dezembro de 2007, fevereiro, abril, julho e agosto de 2008, janeiro, abril, maio, setembro e dezembro de 2009, exigindo imposto no valor de R\$4.680,54, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere a produtos derivados de trigo, por meio de operações com unidades da Federação não signatárias do Protocolo 50/05;*

***Infração 02** – deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de setembro a dezembro de 2007, janeiro, março e abril de 2008, sendo exigido o imposto no valor de R\$388,46, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere a vendas para contribuintes não inscritos.*

Da análise dos argumentos de defesa trazidos aos autos pelo autuado, além das contrarrazões do fiscal autuante, a 1ª JJF, à unanimidade, decidiu pela total procedência do Auto de Infração, cujo voto transcrevo abaixo:

“VOTO

(...)

No mérito, observo que o Auto de Infração é composto por duas imputações, ambas impugnadas.

No que se refere à infração 01, vejo que a acusação correspondeu ao recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados, relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Verifico que ao se insurgir contra esta exigência, o contribuinte contestou os cálculos efetuados pela autuante, argumentando que o método que utilizara, baseado na pauta fiscal, não seria o recomendado para a situação sob análise, por entender que o correto seria o uso da margem de valor adicionado (MVA).

Ressalto que o contribuinte incorreu em equívoco, desde quando estando os produtos objeto do levantamento fiscal (derivados de farinha de trigo - NBM/SH 1905), compreendidos no Protocolo ICMS 50/2005, acordo este que não tem como signatário o Estado de origem das mercadorias (Paraná), cabe ao adquirente deste Estado realizar o pagamento do ICMS referente à antecipação tributária, sendo que a base de cálculo deve ser aquela prevista na legislação interna do Estado da Bahia, que estabelece pauta fiscal, a qual corresponde aos valores mínimos previstos através de instruções normativas, editadas pelas autoridades competentes, a partir dos quais são apurados os montantes do tributo a serem recolhidos pelo contribuinte, de acordo com previsão contida no

art. 61, inciso I do RICMS/BA, combinado com o art. 506-C, § 2º do RICMS/BA, o que torna correto o procedimento seguido pela Fiscalização.

Quanto à afirmação do contribuinte de que a utilização de pauta fiscal seria ilegal, realço que, de acordo com a explanação acima, essa disposição encontra-se delineada na legislação tributária deste Estado, o que torna a alegação descabida.

Outro engano que notei na explanação da defesa consistiu na indicação dos valores apurados pela Fiscalização, que, no entanto, estão devidamente demonstrados nas planilhas acostadas às fls. 08 a 14 dos autos, nas quais em relação a cada nota fiscal objeto do lançamento, se encontra destacado o valor total por produto, apurado com base na pauta fiscal, o imposto total, o crédito fiscal de origem, os valores recolhidos pelo contribuinte e as respectivas diferenças exigidas em cada período de ocorrência.

Desta forma, considerando o acerto do levantamento fiscal, a infração 01 resta plenamente caracterizada.

Na infração 02, foi efetuado o lançamento do ICMS que deixou de ser retido e recolhido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referindo-se às vendas para contribuintes não inscritos.

Neste caso, o autuado baseou a sua insurgência aduzindo que as vendas das mercadorias tinham como destinatários consumidores finais e que confiara em que o fornecedor estabelecido no Estado do Paraná tivesse efetivado a retenção e o recolhimento do imposto devido ao Estado da Bahia. No que se refere a este último ponto, observo que não faz nenhum sentido tal alegação, desde quando o que se está exigindo é o ICMS relativo às saídas posteriores, realizadas dentro deste Estado, mesmo porque, conforme já esclarecido acima, o Estado do Paraná não se encontra dentre os signatários do protocolo que trata dos produtos em questão.

No que se refere à argumentação de que as vendas se destinavam ao consumo, observo que, de forma diversa, dezenas de operações foram arroladas nesta infração, sendo que na maioria dos casos se trataram de vendas de mercadorias em grandes quantidades, o que afasta a alegação de que se destinavam ao consumo final por parte dos adquirentes.

Ademais, conforme bem salientou a autuante, as operações em questão foram acobertadas sempre por notas fiscais, o que reforça a conclusão de que o Fisco agiu com acerto, quando considerou que as mercadorias comercializadas se destinaram à mercancia, haja vista que nas vendas de mercadorias que realizar para não contribuintes do imposto, o autuado está obrigado a se utilizar de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações, estando obrigado, portanto, a emitir cupons fiscais, em substituição às notas fiscais, conforme previsão contida no art. 389 do RICMS/BA.

Quanto à situação de um dos seus clientes, que segundo a defesa estaria regularmente inscrito no CAD-ICMS, verifico que a autuante esclareceu que a normalização cadastral do referido adquirente somente se deu após a realização das operações abarcadas no presente lançamento. Saliento que este fato encontra-se comprovado às fls. 239/240 dos autos.

Assim, considero que a infração 02 está totalmente caracterizada.

Diante do exposto, voto pela procedência do Auto de Infração, cabendo a homologação dos valores recolhidos.”

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fls. 259 a 261, o contribuinte retorna aos autos e, de início, levanta questões preliminares, que diz estarem diretamente ligadas ao mérito da matéria, invocando a Constituição Federal, artigo 5º, XXXIV, "a", LV, e artigo 93, IX.

Referindo-se à antecipação tributária, diz que o CONFAZ, além de estabelecer as regras e diretrizes para celebração de Convênios e Protocolos entre as unidades da Federação, dispôs que, referentemente aos Protocolos, não se incluíam normas que aumentassem ou reduzissem a extensão de benefícios fiscais vigentes. Nessa esteira, e discorrendo derredor das naturezas jurídicas e funções dos Convênios e Protocolos, diz o recorrente que “os acordos estabelecidos em Protocolos são de natureza fiscalizatória, procedimental e não podem estabelecer normas relativas ao aumento, diminuição, instituição ou revogação de benefícios fiscais, cuja matéria é reservada aos Convênios”.

Dizendo que a Decisão recorrida incorre em erro, assevera que na medida em que é obrigado a proceder à retenção do ICMS em favor de outros Estados, terá que fazer os cálculos do imposto observando o quanto preceitua o Anexo 88 do RICMS/BA, como efetivamente foi feito. Ressalta que a Junta de Julgamento Fiscal “não concedeu os cálculos efetuados conforme a tabela informada na peça da defesa”, mesmo tendo o recorrente reconhecido a existência de diferença, e procedido ao recolhimento do imposto no valor de R\$1,613,11, calculado com base na MVA -

Margem de Valor Adicionado. Traz exemplo para demonstrar que o fisco fixa o valor do bem em patamar superior ao preço por ela praticado.

Com respeito à falta de Retenção e Recolhimento do ICMS para Contribuintes não Inscritos, diz que o imposto foi recolhido através do DAE's. Aduz que quanto à referida situação cadastral, *"...o contribuinte ficou devidamente cadastrada após a emissão da nota fiscal"*, referindo-se ao fato de que o destinatário informou para o recorrente todos os dados do faturamento, sem informar-lhe quanto a estar ativo ou não no CAD-ICMS. Levanta a possibilidade de haver algum equívoco com a data de emissão, e diz que empresa destinatária *"ficou inapta em 02 de fevereiro de 2008"*, afirmando que não teve nenhuma intenção de ludibriar o fisco, e que o erro que cometeu, de caráter formal, não é passível de penalidade, por ser a mercadoria adquirida dentro do próprio estado.

Referentemente às vendas a Consumidores Finais, diz que apesar de a Junta de Julgamento Fiscal informar que se tratou de vendas de grandes quantidades, afirma que as quantidades efetivamente comercializadas não são tão grandes e que mesmo tendo passado a utilizar ECF a partir de 14/04/2008, alguns consumidores exigiam que fossem consignados os seus dados cadastrais nas notas fiscais, dados esses não informados nos cupons fiscais. Nessa senda, afirma que cometeu nenhuma irregularidade fiscal.

Pugna pelo conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário interposto para que seja julgada improcedente a exigência do imposto e multa.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra do Dr. Maria Helena Cruz Bulcão, fls. 268/270, diz que da análise dos autos, o recorrente não traz qualquer argumento jurídico ou prova capaz de afastar as imputações apuradas no lançamento tributário.

Quanto à infração 1, diz que, inobstante a pretensão que tem o recorrente de que seja aplicada a MVA para adoção da base de cálculo do tributo exigido no lançamento, para operações com mercadorias originárias de Estados não signatários do Protocolo ICMS 50/2005, a base de cálculo prevista para a infração em comento tem disposição no artigo 506-C, §2º do RICMS/BA c/c artigo 61, I, do mesmo diploma legal.

Quanto à infração 2, afirma a ilustre parecerista que se coaduna com a Decisão recorrida, haja vista que documentos fiscais que fundamentam a autuação comprovam a destinação das mercadorias, qual seja, comercialização.

Conclui asseverando que o presente PAF assegura ao sujeito passivo tributário todos os direitos legalmente previstos, contudo, o Recurso Voluntário interposto é desprovido de provas suficientes a modificar a Decisão de Primeira Instância administrativa.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido em relação à infração 1)

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea "b", do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª JFJ deste CONSEF, acórdão 0066-01/11, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento nas acusações fiscais de haver o contribuinte efetuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados, relacionadas nos Anexos 88 e 89; e deixado de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Ainda que, especificamente, não tenha sido suscitada qualquer preliminar, vejo, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, que estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Por outra banda, constato que não há nos autos quaisquer elementos que

indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação, bem como não se verifica qualquer incorreção na determinação da base de cálculo do imposto que se exige.

No mérito, quanto à infração 1, que resumidamente discute a forma através da qual deveria ser determinada a base de cálculo do imposto que se pretende exigir, entendeu a Junta de Julgamento Fiscal que não pode o contribuinte querer que seja aplicada a MVA para determinação da base de cálculo do tributo, pois como as operações ocorreram entre Estados não signatários do Protocolo 50/2005, a base de cálculo prevista para a infração em comento tem disposição no artigo 506-C, §2º do RICMS/BA c/c artigo 61, I, do mesmo diploma legal.

De fato, à luz da legislação tributária do Estado da Bahia, a Junta de Julgamento Fiscal tem razão quando diz que o tratamento dado às operações entre Estados não signatários do protocolo 50/2005 implica na exigência do imposto da forma como foi lavrado o Auto de Infração em apreço, ou seja, com base na “pauta fiscal”.

Em que pese ter sido aplicada a legislação do Estado da Bahia, peço vênica para discordar da forma através da qual se estabeleceu a base de cálculo do imposto que se pretende exigir, e explico: Pois bem, o fato é que a “pauta fiscal” de valores é a forma através da qual se atribui, por arbitramento, valor fictício à base de cálculo do ICMS. Neste ponto é que, mesmo que a legislação baiana tenha previsão, a jurisprudência do STJ já se coloca frontalmente contra tal dispositivo, haja vista que aquele Superior Tribunal editou a Súmula de nº 431, cujo enunciado, de linguagem extremamente simples e contundente, diz:

Súmula 431 - É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.

Derredor do que enuncia a dita Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça, vejo que a intenção se mostra absolutamente clara, e visa privilegiar o real valor das operações que se sujeitam ao ICMS, de maneira a que tais valores não sejam substituídos por outros cuja origem seja questionável ou até mesmo desatualizada, a ponto de impor prejuízos ao contribuinte de maneira geral, o que implicaria em enriquecimento sem causa por parte do Estado. Por outro lado, a rigor dos dispositivos legais que fundamentam a autuação, outros meios de definição da base de cálculo do imposto poderiam ter sido utilizados.

Isto posto, entendendo que a “Pauta Fiscal” como elemento a definir a base de cálculo do imposto a ser exigido do recorrente é imprestável e inaplicável por força do que enuncia a Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça, concluo que a infração 1 não pode subsistir, eis que como constituída é nula.

Quanto à infração 2, o fundamento da Decisão combatida tem lastro nas vendas de mercadorias realizadas pelo recorrente em grandes quantidades, o que, em tese, afastaria a alegação de que se destinavam ao consumo final por parte dos adquirentes.

De fato, os argumentos recursais de que as quantidades não são grandes e que alguns consumidores exigem os seus dados cadastrais nas notas fiscais, não são capazes de elidir a acusação fiscal, mesmo porque não são trazidas aos autos provas do que alega. Por outro lado, pude verificar que na grande maioria das notas fiscais objeto da infração 2, o volume de mercadorias de mesma descrição é demasiadamente grande para aquele adquirente que pretende tão-somente consumir tais mercadorias. Desse modo, entendo que não há elementos que possam modificar a Decisão recorrida.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, e de ofício, decreto NULA a infração 1 e mantenho incólume a infração 2.

Em tempo, a rigor do art. 21 do RPAF/99, recomendo, verificadas as possibilidades, a renovação da fiscalização livres das falhas aqui apontadas.

VOTO VENCEDOR (Em relação à Infração 1)

Este voto refere-se à imputação 1 do Auto de Infração.

Pedindo a máxima vênia, discordo do teor do voto do ilustre Conselheiro Relator. O uso da pauta fiscal, embora seja tema discutido nos tribunais da esfera judicial, está previsto na legislação tributária em nível nacional e no âmbito de competência deste Estado, exatamente conforme exposto no Parecer exarado pela digna Representante da PGE/PROFIS.

Observo que o Código tributário do Estado da Bahia - COTEB, em seu artigo 125, III, exclui da competência deste órgão Julgador a negativa de aplicação de legislação em vigor. Assim, quanto à infração 1, no que tange às operações com mercadorias originárias de Estados não signatários do Protocolo ICMS 50/2005, a apuração da base de cálculo do ICMS a ser recolhido aos cofres públicos deve ser realizada conforme os termos do artigo 8º, §4º, c/c artigo 23, §6º, I, ambos da Lei nº 7.014/96, bem como consoante teor do artigo 506-C, §2º, c/c o artigo 61, I, ambos do RICMS/BA. Assim, atuou corretamente o Fisco nesta questão, e não assiste razão ao sujeito passivo.

Por outro lado, conforme consulta realizada ao sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, em sessão de julgamento, sobre a situação da inscrição estadual da empresa autuada à época dos fatos geradores da imputação, observo que a mesma, a partir de 01/07/2007, portanto atingido o período objeto da infração 1, esteve enquadrada no regime simplificado de apuração do ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte – EPP. Em decorrência, para este contribuinte, à época, a multa legalmente prevista como sanção para a situação de cometimento desta infração 1 era a de 50% do valor do imposto que deixou de ser recolhido aos cofres públicos, conforme previsto no artigo 42, I, “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96.

Voto pela manutenção da Decisão recorrida quanto à procedência da Infração 1, e pela correção, de ofício, da multa indicada no Auto de Infração e mantida no julgamento *a quo*, de 60%, para que seja aplicada, em razão desta imputação 1, a multa de 50% do valor do ICMS lançado de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto ao mérito e à multa aplicada na primeira infração, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210437.0314/10-7**, lavrado contra **COMERCIAL E TRANSPORTADORA RODRIGUES DE LIMA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.069,00**, acrescido da multa de 50% para R\$4.680,54 e 60% para R\$388,46, previstas no art. 42, incisos I, “b”, “1” e II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Mônica Maria Roters, e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO VENCEDOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS