

A. I. N° - 206880.0109/11-2
AUTUADO - J C DISTRIBUIÇÃO LOGÍSTICA IMP. E EXP. PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS S.A.
AUTUANTE - EDIMAR NOVAES BORGES
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET 08.08.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0219-05/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS DESTINADAS A CONTRIBUINTE LOCALIZADO NESTE ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas operações realizadas com base em acordos interestaduais, cabe ao remetente das mercadorias sujeitas à substituição tributária, por força de convênios ou protocolos, efetuar a retenção e o recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Os respectivos pagamentos foram efetuados, tempestivamente, através de GNRE, cujas cópias foram anexadas aos autos, tornando insubsistente a exigência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 30/09/2011, para exigir do autuado ICMS, no valor total de R\$ 1.325.816,54, em razão da infração abaixo descrita: *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89, conforme Auditoria da Antecipação Tributária, em 2009/2011”*.

O autuado, por meio de advogados legalmente constituídos, apresenta a defesa de fls. 53 a 63, aduzindo sobre os fatos ocorridos e a tempestividade de suas alegações. Preliminarmente, pede a nulidade do auto de infração visto que a autoridade fiscal não buscou analisar toda a documentação apresentada, o que preteriu seu direito de defesa, nos termos do art. 18, RPAF, que transcreve.

No mérito, diz que inexistente motivação para a autuação discutida, uma vez que o ICMS por antecipação está pago. Anexa para comprovar além do relatório detalhado das notas fiscais de entrada, também as guias de GNRE do ICMS/ST, que acosta aos autos.

Explica que o ICMS por antecipação foi pago juntamente com a guia (GNRE) do ICMS/ST devido pelo remetente das mercadorias na condição de substituto tributário; que recebeu as mercadorias em transferência de estabelecimento do mesmo titular, sediado em outro Estado (GO), devidamente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, sob nº 79.617.950, e, na condição de Substituto Tributário, devidamente Habilitado efetuou o recolhimento antecipado do referido tributo.

Aduz que os valores pagos e destacados nas guias (GNRE) correspondem aos valores cobrados pelo agente fiscal, demonstrando que o ICMS Antecipação foi devidamente recolhido sobre o valor total das mercadorias entradas no estabelecimento da Autuada.

Observa, pela regra do artigo 125 do RICMS/BA, que transcreve, é cabível o recolhimento do imposto na qualidade de responsável solidário, como foi efetuado. Caso ainda se admita, houve apenas um mero erro formal, uma vez que o imposto arrecadado teve como beneficiário o Estado da Bahia, circunstância que não trouxe qualquer prejuízo ao Erário.

Diz que a autuação não respeita que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto ICMS/ST cabe ao remetente da mercadoria, porque submetida ao regime da substituição tributária por antecipação, prevista em convênio ou protocolo firmado com a Unidade Federada de origem.

Descreve os produtos da Nota Fiscal 125610, de 14.11.09, lâmpadas, aparelhos de barbear e pilhas, contidos nos protocolos ICMS 17, 16 e 18/85, respectivamente. Ressalta que todas as notas fiscais relacionadas na AUDITORIA DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA são da mesma situação, cujas operações estão previstas no art. 373, RICMS BA.

Defende que o agente fiscal em sua auditoria, ainda que, para apurar o valor do imposto devido sob o instituto da antecipação tributária nos exatos termos do artigo 371 do RICMS/BA, deveria ter segregado e excluído do lançamento efetuado, o valor das mercadorias submetidas ao regime da substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo firmado com a Unidade Federada de origem, nos exatos termos do art. 371, que também transcreve.

Assim não agindo, defende, descaracterizou o lançamento, ao constituir crédito tributário irreal, falso, injusto, promovendo prejuízo ao contribuinte e o enriquecimento ilícito do Estado.

Aponta outro erro no levantamento fiscal, no qual consta, dentre as notas fiscais relacionadas e correspondentes às operações de entrada, notas fiscais de saídas emitidas pelo próprio autuado, cuja natureza de operação é DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA RECEBIDA EM TRANSFERÊNCIA PARA COMERCIALIZAÇÃO (CFOP 6.209), como pode ser verificado de forma exemplificada, no mês 06/2011, através das Notas Fiscais nº 34788, 35171 e 36067, cuja fotocópia anexamos (DOC .3). Tal ocorrência verificada também nos demais períodos, o que torna o lançamento de ofício indevido e sem embasamento legal, acarretando a total improcedência.

Finaliza pedindo o acolhimento da nulidade por insegurança na determinação da infração e, no mérito, que seja julgado improcedente, extinto por completo o respectivo crédito tributário.

O autuante presta Informação Fiscal, fls. 628/630. Reitera os termos da defesa e contesta a arguição de nulidade de cerceamento do direito de ampla defesa, sob a argumentação de suposto lançamento de ofício sem os elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração e o infrator, tendo em vista que a fiscalização determinou com clareza a natureza da infração, a falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Diz que, no mérito o argumento defensivo é que o ICMS por antecipação tributária foi recolhido pelo remetente, na condição de substituto tributário, em outra inscrição estadual, através de GNRE, apresentando cópias das referidas “guias”.

Diz da temeridade de aceitar tal argumentação, pois não pode firmar a exatidão da relação entre estes recolhimentos e o montante do crédito tributário reclamado, se tais valores se referem efetivamente ao débito fiscal objeto de lançamento de ofício ou a qualquer outra relação mercantil, também sujeita à antecipação tributária. Assevera que falta, portanto, uma relação de certeza entre os recolhimentos e o crédito tributário lançado.

Contesta também o equívoco do autuado, quanto à responsabilidade tributária, no caso em tela, uma vez que, conforme salientou, em sua defesa, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS, quando o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuá-lo em valor inferior ao estabelecido no acordo (convênio ou protocolo), é atribuída ao contribuinte neste Estado ou ao responsável solidário (Alínea “i” do art. 125 do RICMS/BA.), concluindo que o lançamento fiscal está correto, justo e verdadeiro, sem caracterizar qualquer vício de caráter material.

Quanto à argumentação defensiva da existência de notas fiscais com CFOP 6.209 - natureza da operação “Devolução de Mercadorias Recebidas em Transferência para Comercialização”, admite a razão do autuado e apresenta novo demonstrativo da Auditoria de Antecipação

Tributária, solicitando que seja comunicado ao sujeito Passivo, fornecendo-lhe, no ato da intimação, cópia do novo Anexo I - Auditoria da Antecipação tributária e abertura do prazo para nova manifestação.

Diz que o auto de infração deve ser julgado procedente com a correção do valor do débito. No novo demonstrativo, a exigência é alterada para R\$ 1.308.121,41.

Às fls. 662/667, o autuado faz nova manifestação, aduzindo que o agente do Fisco não reparou o grave equívoco cometido, efetuou tímidas correções no demonstrativo fiscal, apenas excluindo do montante lançado, o valor referente às operações estabelecidas pelo CFOP 6.209, tendo como natureza da operação *“devolução de mercadorias recebidas em transferência para comercialização”*; alega que somente neste caso deu razão à defesa, na tentativa de reviver um ato administrativo natimorto.

Alega que são infundadas as demais alegações do Auditor Fiscal, posto que juntou as GNRE devidamente liquidadas, onde constam as mesmas notas fiscais relacionadas no demonstrativo fiscal, comprovando que a antecipação tributária foi paga, bastando apenas simples conferência de documentos.

Questiona a afirmação do autuante de que as guias podem referir-se ao débito fiscal exigido ou qualquer outra relação mercantil sujeita à antecipação tributária, defendendo que lhe compete comprovar documentalmente e juntar aos autos a existência desse outro débito. Aduz que basta consultar o cadastro fiscal do autuado e do remetente das mercadorias e, no caso, substituto tributário.

Diz que o lançamento configura ato de vontade do Estado, que aplica a lei ao fato jurídico tributário, determinando situação individual e concreta, nos termos do art. 142, CTN; não havendo, por outro lado, margem de liberdade do Fisco para afirmar simplesmente que as provas juntadas não comprovam o pagamento do imposto, pois isso é ir de encontro ao exposto no art. 112, CTN, no qual, em havendo dúvida, deve ser aplicado o mesmo postulado do direito penal: in dubio pro reo.

Em razão da ausência de inovação na manifestação do fiscal, o Auto de Infração deve ser julgado nulo e extinto o crédito tributário constituído.

Em novas considerações, às fls. 673/674, informa o autuante que confrontou o recolhimento através de GNRE e o crédito tributário reclamado, constatou indícios de relação entre um e outro. Explica que para um débito reclamado, existe um recolhimento em igual ou contendo pequenas diferenças, que diz respeito a recolhimentos superiores ao débito reclamado.

Aduz que, competindo a administração tributária a revisão de seus atos, além de resguardar o erário público quanto a possível crédito tributário, solicita uma revisão do procedimento por órgão competente e estranho ao feito.

VOTO

Lavrado o presente Auto de Infração para exigir a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89, conforme Auditoria da Antecipação Tributária, no período de 2009/2011, colada aos presentes autos.

Cumprando antes, examinar a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, sob a alegação de que no auto de infração, a autoridade fiscal não buscou analisar toda a documentação apresentada, preterindo seu direito de defesa.

De início, afasto a aplicação da nulidade suscitada pelo sujeito passivo, visto que o auto de infração foi lavrado nos termos do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal

(RPAF), em consonância com o § 1º do art. 129 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), que especifica os elementos do Auto de Infração. O autuado conheceu perfeitamente a acusação que lhe estava sendo dirigida, apresentou impugnação, estabeleceu o contraditório, com a apresentação dos argumentos e elementos de prova de que dispunha a favor de sua tese. Nada existe no feito que o condene à nulidade.

No mérito, a argumentação defensiva é no sentido de que inexistente motivação para a autuação discutida, uma vez que o ICMS por antecipação está pago, anexando, em apoio às suas razões, além do relatório detalhado das notas fiscais de entrada, cópias das GNRE (Guia Nacional de recolhimento de Tributos Estaduais) do ICMS/ST.

Examinando os demonstrativos do débito produzidos pelo Auditor Fiscal, responsável pelo feito, inicialmente, às fls. 11/45 e em seguida, às fls. 631/648, constato que relacionou diversas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, prevista em Convênio ou Protocolo (Protocolos ICM 16, 17 e 18/85), remetidas por estabelecimento distribuidor situado no Estado de Goiás para sua filial, localizada no Estado da Bahia.

O levantamento fiscal foi colhido partindo-se do pressuposto que as mercadorias foram adquiridas pelo estabelecimento do Estado da Bahia, na ausência de Convênio ou Protocolo entre o Estado e a unidade da Federação de origem, caso em que cabível o art. 371, RICMS BA, do que não trata o caso em concreto.

No Estado da Bahia, ocorre a antecipação do lançamento e do pagamento do ICMS sempre que for exigido o recolhimento do imposto em função da realização de determinada operação ou prestação subsequentes expressamente previstas pela legislação. A substituição tributária por antecipação, relativamente às hipóteses, segundo a lei, a responsabilidade pelo pagamento do imposto que seria devido pelo contribuinte é transferida para terceiro, sendo exigida mediante a retenção do imposto pelo responsável.

Nas operações internas, observam-se disposições contidas nos artigos 353 e demais do RICMS BA; nas operações interestaduais, em não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto (além das importações, 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, nos termos do art. 371, RICMS BA. Nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, ao remetente, em regra será atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição (art. 373, RICMS BA), conforme regras do Convênio ICMS 81/93.

No caso concreto, denuncia-se a existência de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com as mercadorias listadas nos Protocolos ICM 16/85; 17/85 e 18/85. Nesse sentido, o parágrafo único da cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, que informa as normas gerais a serem aplicadas a regime de substituição tributária, estabelece que o sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria.

Os protocolos mencionados estabelecem na cláusula segunda que *“nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se refere este Protocolo, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente”*. Na redação anterior, afeitos até 31.05.09, o contribuinte estava nomeado por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista.

A partir, no entanto, de 31.03.10, a Lei de ICMS do Estado, através da Lei nº 11.899/10, estabelece a responsabilidade solidária para contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime

de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário (art. 6º, XV, Lei nº 7.014/96).

Não obstante tais circunstâncias, que envolvem a responsabilidade tributária no recolhimento do ICMS-ST devido por antecipação tributária, na aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, o contribuinte remetente das mercadorias apresentou as GNRE devidamente liquidadas e cujas cópias estão anexadas nos autos, além de demonstrativos com a indicação das notas fiscais relacionadas no anexo da Auditoria da antecipação tributária engendrada pelo autuante, demonstrando o pagamento do débito fiscal, conforme, inclusive, reza o relatório final elaborado pelo próprio preposto do Fisco, fls. 675/680.

Posto isso, resta devidamente descaracterizada a exigência da antecipação tributária, seja porque o responsável legal não seria, a princípio, diante das regras, antes apreciadas, o contribuinte situado nesse Estado, durante todo o período da exigência, mas apenas a partir da vigência da Lei nº 11.899/10, mas, sobretudo, porque o imposto já se encontra devidamente recolhido, conforme documentos que comprovam o recolhimento (GNRE), anexados aos presentes autos.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206880.0109/11-2**, lavrado contra **J. C. DISTRIBUIÇÃO LOGÍSTICA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS S/A**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR