

A. I. N° - 210742.0401/11-8
AUTUADO - BKS COM IMP E EXP LTDA
AUTUANTE - ROBINSON MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT/NORTE
INTERNET 03.05.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0086-04/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-ST RETIDO AO ESTADO DESTINO DA MERCADORIA. Desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal, que é de exigência do pagamento do ICMS-ST em favor do Estado da Bahia na forma do § 2º da Cláusula 7ª do CONV. ICMS nº 81/93. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 20/04/2011, foi atribuído ao sujeito passivo, estabelecido no Estado de Pernambuco, o cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS, por ter deixado de proceder à retenção do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, em vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, exigindo ICMS no valor de R\$12.022,71, acrescido da multa de 60%.

Na descrição dos fatos, o autuante alega falta de recolhimento do ICMS referente à substituição tributária, das mercadorias constantes do DANFE nº 122, de 19/04/2011, emitido por BKS COM IMP E EXPORTAÇÃO, CNPJ/MF 09.634.192/0001-62, RECIFE/PE, procedente de outra unidade da Federação, com destino à V10 COM ATAC VAREJ E SERV DE PNEUS LTDA, I.E. 76427972, tendo apresentado, para a referida quitação, o DANFE 4340, de 31/03/2011, emitida pela destinatária, com a natureza da operação “Ressarcimento de ICMS”, em desacordo com RICMS.

O contribuinte autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 37 a 39, com documentos anexos acostados aos autos, alegando preliminarmente que é uma empresa atacadista de pneumáticos cuja tributação dos mesmos dá-se por substituição tributária conforme determina o Convênio 85/93 combinado com o Artigo 373 do RICMS/BA, indicando que haverá o recolhimento de ICMS substituição tributária nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária o cálculo será feito mediante aplicação do MVA – Margem de Valor Agregado por ele estipulado.

Alega que os citados dispositivos determina, também, que quando da saída para dentro do próprio estado não mais haverá recolhimento de ICMS sobre os mesmos e que quando das vendas efetuadas para outro estado inicia-se uma nova fase de tributação obrigando o contribuinte a um novo recolhimento de ICMS Substituição Tributária em favor da unidade de destino que consumirá as mercadorias.

Para que não se configure duplicidade de pagamento de imposto, diz que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia prevê, em seu artigo 374, inciso II, aliena “b”, que todos os contribuintes que estejam nesta condição poderão compensar o ICMS pago para a unidade de destino através de nota fiscal de ressarcimento emitida contra o fornecedor das mercadorias contendo as especificações do imposto retido anteriormente e visada por órgão competente. Complementa dizendo que o fornecedor por sua vez poderá deduzir o valor do imposto retido no próximo recolhimento a ser feito à unidade federada do contribuinte que tiver direito ao ressarcimento.

Então diz que, de acordo com o estabelecido no artigo 374 emitiu Nota Fiscal (fl.14) de ressarcimento contra o fornecedor BKS Comercio Importação e Exportação Ltda, visando junto

ao fisco e o citado fornecedor cumpriu o dever de compensar a substituição tributária constante da Nota Fiscal de aquisição nº 122 de 20/04/2011 (fl. 122), com o crédito da Nota Fiscal de ressarcimento nº 4340 de 31/03/2011 (fl. 14).

Alega, portanto, que, quando da passagem pelo posto fiscal Heráclito Barreto, o Agente Fiscal Robinson Medeiros dos Santos, Cadastro nº 210.742 não entendeu a sistemática utilizada pela empresa e aplicou erroneamente um auto de infração no valor de R\$ 19.236,33 sob alegação de falta de recolhimento do ICMS referente a substituição tributária das mercadorias constantes da Nota Fiscal de aquisição nº 122 de 20/04/2011 (fl. 10).

Diz que segundo o argumento dos Auditores Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia o fornecedor deveria criar um cadastro como contribuinte substituto tributário aqui no estado da Bahia e a compensação se daria via conta corrente fiscal, argumento este que contraria o que determina o Artigo 374 inciso II, alínea “d” do RICMS/BA que o cita.

Conclui, então, alegando que, como o direito ao crédito é inquestionável e que procedeu corretamente, conforme determina o artigo 374 RICMS/BA, solicita nulidade total do auto de infração ora mencionado.

O fiscal autuante em sua informação fiscal a fl. 51/55, inicialmente, argumenta que no dia 19 de abril de 2011, a Empresa BKS – COM, IMP E EXPORTAÇÃO, na qualidade de contribuinte substituto não inscrito, revendeu para a Empresa V10 – COM ATAC E VAREJISTA DE PNEUS LTDA, I.E. nº 38833298, através do DANFE nº 122, de 19/04/2011 (fl. 41), 1154 pneus, mercadoria substituída por força do Convênio nº 85/93 (fls. 69), tendo destacado um ICMS Substituição de R\$ 11.662,65, apresentando, para sua quitação, o DANFE nº 4340, de 31/03/2011 (fl. 14), transitado no dia 19/04/2011, com a natureza da operação “Ressarcimento de ICMS Retido por Substituição Tributária”, no valor de R\$ 33.411,26, sem o visto da repartição competente, juntamente com cópia do protocolo 061527/2011-7, de 12/04/2011, (fls. 16 e 17), apresentado em substituição ao referido visto.

Diz que, tal procedimento não tem previsão legal, pois, se o contribuinte substituto fosse inscrito no Estado, dispensaria, inclusive, a necessidade da emissão da referida GNRE, bastando, tão somente, o destaque do Imposto na Nota Fiscal e a compensação dar-se-ia através da GIA – ST.

Após essa inicial, preliminarmente, solicita a verificação de a defesa ser considerada inepta, visto que não foi apresentada pelo Sujeito Passivo. Quanto à solicitação de nulidade da ação fiscal, diz que a presente ação fiscal contém os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator, de acordo com o Art. 18, Inciso IV, do RPAF. Quanto à procedência, o próprio autuado, em sua defesa, confirma a autuação, pois, além de transcrever o Art. 374, em cujo teor há a menção expressa da necessidade de visto do órgão competente na nota fiscal de ressarcimento (fls. 37), que, nesse caso, conforme preceitua o Art. 79 do Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, é a SAT/DAT METRO, juntou aos autos cópia da respectiva nota com visto em data posterior à ação fiscal (fl. 43).

Diz, então, que, em substituição ao visto pelo órgão fazendário, o contribuinte apresentou cópia do protocolo da respectiva Nota Fiscal, em desacordo com o § 5º, da Cláusula Terceira, do Convênio 81/93. Ora, o simples protocolo da cópia na Nota Fiscal de ressarcimento não supre o visto da Inspeção e nem a habilita para substituir o recolhimento do ICMS – Substituição Tributária, tornando-a, portando, inválida para fins de compensação do valor destacado no DANFE nº 122, além do que, tal Nota Fiscal somente poderia ter sido utilizada após o referido visto ocorrido em 12/05/2011 (fl. 43), e somente para a compensação do recolhimento a ser efetuado ao Estado, por contribuinte inscrito, nos prazos regulamentares.

Quanto às alegações de que, segundo os auditores fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, o fornecedor deveria criar um cadastro como contribuinte substituto tributário no Estado da Bahia (fl. 39), não há, no Auto de Infração, nenhuma alegação nesse sentido, além de não haver esta obrigatoriedade, conforme dispõe o § 2º, da Cláusula Sétima, do Convênio ICMS 81/93.

Porém, destaca que para fazer uso da Nota Fiscal de Ressarcimento, necessário seria que o mesmo fosse inscrito no Estado para que pudesse abater o valor dos recolhimentos a serem efetuados através da GIA – ST, conforme Consulta protocolada sobre o assunto em 18/05/2011 (fls. 87-88). Tal inscrição, que o habilitaria a creditar-se da referida nota, diz o autuante, somente foi realizada no dia 04/05/2011 (fl. 90), ou seja, em data posterior à ação fiscal. Dessa forma, conclui, o contribuinte deveria ter recolhido a GNRE em questão (fl. 11).

Por fim, em relação ao valor apurado, não contestados pela defesa, caso seja julgado procedente o presente auto, solicita a verificação da alteração da tipificação da multa para 150%, sem redução, prevista na alínea “a”, Inciso V, do Art. 42, da Lei 7.014/96, para os valores lançados no DANFE nº 122, no valor de R\$ 11.662,65 (fl. 10), visto que os valores foram retidos e não recolhidos, e de 60%, com a devida redução, para a diferença em relação ao valor apurado, de R\$ 360,06, em ambos os casos.

Ante o exposto, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Versa a autuação sobre a atribuição ao sujeito passivo do cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS por ter deixado de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, em vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A alegação do Fiscal Autuante é de que no dia 19 de abril de 2011, a Empresa BKS – COM, IMP E EXPORTAÇÃO, estabelecida no Estado de Pernambuco, na qualidade de contribuinte substituto não inscrito no cadastro do Estado da Bahia, revendeu para a Empresa V10 – COM ATAC E VAREJISTA DE PNEUS LTDA, I.E. nº 38833298, estabelecida no Bairro Mata Escura, Município de Salvador, Estado da Bahia, através do DANFE nº 122, de 19/04/2011 (fl. 10), a quantidade de 1.154 pneus, mercadoria substituída por força do Convênio nº 85/93 (fls. 69), tendo destacado um ICMS por Substituição de R\$ 11.662,65, apresentando, para sua quitação, o DANFE nº 4340, de 31/03/2011 (fl. 14), com a natureza da operação “Ressarcimento de ICMS Retido por Substituição Tributária”, no valor de R\$ 33.411,26, sem o visto da repartição competente, juntamente com cópia do protocolo 061527/2011-7, de 12/04/2011, (fls. 16-17), apresentado em substituição ao referido visto.

Essa operação está amparada pelas disposições do que determina o art. 373 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284 de 14/03/1997 e suas alterações, onde diz que nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição, conforme depreende o Conv. ICMS nº 81/93. No caso específico da presente lide, a operação está acobertada pelo Conv. ICMS nº 85/93.

O Conv. ICMS nº 85/93 diz respeito à norma relativa a substituição tributária nas operações com pneumáticos, câmaras de ar e protetores, tendo como signatários os Estados da Federação, inclusive o Estado de Pernambuco, origem das mercadorias na presente lide. Por sua vez, o Convênio ICMS nº 81/93, também, signatários os Estados da Federação, inclusive o Estado de Pernambuco, estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal.

Como tal o Conv. ICMS nº 81/93, no § 5º da Cláusula terceira, trás o seguinte regramento para o ressarcimento do ICMS ST retido, com mercadorias já alcançadas pela substituição tributária nas operações interestaduais:

Cláusula terceira Nas operações interestaduais, entre contribuintes, com mercadorias já alcançadas pela substituição tributária, o ressarcimento do imposto retido na operação anterior ***deverá ser efetuado mediante emissão de nota fiscal***, exclusiva para esse fim, em nome do estabelecimento fornecedor que tenha retido originalmente o imposto. (Grifo nosso)

§ 5º A nota fiscal emitida para fim de ressarcimento deverá ser visada pelo órgão fazendário em cuja circunscrição localiza-se o contribuinte, acompanhada de relação discriminando as operações interestaduais.(Grifo nosso)

A análise dos documentos acostado aos autos, demonstra que a Nota Fiscal nº 4340, de 31/03/2011 (fl. 14), com a natureza da operação “*Ressarcimento de ICMS Retido por Substituição Tributária*”, no valor de R\$ 33.411,26, utilizada pelo Contribuinte Autuado para acobertar o ICMS ST retido e não recolhido ao Estado da Bahia na operação objeto da presente autuação, encontrava-se sem o visto competente (§ 5º, Cláusula 3ª, Conv. ICMS nº 81/93) no momento da ação fiscal, ocorrida em 20/04/2011, conforme TOF nº 210742.0401/11-8 (fl. 08). Na realidade é observado nos autos à fl. 43, uma cópia da Nota Fiscal nº 4340, com visto da repartição fazendária competente, na forma do art. 79 do Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, em data de 12/05/2011 pelo Coordenador de Processos / DAT METRO, vinte dois dias posterior a ocorrência do fato gerador.

Por outro lado se o sujeito passivo por substituição não possuir inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado destinatário da mercadoria, a cada operação, por ocasião da saída do produto, deve recolher o imposto devido, *ICMS ST Retido*, por meio de GNRE. Devendo uma via acompanhar o transporte da mercadoria. É o que depreende da leitura § 2º da Cláusula 7ª do Conv. ICMS nº 81/93 a seguir descrito:

§ 2º Se não for concedida a inscrição ao sujeito passivo por substituição ou esse não providenciá-la nos termos desta cláusula, deverá ele efetuar o recolhimento do imposto devido ao Estado destinatário, em relação a cada operação, por ocasião da saída da mercadoria de seu estabelecimento por meio de GNRE, devendo uma via acompanhar o transporte da mercadoria.(Grifo nosso)

No caso da presente lide, o autuado não possuía, na data da ocorrência do fato gerador da operação, inscrição estadual no Estado da Bahia que lhe permitia o uso da compensação do imposto ICMS ST devido, com a emissão da Nota Fiscal de natureza de operação “*Ressarcimento de ICMS Retido por Substituição Tributária*” na forma da Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 81/93, anteriormente destacado. Aliás, o Contribuinte Autuado veio a efetuar sua inscrição no Cadastro de Contribuinte da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em 04/05/2011, conforme cópia de consulta publica acostada aos autos à fl. 90.

Assim, independente da operação ter sido acompanhada da Nota Fiscal nº 4340, de 31/03/2011 (fl. 14), com a natureza da operação “*Ressarcimento de ICMS Retido por Substituição Tributária*”, na forma do art. 374 do RICMS/BA, a mercadoria só poderia circular acompanhada da GNRE do ICMS ST pertencente ao Estado da Bahia devidamente paga na forma do que depreende os termos do § 2º da Cláusula 7ª do Convênio ICMS nº 81/93, o que não na operação em lide.

Estaria correto o procedimento fiscal da autuada, de substituir o recolhimento da GNRE ICMS ST pela emissão da Nota Fiscal nº 4340 com natureza da operação “*Ressarcimento de ICMS Retido por Substituição Tributária*”; caso possuísse inscrição estadual no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda do estado da Bahia no dia da ocorrência da ação fiscal. Esse cadastramento veio acontecer no 04/05/2011 (fl. 89), ou seja, em data posterior a ação fiscal.

Portanto, descabe razão ao autuado argüir a nulidade da autuação amparado no art. 374 do RICMS/BA, tendo em vista que a ação fiscal foi procedida conforme previsão legal aplicada ao objeto da lide.

Em que pese a autuação ter sido procedida conforme a previsão legal aplicada ao objeto da lide, não pode prosperar, pois, analisando a peça acusatória, observo que a infração está fundamentada para cobrança do ICMS ST por ter deixado o Contribuinte Autuado de proceder a sua retenção e o conseqüente recolhimento ao Estado da Bahia, em operações de vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado na qualidade de sujeito passivo por substituição, com a aplicação de multa de 60% pela infração cometida.

Entretanto o que se constata no presente PAF é a pretensão de exigência de ICMS ST retido e não recolhido ao Estado da Bahia, referente às mercadorias, relativas a quantidade de 1.154 pneus, substituída por força do Convênio nº 85/93, constantes do DANFE nº 122, emitido por BKS COM IMP

E EXP, estabelecida em Recife, Estado de Pernambuco, com destino a empresa V10 COM ATAC VAREJ E SERV DE PNEUS LTDA, estabelecida em Salvador, Estado da Bahia, que, por conta de tal ocorrência fiscal, enseja multa de 150% pela infração cometida.

Portanto, verifico uma desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a pretensão fiscal, que são situações distintas, o que inquina de vício insanável o Auto de Infração, situação que foi expressamente reconhecida pelo Fiscal Autuante, por ocasião da informação fiscal (fl. 86).

Desta forma, é de se concluir que a divergência aventada vicia de forma o lançamento fiscal, vez que sua correção no auto não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Logo, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, declaro nulo o Auto de Infração.

Com fundamento no art.156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falha acima apontada, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Publica do Estado da Bahia, destacando, conforme se pode observar à fl. 90 dos autos, de que a autuada já se encontra com sua situação cadastral, junto a SEFAZ/BA, devidamente regularizada na condição de SUBSTITUTO-CS.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210742.0401/11-8**, lavrado contra **BKS COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA**, com recomendação do procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR