

A. I. N° - 232339.1210/12-1
AUTUADO - WAL-MART BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ERINALDO FRAGA SOARES
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE (POSTO FISCAL FRANCISCO HEREDA)
INTERNET - 01/10/2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0208-04/13

EMENTA: ICMS. DESTAQUE DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A MENOS EM DOCUMENTO FISCAL. Nas aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária, com origem na Paraíba, o Decreto Estadual nº 14.213/2012 limita o crédito fiscal a 3% do valor da operação. Rejeitado a preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 19/12/12 para exigir ICMS no valor de R\$33.542,62, acrescido da multa de 60% em decorrência de destaque do IMCS a menor em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo.

O autuado apresenta impugnação às fls. 611/630. Fala da tempestividade da defesa que é apresentada também em meio eletrônico, sintetiza a autuação e, preliminarmente, pede a nulidade do lançamento por ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da autuação uma vez que o responsável pelo pagamento e respectiva utilização do crédito fiscal vedado pelo Decreto 14.213/12 é o destinatário das mercadorias localizado na Bahia e não o remetente autuado situado na Paraíba. Transcreve o art. 121 do CTN que trata do sujeito passivo para dizer que em que pese ser possível à utilização do crédito fiscal mesmo nas circunstâncias relatadas (segundo o STF) não sendo quem utilizará o crédito fiscal glosado não lhe cabe responder pelo fato.

Sobre o direito ao crédito fiscal, em razão da não cumulatividade do ICMS, defende a possibilidade de uso do imposto cobrado na etapa anterior pelo destinatário, mesmo com a utilização de benefício fiscal concedido pelo Estado de origem. Nesse sentido, transcreve os arts. 155, II, e §2º, I, da CF/88, c/c art. 20 da LC 87/96, bem como os arts. 28 e 29 da Lei Estadual nº 7.014/96.

Diz que na qualidade de contribuinte e fato, nas aquisições, o comprador/adquirente suporta todo custo da oneração tributária, sendo cobrado o montante integral do ICMS destacado na NF, pois se o Estado de origem concedeu benefício fiscal não recepcionado pelo de destino, é questão a ser tratada entre os Estados, jamais com os contribuintes. Transcreve doutrina sobre o tema e diz que a CF/88 fixa como requisito para o crédito, a cobrança do imposto e se este foi cobrado, não restam pendências sobre o crédito fiscal, razão pela qual pede a improcedência do lançamento tributário.

Sobre o Decreto nº 14.213/2012, diz que este extrapola os limites da lei e afronta o art. 99 do CTN. Fala que as hipóteses de vedação ao crédito fiscal estão previstas na CF/88 e LC 87/96 (repetidas na Lei Estadual nº 7.014/96) e que nenhuma delas estão os casos previstos no Decreto nº 14.213/2012, pelo que tal decreto, sendo norma regulamentar, afronta a disciplina contida no art. 99 do CTN, que transcreve.

Transcreve o art. 155, § 2º, IV, da CF/88 para dizer que o Governo da Bahia instituindo o Decreto 14.213/2012 limitando o crédito fiscal a 3%, que, nas operações interestaduais que, segundo o

Impugnante é o mesmo que impor uma alíquota interestadual de 3%, atropela a competência do Senado Federal, razão pela qual devem ser afastadas as regras do citado decreto.

Diz que o STF já se pronunciou em caso semelhante na ADI 3.312-3 impetrada pelo governo do DF contra o governo do Mato Grosso conforme ementa que transcreve, declarando a inconstitucionalidade de benefício fiscal concedido sem previa celebração de convênio intergovernamental, mas preservou o direito de o contribuinte creditar-se integralmente do imposto, com aplicação da alíquota correspondente à operação precedente.

Também transcrevendo ementa de decisão judicial, aduz que esse mesmo entendimento tem o STJ e da doutrina a respeito.

Argumenta que ao vedar o crédito nas operações interestaduais, a Bahia institui barreira alfandegária que encarece os produtos e reduz o preço dos produtos nativos em desrespeito à vedação imposta pelo inciso V do art. 150 da CF/88 que cola à defesa ao tempo que também insere doutrinas a respeito.

Em seguida, protesta sobre a multa proposta que entende ter caráter confiscatório por afrontar o art. 150, IV da CF/88. Nesse sentido aponta jurisprudência e entendimentos doutrinários.

Argumenta que em caso de dúvida normativa deve ser considerada a disciplina do art. 112 do CTN que favorece ao contribuinte uma interpretação mais benéfica. Nesse caso, julgando o lançamento preliminarmente nulo e, no mérito, improcedente, o que requer.

Suplementarmente, caso não seja esse o entendimento do julgador, requer seja excluída, ou reduzida à multa de 60% proposta.

Às fls. 681-687 o autuante presta informação fiscal. Resume a defesa, e a rebate, conforme a pontuação nela aposta: a) Ilegitimidade passiva: Entende que o contribuinte autuado é legítimo sujeito passivo na qualidade de Substituto Tributário inscrito na Bahia, responsável pelo cálculo, retenção e recolhimento do imposto dos produtos farmacêuticos objeto da autuação, conforme Convênio ICMS 76/94; b) Sobre o Decreto nº 14.213/2012: A empresa não provou que não goza de benefício fiscal na Paraíba, nem que recolheu ICMS à alíquota de 12% para aquele estado, mas para o imposto por substituição devido à Bahia se creditou do imposto calculado à alíquota de 12%, contrariando a regra de não-cumulatividade exposta no §2º, I, do art. 155 da CF e que o procedimento fiscal obedece às normas do Decreto nº 14.213/2012, que limita o crédito fiscal ao valor efetivamente pago à Paraíba (3%).

Pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Compulsando os autos, observo que o procedimento fiscal cumpriu o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF, bem como o processo se conforma nos artigos 12, 16 e 22 do mesmo regulamento. A infração está claramente descrita, foi corretamente tipificada e têm suporte no demonstrativo de fls. 06-12 e documentos autuados (fls. 17-605). Ela está determinada com segurança, bem como identificado o infrator. O contribuinte exerceu o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no auto de infração. Portanto, não há vício que inquine nulidade total ou parcial do PAF.

O Auto de Infração exige ICMS por erro na determinação da base de cálculo para cálculo do imposto devido por antecipação tributária total pelo autuado na qualidade de contribuinte substituto, relativo a medicamentos oriundos do Estado da Paraíba, cujo crédito fiscal para cálculo do imposto devido é limitado a 3% pelo Decreto Estadual nº 14.213/12.

Defendendo-se, o contribuinte autuado argumenta: a) preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva, pois o responsável pelo pagamento do ICMS para a Bahia e utilização do crédito fiscal é

o destinatário das mercadorias; b) direito ao uso de todo o crédito fiscal destacado nas NFs, mesmo com a utilização do benefício fiscal concedido pelo Estado de origem do Impugnante, pois na qualidade de contribuinte de fato, nas aquisições, o comprador/adquirente suporta todo custo da oneração tributária, sendo cobrado o montante integral do ICMS destacado na NF, e a limitação do crédito fiscal seria inconstitucional, bem como a multa proposta por ser confiscatória; c) suplementarmente, caso não seja esse o entendimento do julgador, requer seja excluída, ou reduzida a multa de 60% proposta.

Analisemos o caso.

A mercadoria objeto da autuação (medicamentos de uso humano) é enquadrada no regime de substituição tributária (item 15 do Anexo I, da Lei nº 7.014/96). O art. 121 do Código Tributário Nacional – CTN, reza que sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e seu parágrafo único expressa que o sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Sobre a obrigação por solidariedade, o CTN dispõe: Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei. Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Todos os documentos fiscais objeto da autuação e arrolados às fls. 17-605 foram emitidos pelo autuado e neles consta destacado o imposto retido por substituição considerando no cálculo, aliás, como confirma o Impugnante, todo o crédito fiscal concernente à operação interestadual destacado à alíquota de 12% sobre o valor da operação.

Portanto, aduzindo que o § 7º da Lei nº 7.014/96 dispõe que o responsável por substituição sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária, diante das provas autuadas, configurada está a condição do sujeito passivo autuado como contribuinte substituto nos termos do Convênio ICMS 76/94, razão pela qual rejeito a preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva suscitada.

Quanto ao mérito da lide, saliento que o art. 9º da lei baiana do ICMS (Lei nº 7.014/96) dispõe que ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I da Lei e que, conforme seu parágrafo único, o encerramento da fase de tributação referido no artigo implica que, com a realização efetiva do fato gerador presumido, salvo disposição em contrário, não importa que seja o valor da operação superior ou inferior ao valor adotado como base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária, não caberá a exigência de complementação do imposto nem a restituição de importância eventualmente paga a mais, a não ser que no pagamento do imposto por antecipação tenha havido erro ou outra circunstância que exija correção, a exemplo do caso de que trata o presente auto de infração, por ter o contribuinte autuado levado em conta no cálculo do imposto retido por substituição valor maior que o permitido pelo Decreto Estadual nº 14.213/2012 (item 3, do Anexo Único).

Conforme art. 167 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF, não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade; II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida; III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Assim, observando que a multa de 60% sobre o valor do imposto exigido proposta é a prevista legalmente para o caso e que, por ser relativa a descumprimento de obrigação tributária principal, caso queira, o pedido de seu cancelamento ou redução deve ser redirecionado à Câmara Superior deste CONSEF (RPAF: art. 159), deixo de apreciar as arguições de inconstitucionalidade suscitadas.

Deste modo, tendo em vista que a impugnação não aponta inconsistência quanto aos dados do valor exigido nem erro no cálculo do valor demonstrado na fl. 02 do PAF, uma vez que se limita à discussão da matéria de direito já superada, tenho como subsistente o valor exigido pelo auto de infração em apreço.

Infração procedente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232339.1202/12-1, lavrado contra **WAL-MART BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.542,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de Setembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR