

A. I. N° - 129106.0077/13-3
AUTUADO - MAISORVETE LTDA ME
AUTUANTE - CEZAR AUGUSTO MOURA CARDOSO E SILVA
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 26/03/2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0007-06/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS-ST DEVIDO AO ESTADO DE DESTINO DA MERCADORIA. NULIDADE. Desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal, que é de exigência de ICMS ST devido e não recolhido ao Estado da Bahia, referente às mercadorias oriundas de outra unidade da Federação e destinadas a contribuinte em situação cadastral irregular (descredenciado) neste Estado, enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, conforme Protocolo ICMS nº 20/05, em que o recolhimento do imposto deve ser efetuado antes da entrada no território deste Estado, o que não ocorreu. Recomendado refazer a ação fiscal por Auditoria de Comércio. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 21/08/2013, foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS, por ter retido e recolhido a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, exigindo ICMS no valor de R\$7.832,39, acrescido da multa de 60%.

Na descrição dos fatos, o autuante no exercício de sua atividade de fiscalização no Posto Fiscal Francisco Hereda, às 7:09 horas do dia 21/08/2013, conforme Termo de Ocorrência Fiscal (TOF) nº129106.0065/13-5 (fl. 04), alega que o sujeito passivo efetuou o pagamento da antecipação tributária a menor, conforme demonstrativo acostado à fl. 02 dos autos, DANFE nº 5468 (fl. 07) e DAE no valor de R\$655,31 (fl.08), referente a mercadoria oriunda do Estado de Sergipe, destinada a contribuinte neste Estado em situação cadastral irregular.

O contribuinte autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 15 a 18, com documentos anexos acostados aos autos, alegando preliminarmente que é uma empresa pessoa jurídica de direito privado, tendo como atividade fim o comércio varejista de produtos alimentícios, em conformidade com seu contrato social, com sede e foro jurídico no município de Salvador, Capital do Estado da Bahia, na Av. Jequitiaia, n.º 245, lojas 03 e 04, no bairro Água de Meninos, CEP 40460-120, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ/MF) sob o n.º 07.038.845/0001-15.

Em seguida, representada por seu sócio administrador apresenta impugnação ao Auto de Infração nº 129106077/13-3 (TOF nº 1291060065/13-5) datado de 21/08/2013, no Posto Fiscal Francisco Hereda, com base nos argumentos que passo a expor.

Diz que, na condição de contribuinte normal, que comercializa por revenda de insumos de preparados para fabricação de sorvete, adquiriu mercadorias no valor de R\$13.106,17, junto ao fornecedor empresa Duas Rodas Nordeste Indústria de Alimentos Ltda, conforme DANFE nº 5468 em 19/08/2013.

Diz também, que, pelo DAE nº 1304535239 – Código da Receita 2175, tendo como base de cálculo o valor de R\$13.106,17, recolheu o ICMS – Antecipação Parcial, através da Inscrição Estadual nº 064.776.950, no dia 20.08.2013, o valor de R\$655,31. Alega, ainda, que tal recolhimento ocorreu antes da lavratura do Auto de Infração em 21/08/2013.

Observa que, na condição de revendedora da mercadoria adquirida, não cabe recolher a substituição tributária, com base no Protocolo ICMS 20/45 e do exposto acima, conforme a NF-e nº 5468, o ICMS – Antecipação Parcial foi efetivamente recolhido em 20/08/2013.

Por outro lado, com o enquadramento legal da autuação baseado na disposição do artigo da Lei nº 1014/96 combinado com a cláusula segunda do Protocolo ICMS 20/05 e também do Decreto nº 6.284/97, que tratam da substituição tributária com relação ao Auto de Infração em tela, a autuada requer a nulidade pelo fato de não concordar, como foi procedida a autuação.

Ademais, diz que a “*Descrição dos Fatos*”, entra em contradição ao afirmar na infração de que teria efetuado o pagamento da antecipação tributária a menor, ou seja, destaca, então, que este tipo de procedimento não cabe aplicar o regime da substituição tributária. Por outro lado, diz que, correto estaria o Auto de Infração, se fosse lavrado contra o remetente da mercadoria a empresa Duas Rodas Nordeste Indústria de Alimentos Ltda. Inscrição Estadual nº 271053976.

Argúi, ainda a nulidade da autuação, em função da descrição e tipificação dos fatos não ter considerado a sua opção de tributação; e por via de consequência, não pode acatar o crédito tributário, sem fundamento para sua realização em face da análise dos fatos, e documentos comprobatórios, representados pelo DAE recolhido tempestivamente de maneira adimplente e a DANFE.

Portanto, diante do que trouxe ao conhecimento da Autoridade Julgadora, “*data vênia*”, diz que há que se julgar pela nulidade o Auto de Infração vestibular, considerando-se os aspectos fáticos de Direito e das provas.

O fiscal autuante em sua informação fiscal as fls. 41/42, inicialmente, argumenta que a autuada adquiriu mercadorias, conforme DANFE nº 5468, emitido pela empresa Duas Rodas Nordeste Indústria de Alimentos Ltda., estabelecida no Estado de Sergipe, apresentando um comprovante de pagamento efetuado de ICMS no valor de R\$655,31, sendo que, à luz do seu entendimento, o valor real do ICMS devido, conforme demonstrativo anexo à fl.06 é de R\$7.882,39, acrescido da multa de 60%.

Diz que a autuada alega que, na condição de revendedora da mercadoria adquirida, não cabe recolher a Substituição Tributária, e que neste caso específico quem deveria ser autuada seria a remetente das mercadorias.

Isto posto, diz que a autuação é por conta do autuado encontrar em situação cadastral irregular (descredenciado) e segundo o Regulamento do ICMS, neste caso específico, toda mercadoria adquirida será antecipado o imposto. Diz que, segundo o Protocolo ICMS 20/05, nas operações oriundas de Estados cujo crédito é 12%, o MVA é de 353,78%, para as mercadorias adquiridas pela reclamante.

Diante dos fatos, conclui que a autuada descumpriu as normas do ICMS/BA, motivo pelo qual requer que seja julgado procedente o Auto de Infração em tela.

VOTO

Versa a autuação sobre a atribuição ao sujeito passivo do cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS por ter retido e recolhido a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, exigindo ICMS no valor de R\$7.832,39, acrescido da multa de 60%.

A alegação do Fiscal Autuante, no exercício de suas atividades de fiscalização no Posto Fiscal Francisco Hereda, às 7:09 horas do dia 21/08/2013, é de que o sujeito passivo teria efetuado o pagamento da antecipação tributária a menor, conforme demonstrativo acostado à fl. 02 dos autos, relativo a operação acobertada pelo DANFE nº 5468 (fl. 07) e DAE no valor de R\$655,31 (fl.08), referente a mercadoria oriunda do Estado de Sergipe, destinada a contribuinte neste Estado em situação cadastral irregular.

Trata-se, na realidade, como bem afirma o Fiscal Autuante na Informação Fiscal, de uma operação de venda de mercadoria, oriunda do Estado de Sergipe, para um contribuinte

estabelecido neste Estado, em situação cadastral irregular por descredenciamento, que à luz do art. 332, inciso III, alínea “d”, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 está obrigado, o adquirente, a recolher o ICMS, seja qual for à mercadoria e regime de apuração do contribuinte, antes da entrada no território deste Estado.

Sendo mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, deve-se cobrar o imposto por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subseqüentes (art. 332, III, “a”); não sendo mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, deve cobrar à antecipação parcial do ICMS Normal (art. 332, III, “b”). No caso objeto em análise, trata-se de preparos para fabricação de sorvete em máquina, conforme se observa da descrição dos produtos elencados no DANFE nº 5468 acostado à fl. 07 dos autos. Portanto, sob a égide do Regime da Substituição Tributária na forma das normas do Protocolo ICMS nº 20/05, em que tanto o Estado da Bahia, quanto o Estado de Sergipe, originário da mercadoria, são signatários.

Em sendo assim, essa operação está amparada pelas disposições do que determina o Convênio ICMS 81/90, que estabelece normas gerais a serem aplicadas ao regime de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, 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. No caso específico da presente lide, a operação está acobertada pelo Protocolo ICMS 20/05, conforme o enquadramento da autuação.

O Protocolo ICMS 20/05 diz respeito à norma relativa à substituição tributária nas operações com sorvetes e preparos para fabricação de sorvete em máquina, tendo como signatários alguns Estados da Federação, entre eles o Estado da Bahia e Sergipe, este último o de origem das mercadorias objeto da presente lide. Como tal o Protocolo ICMS 20/05, na Cláusula Primeira, traz o seguinte regramento:

Cláusula primeira: Nas operações interestaduais com sorvetes de qualquer espécie e com preparos para fabricação de sorvete em máquina, realizadas entre estabelecimentos localizados em seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nos termos e condições deste protocolo, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas subseqüentes saídas, realizadas por estabelecimento atacadista ou varejista. (Grifos nossos)

A análise dos documentos acostado aos autos, demonstra que o DANFE nº 5468 se relaciona a uma operação de circulação de mercadoria acobertada pela Substituição Tributária e que, por se referir uma operação envolvendo contribuinte em situação cadastral irregular, cabe a aplicação do art. 332, inciso III, alíneas “a” e “d”, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, ou seja, a cobrança do imposto por substituição tributária por antecipação correspondente à operação subseqüente, calculado na forma do que determina a Cláusula segunda do Protocolo ICMS 20/05, que, aliás, assim procedeu o Fiscal Autuante, na elaboração da Base de Cálculo do imposto cobrado (fl. 06), porém com erro no valor do crédito concedido, onde lançou o valor de R\$2.228,05, onde o correto seria R\$1.572,74, que é o valor destacado no DANFE nº 5468 (fl. 07), correspondente a 12% sobre o valor total das mercadorias de R\$13.106,17, objeto da autuação.

Sobre o sujeito passivo da operação, argüido pela defendente de que deveria ter sido a Empresa Duas Rodas Nordeste Industria de Alimentos Ltda., estabelecida no Estado de Sergipe, não logra êxito, pois se trata de uma apreensão de venda de mercadoria, envolvendo contribuinte em situação irregular por descredenciamento, onde não se poderia ter sido concretizada a operação pelo Contribuinte estabelecido no Estado de Sergipe nessa situação. Estaria correta a assertiva do defendente se a operação tivesse sido processada com o adquirente da mercadoria, no caso específico a Empresa Maisorvete Ltda., em situação regular no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, que se poderia aplicar as disposições do Convênio ICMS 81/93, mais especificamente o pagamento do imposto, observando os termos da Cláusula 7ª, em especial o § 2º, 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)

Com tal, além da operação ter sido efetivada com Contribuinte estabelecido no Estado da Bahia em situação irregular, não se vê no DANFE nº 5468(fl. 07), qualquer indicio de que houvera aplicado o regramento do Regime de Substituição Tributária do Protocolo ICMS 20/05, em que a operação está acobertada, pois não há destaque do valor do ICMS devido por substituição no DANFE objeto da autuação, nem tampouco se observa nos autos nenhuma GNRE que comprove o recolhimento de qualquer valor do imposto devido por substituição tributária ao Estado destinatário, efetuado pelo remetente da mercadoria.

Não obstante as considerações ate aqui expostas, 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 retido e recolhido a menor aos cofres do Estado da Bahia, relativo às operações internas subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Na realidade, não há operação de venda de mercadoria pelo sujeito passivo na presente autuação e sim uma operação de aquisição de mercadorias, sujeitas a Substituição Tributária, em que é devido o pagamento do ICMS por antecipação (ICMS ST) relativo ao imposto correspondente à operação ou as operações de vendas subseqüentes, por conta da sua situação cadastral irregular de descredenciamento (art. 332, III, “d”).

Portanto o que se constata no presente PAF é a pretensão de exigência de ICMS ST devido e não recolhido ao Estado da Bahia, referente às mercadorias constantes do DANFE nº 5468 acostado à fl. 07 dos autos, oriundas do Estado de Sergipe e destinadas a contribuinte em situação cadastral irregular neste Estado, enquadradas no regime de substituição tributária, conforme Protocolo ICMS 20/05, em que o recolhimento do imposto deve ser efetuado antes da entrada no território deste Estado, o que não ocorreu.

Logo, 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. 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.

Entretanto, com fundamento no art.156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, em Auditoria do Comércio, a salvo de falha acima apontada, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, conforme o demonstrativo de débito acostado à fl. 02 dos autos, observando a correção que deve ser efetuada na coluna do crédito concedido, conforme anteriormente destacado.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **129106.0077/13-3**, lavrado contra **MAISORVETE LTDA**. Representa-se à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, em Auditoria do Comércio, a salvo de falha acima apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA