

A. I. Nº - 293873.1206/13-0
AUTUADO - GIROCAMP – DESCARTÁVEIS LTDA.
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA BITTENCOURT NERI
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 23.07.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0142-04/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. EXIGÊNCIA DO ICMS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BEM DESTINADO AO ATIVO FIXO. Infração não contestada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Efetuadas correções na apuração do imposto devido. Infrações parcialmente subsistentes. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADA DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL NO ESTABELECIMENTO SEM REGISTRO FISCAL. MULTA. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações reconhecidas como procedentes. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Em relação às remessas recebidas em transferência, o autuado, na condição de filial atacadista, era responsável pela retenção do ICMS devido por substituição tributária, e não pela falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária. Essa divergência entre a infração apurada e a descrita no Auto de Infração acarreta a nulidade da autuação quanto a essas citadas remessas, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Quanto às aquisições efetuadas junto a terceiros, a existência de acordos interestaduais prevendo a retenção do imposto pelo remetente, acarreta a nulidade da exigência fiscal por ilegitimidade passiva, nos termos do art. 18, IV, “b”, do RPAF/99. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/06/13, exige ICMS no total de R\$214.899,79 e multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$ 315.938,44, em razão de:

Infração 1 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, no mês de maio de 2005. Foi lançado imposto no valor de R\$ 13.652,38, acrescido de multa de 60%.

Infração 2 – Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas à

comercialização, no período de dezembro de 2008 a junho de 2010. Foi lançado imposto no valor de R\$ 82.060,17, mais multa de 60%.

Infração 3 – Recolheu a menos ICMS devido por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização, nos meses de janeiro, fevereiro e junho de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 2.893,11, acrescido de multa de 60%.

Infração 4 – Deu entradas no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no período de julho de 2009 a junho de 2010. Foi indicada multa por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$ 309.562,93, equivalente a 10% do valor das mercadorias não registradas.

Infração 5 – Deu entradas no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no período de setembro de 2009 a setembro de 2010. Foi indicada multa por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$ 6.375,51, equivalente a 1% do valor das mercadorias não registradas.

Infração 6 – Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97, no período de março de 2008 a fevereiro de 2010. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 116.294,13, mais multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 331 a 347) e, após efetuar uma descrição dos fatos, reconhece como procedente a infração 1 e impugna as demais, conforme relatado a seguir.

Preliminarmente suscita a nulidade da infração 6 por ilegitimidade passiva, pois considera que o ICMS devido por substituição tributária deveria ter sido recolhido pelos remetentes, uma vez que o Estado da Bahia é signatário dos seguintes acordos interestaduais: Convênio ICMS 74/94, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química; do Protocolo ICMS 104/09, referente às operações com materiais de construção, acabamento bricolagem ou adorno; e Protocolo ICMS 106/09, que trata das operações com material de limpeza. Sustenta que, nos termos do art. 371 do RICMS-BA/97, somente na hipótese de não existir convênio ou protocolo com a unidade federada de origem prevendo a retenção do imposto, é que o estabelecimento baiano deveria efetuar o pagamento do ICMS relativamente à operação própria e às subsequentes. Apresenta às fls. 339 e 340 uma tabela na qual relaciona notas fiscais listadas na autuação, NCMs de mercadorias e os correspondentes convênios ou protocolos. Aduz que o disposto no art. 18, IV, “b”, do RPAF/99, prevê que é nulo o lançamento de ofício em que se configure ilegitimidade passiva.

Argui a decadência do direito de constituição do crédito tributário referente à infração 6 no que tange aos fatos geradores ocorridos no mês de março de 2008, pois considera que a contagem do prazo decadencial deve ser feito nos termos do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional.

Quanto às infrações 2 e 3, diz que celebrou Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, previsto no Decreto 7799/00, que lhe assegura o direito de recolher o ICMS com redução de base de cálculo de 41,176%, conforme detalhado no “Doc. 01” (fls. 355 e 356). Afirma que, com amparo no art. 352-A, §2º, do RICMS-BA/97, a citada redução da base de cálculo também deve ser observada na apuração da antecipação parcial. Cita exemplo numérico visando demonstrar a veracidade de seu argumento. Diz que como o benefício implica redução da alíquota efetiva de 17% para 10%, não há ICMS devido por antecipação parcial a recolher.

Impugna as infrações 4 e 5 sob o argumento de que não efetuou as aquisições que foram relacionadas na autuação.

No que tange ao mérito da infração 6, afirma que os estabelecimentos rementes das Notas Fiscais n^{os} 2493, 4588, 6498 e 6674 (fls. 358 a 361) efetuaram a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

Sustenta que o ICMS exigido pelo autuante contempla o imposto da operação própria, o qual diz que foi destacado e recolhido tempestivamente. Como prova desse argumento, às fls. 363 a 378, anexa fotocópia de notas fiscais de sua emissão, com destaque do ICMS próprio. Diz que a manutenção da exigência fiscal implica enriquecimento sem causa do Estado. Cita farta doutrina.

Prosseguindo, discorre sobre os princípios da legalidade e da verdade material e transcreve doutrina e dispositivos legais. Diz que, no caso das infrações contestadas, esses citados princípios não foram observados pela autuante. Ao finalizar, solicita que as infrações impugnadas sejam canceladas.

A autuante presta a informação fiscal (fls. 382 e 383) e, quanto à infração 2, afirma que em relação a algumas notas fiscais não concedeu o desconto previsto no termo de acordo de atacadista. Refez o cálculo do imposto e, em consequência, foram retificadas as parcelas referentes aos seguintes meses: a) em dezembro de 2008, o débito passou de R\$ 354,68 para R\$ 121,61; b) no mês de fevereiro de 2009, o débito no valor de R\$ 79,68 foi elidido.

Relativamente à Infração 3, também reconhece que quanto a algumas notas fiscais não considerou o desconto a que o autuado fazia jus. Refez a apuração do imposto, corrigindo as parcelas mensais devidas nos seguintes meses: a) janeiro de 2009, o débito passou de R\$ 553,41 para R\$ 62,60; b) no mês de fevereiro de 2009, o débito no valor de R\$ 161,99 foi elidido; c) junho de 2009, o débito de R\$ 2.177,71 passou para R\$ 171,87.

Quanto às infrações 4 e 5, manteve a autuação em sua totalidade.

No que tange à infração 6, afirma que o fornecedor de CNPJ 53.346.524/0001-03 apenas em 13/03/13 assumiu a condição de substituto tributário, conforme documento acostado à fl. 460. Ressalta que os demais fornecedores não são substitutos tributários e nem fizeram recolhimentos por meio de GNRE, consoante se depreende dos documentos de fls. 463, 464, 475, 476, 480 e 481.

Ao concluir, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Consta à fl. 491, solicitação do autuado de documento de arrecadação das multas indicadas nas infrações 4 e 5, com a redução prevista na Lei 12.903/13.

Notificado acerca da informação fiscal, fls. 488 e 493, o autuado não se pronunciou.

Às fls. 495 a 498, foram acostados extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) referentes a pagamento da parte do Auto de Infração reconhecida, pelo autuado, como procedente.

À fl. 502, foi anexada petição do autuado, na qual é informada a desistência da defesa quanto às infrações 4 e 5, mantendo a impugnação quanto às infrações 2, 3 e 6. Às fls. 504 e 505, constam comprovantes de pagamento dos valores exigidos nas infrações 4 e 5.

Após apreciação em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência à INFAZ Feira de Santana, fl. 517, para que a autuante subdividisse o demonstrativo de débito referente à infração 6 em dois: um com os débitos decorrentes de remessas oriundas do estabelecimento matriz; outro com os débitos referentes aos demais fornecedores.

A diligência foi atendida, tendo a autuante apresentado os dois demonstrativos no CD-ROM anexado à fl. 522. Notificado do resultado da diligência, o autuado não se pronunciou.

VOTO

Preliminarmente foi suscitada a nulidade da autuação quanto à infração 6 por ilegitimidade passiva, sob o argumento de que havia acordo interestadual prevendo a retenção do ICMS devido por substituição tributária pelo remetente das mercadorias em questão.

Quanto às remessas recebidas em transferências, não há a ilegitimidade passiva arguida na defesa, pois o artigo 355 do RICMS-BA/97 prevê que não se fará a retenção ou antecipação do ICMS

nas aquisições provenientes de outras unidades da Federação, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado.

Por seu turno, o inciso I desse citado artigo 355 atribui ao estabelecimento filial atacadista destinatário a responsabilidade pela “retenção” do imposto referente às operações internas subsequentes. Assim, em relação às remessas em transferências, a infração cometida pelo autuado foi falta de “retenção” do imposto referente às operações internas subsequentes, diferentemente da falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação tributária que lhe foi imputada. Ressalto que essas infrações possuem multas de 60% capituladas em diferentes alíneas ao inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96: alínea “e”, para a falta de retenção; alínea “d”, para a falta de recolhimento da antecipação tributária.

Dessa forma, em relação às remessas recebidas em transferência, a divergência entre a infração descrita no Auto de Infração (falta de recolhimento da antecipação tributária) e a que se depreende da autuação (falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária) traz insegurança na determinação da infração e, em consequência, macula de nulidade a exigência fiscal, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Já no que tange às mercadorias adquiridas de terceiros, tendo em vista a existência de acordo interestadual que atribuía ao remente a obrigação de efetuar a retenção do imposto, não havia como se exigir do autuado, no período abarcado pela infração em tela, o ICMS que deixou de ser recolhido pelo remetente das mercadorias, sob pena de se incidir em ilegitimidade passiva, nos termos do art. 18, IV, “b”, do RPAF/99.

De acordo com a legislação vigente à época, o imposto que era devido pelo remetente das mercadorias somente poderia ser exigido do autuado por responsabilidade supletiva, o que não foi feito no presente lançamento de ofício. Saliento que apenas a partir de 31/03/10, com a entrada em vigor da Lei nº 11.899, foi acrescentado ao *caput* do art. 6º da Lei nº 7.014/96 o inc. XV, que atribui a responsabilidade solidária pelo pagamento do ICMS e dos acréscimos legais ao *“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”*.

Em face ao acima exposto, a infração 6 é nula por insegurança na determinação da infração (quanto às remessas em transferência) e por ilegitimidade passiva (quanto às aquisições realizadas em estabelecimentos de outras empresas).

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que seja providenciado o refazimento da ação fiscal referente à infração 6, a salvo de falhas.

A apreciação da arguição de decadência quanto à infração 6 fica prejudicada ante a decretação da nulidade dessa referida infração.

Adentrando ao mérito da lide, ressalto que as infrações 1, 4 e 5 foram expressamente reconhecidas como procedentes, tendo o autuado inclusive efetuado o pagamento correspondente. Dessa forma, em relação a esses itens do lançamento não há lide e, portanto, são totalmente procedentes.

Quanto às infrações 2 e 3, o autuado afirma que não foi observada a redução de base de cálculo de 41,176% prevista no Dec. 7.799/00. Na informação fiscal, a autuante reconheceu que em alguns meses não tinha considerado a citada redução de base de cálculo e refez a apuração do imposto devido nessas duas infrações, modificando os valores devidos nos meses de dezembro de 2008 e fevereiro de 2009 (infração 2) e janeiro, fevereiro e junho de 2009 (infração 3). Notificado acerca da informação fiscal, o autuado não se pronunciou.

Acolho as correções efetuadas pela autuante na informação fiscal, pois os elementos probantes acostados ao processo comprovam o acerto dessas retificações e, além disso, as correções efetuadas não foram contestadas pelo autuado.

Dessa forma, a infração 2 subsiste parcialmente no valor de R\$ 81.747,42, conforme apurado pela autuante na informação fiscal, consoante demonstrado a seguir:

INFRÇÃO 2			INFRÇÃO 2 (continuação)		
Data Ocorr.	Valor Lançado	Valor Devido	Data Ocorr.	Valor Lançado	Valor Devido
31/12/2008	354,68	121,61	30/11/2009	10.173,40	10.173,40
28/02/2009	79,68	0,00	31/12/2009	10.119,58	10.119,58
31/05/2009	2.526,88	2.526,88	31/01/2010	13.287,39	13.287,39
30/06/2009	364,26	364,26	28/02/2010	3.043,59	3.043,59
31/07/2009	1.151,60	1.151,60	31/03/2010	2.247,61	2.247,61
31/08/2009	651,27	651,27	30/04/2010	1.998,37	1.998,37
30/09/2009	11.634,46	11.634,46	30/06/2010	515,96	515,96
31/10/2009	23.911,44	23.911,44	Total	82.060,17	81.747,42

Por seu turno, a infração 3 subsiste parcialmente, no valor de R\$ 234,47, conforme apurado pela autuante na informação fiscal, consoante demonstrado a seguir:

INFRÇÃO 3		
Data Ocorr.	Valor Lançado	Valor Devido
31/01/2009	553,41	62,60
28/02/2009	161,99	0,00
30/06/2009	2.177,71	171,87
Total	2.893,11	234,47

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor total de R\$ 411.572,71, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **293873.1206/13-0**, lavrado contra **GIROCAMP – DESCARTÁVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no total de **R\$ 95.634,27**, acrescido de multas de 60%, previstas no art. 42, II, “f” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e de multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor total de **R\$ 315.938,44**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo artigo e lei, mais os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

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, 16 de julho de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA