

A. I. N° - 281066.0008/13-0
AUTUADO - MB IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTES - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LÚCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 20.08.2014

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0164-04/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RETIDO. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte; **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O autuado é o contribuinte substituto para a obrigação de efetuar a retenção e o recolhimento do imposto, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, definido através de acordos interestaduais firmados entre os Estados envolvidos nas operações. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/12/2013, exige ICMS no valor de R\$47.094,86, em decorrência do cometimento das seguintes irregularidades:

1. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo exigido ICMS no valor de R\$21.542,49, mais multa de 150%. Consta que o autuado não recolheu o ICMS-ST retido constante nas notas fiscais no Anexo 2.1.
2. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.638,01, mais multa de 60%. Consta que o autuado deixou de efetuar a retenção nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 3.1, sendo esta retenção prevista no Convênio nº 110/07.
3. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.351,61, mais multa de 60%. Consta que o autuado deixou de efetuar a retenção nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 3.1, sendo esta retenção prevista no Protocolo nº 26/10.
4. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo exigido ICMS no valor de R\$22.562,75, mais multa de 60%. Consta que o autuado deixou de efetuar a retenção nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 3.1, sendo esta retenção prevista no Protocolo nº 41/08.

O autuado apresentou defesa (fls. 165 a 171) e, após efetuar uma síntese dos fatos, afirma que a autuação não pode subsistir porque não houve qualquer lesão ao Erário Estadual. Menciona que é contribuinte do ICMS devido por substituição tributária (ICMS-ST) incidente sobre algumas mercadorias, conforme convênios celebrados entre os Estados de Minas Gerais e Bahia, tendo sempre diligenciado no sentido de bem cumprir as suas obrigações perante o Poder Público. Tece considerações acerca do regime de substituição tributária.

Referindo-se à infração 1, afirma que vendas relacionadas às Notas Fiscais nºs 1323, 5142 e 5830 foram devolvidas, tendo sido emitidas as Notas Fiscais de Entrada nºs 77259, 5913 e 7834. Quanto à Nota Fiscal nº 5913, sustenta que não é devido ICMS-ST, pois esse documento fiscal é atinente a uma operação de entrada.

No que tange à infração 2, ressalta que o regime de substituição tributária nas operações interestaduais depende de acordo entre os Estados envolvidos. Em seguida, frisa que os produtos de códigos 110772 e 103323 não estão sujeitos ao regime de substituição tributária, uma vez que não há protocolo ou convênio prevendo a retenção do imposto.

Relativamente à infração 3, diz que o Protocolo ICMS 26/10, no qual se fundamentou essa infração, trata da substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno. Explica que, conforme os seus atos constitutivos, tem como objeto social o “comércio atacadista, a importação e a exportação de pneumáticos e seus acessórios, veículos e suas partes, peças e acessórios para motocicletas e bicicleta e transporte rodoviário de cargas, podendo ainda participar de outras sociedades”. Ressalta que jamais comercializou produtos de construção e, em seguida, afirma que a autuação não subsiste, pois está fundamentada em um protocolo que não se aplica às mercadorias que comercializa, quais sejam, peças para bicicleta.

Menciona que, caso a presente infração fosse embasada no Convênio 41/08, ainda assim a exigência fiscal não subsistiria, pois os produtos listados em tal convênio são peças, componentes e acessórios para motocicletas, mercadorias que não comercializa. Após transcrever a cláusula primeira do Convênio 41/08, destaca que as mercadorias vendidas para adquirentes localizados no Estado da Bahia, conforme as notas fiscais, não constam no anexo desse citado convênio e, portanto, foram incorretamente autuadas.

Ao finalizar, o autuado pede que seja decretada a improcedência da autuação.

As autuantes prestam a informação fiscal (fls. 306 a 309) e, inicialmente, ressaltam que a simples negativa do cometimento das infrações não desonera o sujeito passivo da legitimidade da autuação fiscal. Frisam que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância dos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, bem como mencionam que a autuação está fundamentada em convênios e protocolos firmados entre as unidades da Federação.

Quanto à infração 1, acolhem o argumento defensivo exceto quanto à Nota Fiscal nº 77259, pois foi emitida em 21/03/14, após a lavratura do Auto de Infração. Dessa forma, refizeram a apuração do imposto devido, excluindo os débitos correspondentes às Notas Fiscais nºs 5913 e 5830, passando o valor devido nessa infração para R\$ 19.820,93, conforme demonstrativo à fl. 311.

No que tange à infração 2, mantêm a exigência fiscal sob o argumento de que esse item do lançamento está pautado no Convênio ICMS 110/07, com vigência desde 01/07/08 e do qual todos as unidades federadas são signatárias.

Relativamente à infração 3, sustentam que o autuado não pode alegar que não comercializa produtos que não fazem parte do Protocolo ICMS 26/10 (materiais de construção), já que as informações que foram utilizadas constavam nas notas fiscais eletrônicas por ele emitidas.

Ao finalizar, sugerem que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, no valor de R\$ 45.373,30, com a retificação da infração 1.

O autuado foi notificado acerca do resultado da informação fiscal e recebeu cópia do demonstrativo elaborado pelas autuantes, fls. 313 e 314, porém não se pronunciou.

VOTO

Conforme já relatado, trata o Auto de Infração em exame de quatro ilícitos fiscais imputados ao autuado, todos elas referentes a ICMS devido por substituição tributária.

Inicialmente, ressalto que não vislumbro no Auto de Infração qualquer vício ou falha capaz de inquiná-lo de nulidade. As infrações foram descritas com clareza e precisão e os dispositivos que fundamentaram a autuação foram corretamente indicados. O direito à ampla defesa e ao contraditório foi respeitado, conforme se depreende das razões e provas trazidas pelo autuado em sua impugnação. Não ocorreu, portanto, qualquer das hipóteses previstas no RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.697/99) capaz de determinar a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, quanto à infração 1, o defendant sustentou que vendas referentes às Notas Fiscais nºs 1323, 5142 e 5830 tinham sido devolvidas, conforme as Notas Fiscais de Entradas nºs 77259, 5913 e 7834. Na informação fiscal, as autuantes acataram o argumento defensivo, exceto quanto à Nota Fiscal de Entrada nº 77259. A apuração do imposto foi retificada, tendo sido o autuado notificado dessa correção.

Agiram de forma acertada as autuantes quando não acataram a Nota Fiscal de Entrada nº 77259 como prova da devolução das mercadorias ali consignadas, uma vez que essa nota fiscal tinha sido emitida em 10/03/14, portanto, após a lavratura do Auto de Infração. Quanto às demais notas fiscais, as autuantes efetuaram as retificações devidas, inclusive, excluindo o débito referente à Nota Fiscal nº 5913, que tinha sido equivocadamente lançada no demonstrativo de fl. 17 como se tratasse de uma operação de saída.

Considerando que o autuado foi notificado acerca das correções efetuadas pelas autuantes e não se pronunciou, interpreto esse silêncio como o reconhecimento tácito do acerto das retificações efetuadas pelas autuantes na informação fiscal. Assim, com fulcro no art. 140 do RPAF/99 - *O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas* -, acolho o resultado da informação fiscal e julgo a infração 1 procedente em parte, no valor de R\$ 19.820,93, conforme apurado pelas autuantes, ficando o demonstrativo de débito consoante o apresentado à fl. 311.

Quanto à infração 2, o autuado sustenta que para os produtos de códigos 110772 e 103323 não há convênio ou protocolo que o obrigue a efetuar a retenção do imposto.

Conforme a planilha de fls. 23 e 24 e cópia das notas fiscais às fls. 203 a 302, os produtos de códigos 110772 e 103323 são, respectivamente, “ÓLEO 4T 10W-30 API” e “ÓLEO 4T 20W-50 API”, sendo que esses produtos estão classificados na NCM 27101932.

De acordo com a cláusula primeira, inciso V, do Convênio 110/07, o remetente de óleos lubrificantes da NCM 2710.19.3 estão obrigados a efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS-ST em favor da unidade federada de destino, conforme transcreto a seguir:

Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir ao remetente de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a seguir relacionados, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM -, situado em outra unidade da Federação, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que o remetente estiver realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário:

V - óleos lubrificantes, 2710.19.3

Dessa forma, o argumento defensivo não se mostra capaz de elidir a acusação imputada ao autuado e, em consequência, a infração 2 subsiste em sua totalidade.

Relativamente à infração 3, o autuado afirma que não comercializa com materiais de construção e, portanto, não lhe pode ser aplicado o previsto no Protocolo ICMS 26/10, que fundamentou a infração em comento. Com esse mesmo entendimento e ainda em relação à infração 3, o autuado faz alusão ao Convênio ICMS 41/08.

Esse argumento defensivo não procede, pois as notas fiscais eletrônicas relacionadas na autuação foram emitidas pelo autuado e nelas estão relacionadas mercadorias tratadas no Protocolo ICMS 26/10. O fato de as mercadorias não serem do ramo de atividade do defendanté não é argumento capaz de elidir a autuação, pois a sujeição passiva prevista nesse citado Protocolo independe do ramo de atividade desempenhado pelo contribuinte remetente.

Quanto ao Convênio ICMS 41/08, que trata da substituição tributária nas operações com peças, componentes e acessórios para veículos automotores, a tese esposada na defesa não procede, pois as notas fiscais eletrônicas emitidas pelo autuado se reportam a esses produtos, sendo irrelevante o fato de o autuado comercializar com peças para bicicletas. A sujeição passiva prevista no Convênio ICMS 41/08 está relacionada à operação efetuada pelo contribuinte remetente das mercadorias em questão.

Em face ao acima exposto, a infração 3 subsiste integralmente.

Observo que o autuado não fez em sua defesa referência expressa à infração 4, apesar de ter feito alusão ao Convênio ICMS 41/08, o qual embasou essa infração. Conforme já explicado na infração anterior, o fato de o autuado comercializar com peças para bicicletas não o isenta da obrigação de efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS-ST em favor da unidade federada de destino. Dessa forma, a infração 4 também é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar a infração 1 procedente em parte, e as infrações 2, 3 e 4 procedentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281066.0008/13-0, lavrado contra **MB IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$45.373,30**, acrescido das multas de 150% sobre R\$ 19.820,93 e de 60% sobre R\$25.552,37, previstas no artigo 42, V, “a”, e II, “e”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2014.

PAULO DANILLO REIS LOPES – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR