

PROCESSO - A. I. Nº 494757.1020/14-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - REEBOK PRODUTOS ESPORTIVOS BRASIL LTDA
RECURSO - RECURSOS DE OFÍCIO –Acórdão 1ª JFJ nº 0086-01/15
ORIGEM - IFMT/DAT NORTE
INTERNET - 11/09/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0277-12/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO, NA AQUISIÇÃO DAS MERCADORIAS. A desoneração procedida pela primeira instância decorre da comprovação de que foi exigido pagamento antecipado do imposto na entrada das mercadorias, quando o Regime Especial concedido ao Autuado lhe atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento, nas saídas internas subsequentes, consoante previsto no art.7º - B do Decreto nº 7.799/2000. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0086-01/15, ter desonerado o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 29/10/2014 para reclamar ICMS no valor de R\$130.984,64, acrescido da multa de 60%, em decorrência de imputação ao autuado da seguinte irregularidade: falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS/BA adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado. Consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração: “Mercadorias da substituição tributária adquirida de outra UF, sem o recolhimentos do ICMS referente à antecipação tributária, por contribuinte DESCRENCIADO conforme DANFE(s) nº. 94403, 94405, 94407 e 94409. Apesar do contribuinte possuir Regime Especial para recolhimento do ICMS por retenção nas saídas subsequentes, Artigo 7º -B do Decreto 7799/2000, deixou de cumprir com um requisito deste, no que concerne ao descrito no parágrafo único, inciso “IV – não possuir débito inscrito em Dívida Ativa”, fato corroborado pelo extrato em anexo de 29/10/2014, ocorrendo a revogação tácita do regime referido, tendo como consequência efetuar o pagamento do ICMS por antecipação, na condição de substituído ou seja, antes da entrada neste Estado, por força do descredenciamento. E como prova do ilícito fiscal, foi feito à apreensão das mercadorias e dos documentos fiscais.”

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 1ª JFJ, que decidiu, por unanimidade, pela Improcedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária ou do percurso sobre mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, adquiridas para comercialização, noutra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado. Segundo a acusação fiscal trata-se de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, adquiridas noutro Estado sem o recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária, sendo que, apesar de o autuado ser detentor de Regime Especial para recolhimento do ICMS por retenção nas saídas subsequentes, na forma do artigo 7º -B do Decreto 7.799/2000 deixou de cumprir

com um requisito deste, no que concerne ao disposto no parágrafo único, inciso IV, ou seja, não possuir débito inscrito em Dívida Ativa, o que resultou na revogação tácita do Regime Especial.

Inicialmente, cabe-me apreciar a arguição defensiva de relação de prejudicialidade entre o Auto de Infração em exame (AI N° 494757.1020/14-9) e o Auto de Infração n° 209470.0003/12-5, em face de suspensão liminar do crédito tributário inscrito.

Alega o autuado que ao tomar ciência da inscrição em Dívida Ativa do débito indicado no Auto de Infração n° 209470.0003/12, o que se deu no momento da lavratura do presente Auto de Infração, impetrou mandado de segurança visando, mediatamente, a desconstituição do crédito tributário relativo ao Auto de Infração n° 209470.0003/12-5, e, imediatamente, a suspensão da sua exigibilidade.

Informa que em decisão proferida no dia 12/11/2014, o juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, nos autos do Mandado de Segurança n° 0563523-23.2014.8.05.0001, suspendeu a exigibilidade do crédito tributário constituído pelo Auto de Infração n° 209470.0003/12-5.

Sustenta que a suspensão da exigibilidade obtida através da impetração do MS n° 0563523-23.2014.8.05.0001 não tem como efeito apenas impedir a tentativa do Estado da Bahia de cobrar o débito questionado, mas também afeta todos os atos praticados por sua Administração que tiveram como fundamento a alegada exigibilidade do crédito tributário.

Aduz que desse modo, a despeito da autuação ora contestada ter ocorrido em momento no qual o crédito tributário estava em condição de exigibilidade plena, resta evidente que, se ao final do MS n° 0563523-23.2014.8.05.0001 entender o Poder Judiciário da Bahia, como espera, que o crédito tributário contestado há de ser constituído, é evidente que os efeitos de tal desconstituição serão observados desde a data da lavratura do Auto de Infração n° 209470.0003/12-5.

Afirma que pode ser dito, dessa forma, que todo e qualquer ato contra si praticado que tenha como fundamento o Auto de Infração n° 209470.0003/12-5 haverá de ser desconstituído, haja vista que sustentado em ato administrativo desprovido de validade.

Diz ser evidente que não tivesse obtido a medida liminar pleiteada nos autos do MS n° 0563523-23.2014.8.05.0001, não haveria qualquer razão para suspender o curso do presente processo. Entretanto, considerando que atualmente existe decisão judicial que reconhece a fumaça do bom direito invocada, é imperioso o reconhecimento da relação de prejudicialidade existente entre esse processo administrativo e aquele processo judicial.

Alega que se a ordem pleiteada em juízo for concedida, há de se reconhecer que o crédito tributário estampado no Auto de Infração n° 209470.0003/12-5 jamais poderia ter sido lavrado e, portanto, não teria dado causa à aplicação do art. 7º-B, IV, do Decreto n° 7.799/1999, para o fim de tirar os efeitos do regime especial que lhe fora concedido.

Efetivamente, não vislumbro no caso dos Autos de Infração aduzidos pelo impugnante qualquer relação de prejudicialidade.

Em verdade, o Auto de Infração em exame – AI N° 494757.1020/14-9 – não tem qualquer relação de dependência com o Auto de Infração n° 209470.0003/12-5, ou seja, não foi lavrado com fundamento neste último. Observo que o Auto de Infração n° 209470.0003/12-5 já foi objeto de julgamento no âmbito deste CONSEF tendo sido declarado procedente.

Ademais, conforme consignado pelo próprio autuado, a autuação ocorreu em momento no qual o crédito tributário estava em condição de exigibilidade plena. Ou seja, o Auto de Infração em lide foi lavrado em momento anterior ao Mandado de Segurança impetrado pelo autuado contra o Auto de Infração n° 209470.0003/12-5. Portanto, inexistia qualquer impedimento para que o Auto de Infração em lide fosse lavrado, conforme procedido pela Fiscalização.

Além disso, independentemente da decisão judicial definitiva que venha a ser proferida, é certo que não alcançará o presente Auto de Infração, haja vista que não produzirá efeitos ex nunc, isto é, não retroagirá para alcançar o lançamento de ofício em lide.

Diante disso, não acolho a arguição de prejudicialidade.

No mérito, observo que o autuado alega que, apesar de sua irresignação fundamentada não apenas na própria legislação, que efetivamente não apontava a necessidade de recolhimento nas operações envolvendo a aquisição de calçados, mas também no fato de menos de 1% de suas compras redundarem em saídas internas no Estado da Bahia, o que torna irrazoável qualquer antecipação, optou por apresentar pedido de concessão de regime especial à Secretaria da Fazenda da Bahia, a fim de obter a dispensa de tal recolhimento, em face de vultosas multas que lhe haviam sido aplicadas nos anos de 2010 e 2012, o que foi feito ao final do ano de 2013, com fundamento no art. 7º-B do Decreto n° 7.799/2000.

Salienta que o deferimento do pedido não foi importante apenas para demonstrar que a SEFAZ/BA ficou sensível à sua particular situação, restando claro, pela concessão do regime especial, que a SEFAZ/BA lhe reconhece como contribuinte submetido à substituição tributária na aquisição de calçados, na forma do art.

353, II, 32, RICMS/BA, o que necessariamente atrai a aplicação do disposto no art. 355, II, e art. 371 do mesmo diploma.

Assevera que, de qualquer forma, desde a concessão do regime especial não mais houve qualquer controvérsia a respeito do pagamento antecipado do ICMS, ficando responsável por sua retenção e recolhimento apenas quando da realização de operações internas subsequentes.

Observa que a autuação ocorreu no dia 30/10/2014, momento em que possuía débito tributário inscrito em Dívida Ativa, relativo ao Auto de Infração nº 209470.0003/12-5, de forma que não estaria cumprindo com o requisito do inciso IV do art. 7º-B do Decreto nº 7.799/2000, o que ensejaria a impossibilidade de fruição do regime especial e, conseqüentemente, restabeleceria a necessidade de recolhimento antecipado do ICMS.

Registra que em 11/09/2014 recebeu e-mail da SEFAZ/BA indicando a possibilidade do descredenciamento do regime especial que lhe havia sido concedido, e que diante de tal informação buscou novas informações a respeito do possível descredenciamento a que estaria sujeito caso o débito relativo ao Auto de Infração nº 209470.0003/12-5 fosse inscrito em Dívida Ativa, tendo assim formalizado sua dúvida a respeito do tema ao senhor Jorge Gonzaga, Diretor de Tributação da SEFAZ/BA.

Consigna que, em resposta, o Diretor de Tributação se manifestou no sentido de que o descredenciamento diz respeito ao prazo para pagamento do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, sendo que o prazo para os contribuintes sem pendências fiscais é o dia 25 do mês subsequente às aquisições, os demais devem pagar esse tributo antes da entrada no Estado. Conclusivamente, disse que não se trata do Regime Especial autorizado pelo Parecer nº 28.767/2013 que prevê o não pagamento na aquisição e o pagamento normal nas saídas subsequentes.

Observa que a última interpretação da SEFAZ/BA a respeito da implicação que a inscrição em Dívida Ativa de um débito poderia gerar aponta dois caminhos distintos. Ou seja, de acordo com o entendimento da SEFAZ/BA, o descredenciamento referido no primeiro e-mail enviado a respeito do assunto estaria relacionado com a possibilidade de realização do pagamento do ICMS antecipado no dia 25 do mês subsequente às aquisições efetuadas de outros Estados. Como o regime especial concedido não diria respeito ao prazo para pagamento antecipado, mas sim reconheceria o seu direito a não fazer qualquer antecipação de ICMS e sim recolhê-lo nas operações subsequentes, o descredenciamento estava a esse relacionado.

Ressalta que não está sustentando que tal interpretação decorre do seu entendimento a respeito do tema, mas sim da orientação enviada pela própria SEFAZ/BA em resposta ao questionamento que apresentara. Invoca e reproduz, nesse sentido, o art. 146 Código Tributário Nacional.

Assinala que a SEFAZ/BA proferiu resposta à consulta que formulara informando que a inscrição em Dívida Ativa de um débito não o impediria de seguir dispensado do recolhimento antecipado do ICMS na entrada de bens de outros Estados. Acrescenta que a alteração de tal entendimento se deu apenas no momento da lavratura do presente Auto de Infração, o que certamente é equivocados.

De fato, o caput do art. 7º - B do Decreto nº. 7.799/2000 apresentava a seguinte redação dada pelo Decreto nº 14.812, de 14/11/13, DOE de 15/11/13, no período de 01/12/2013 a 09/06/14, época da formalização do pedido e concessão do regime especial aduzido pelo impugnante:

Art. 7º-B Nos recebimentos de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o estabelecimento comercial atacadista, central de distribuição ou estabelecimento que comercializa mercadorias exclusivamente via internet ou telemarketing, poderá, mediante regime especial, ficar responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequente.

A leitura do transcrito dispositivo legal permite concluir que, efetivamente, o regime especial atribui ao contribuinte a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequentes, significando dizer que este fica desobrigado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na entrada neste Estado.

Certamente se o contribuinte está autorizado mediante regime especial a efetuar na condição de responsável a retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequentes, não há que se exigir o pagamento antecipado em face de descredenciamento, conforme a autuação.

Em verdade, a cláusula quarta do referido Regime Especial expressamente determina que este é válido até 30/11/2015. Já a cláusula quinta estabelece que poderá ser revogado nos casos de: alteração na legislação que o torne conflitante; falta ou atraso no recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nos termos do regime especial; descumprimento de obrigações acessórias que dificultem a fiscalização das operações disciplinadas pelo referido regime especial.

A consulta realizada no Sistema de Controle de Pareceres Tributários da SEFAZ/BA permite constatar que o Regime Especial concedido ao autuado através do Processo nº. 398908/2013-3, Parecer nº. 28.767/2013 se encontra na condição de “DEFERIDO”, inexistindo registro de que tenha sido revogado, estando, desse modo, em plena validade.

Cabe registrar que coaduno com o entendimento manifestado pelo Diretor de Tributação da SEFAZ/BA, Dr. Jorge Luiz Santos Gonzaga (fl.77 dos autos), de que o descredenciamento diz respeito ao prazo para pagamento do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, sendo que o Regime Especial autorizado pelo Parecer nº 28.767/2013 prevê o não pagamento na aquisição e o pagamento normal nas saídas subsequentes.

Diante do exposto, a autuação é insubsistente.

*Voto pela **IMPROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.*

Ante a desoneração do crédito exigido no lançamento fiscal, a 1ª JF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

VOTO

O Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS/BA, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que a fiscalização alegou tratar-se de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, adquiridas noutro Estado sem o recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária, sendo que, apesar de o autuado ser detentor de Regime Especial para recolhimento do ICMS por retenção nas saídas subsequentes, na forma do artigo 7º - B do Decreto 7.799/2000 deixou de cumprir com um requisito deste, no que concerne ao disposto no parágrafo único, inciso IV, ou seja, não possuir débito inscrito em Dívida Ativa.

O autuado arguiu em sua defesa que a SEFAZ/BA proferiu resposta à consulta que formulara informando que a inscrição em Dívida Ativa de um débito não o impediria de seguir dispensado do recolhimento antecipado do ICMS na entrada de bens de outros Estados, pois o Regime Especial que lhe fora concedido lhe reconhece o direito a não fazer qualquer antecipação de ICMS e sim recolhê-lo nas operações subsequentes.

A Decisão de primeiro grau concluiu por unanimidade que, efetivamente, o regime especial atribui ao contribuinte a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequentes, significando dizer, que este fica desobrigado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na entrada neste Estado, não havendo porque se exigir o pagamento antecipado em face de descredenciamento, conforme a autuação.

Observo que em consulta à SEFAZ/DITRI formulada pela Recorrente, nos termos do processo nº 39890820133, fls. 63/64, em decorrência da peculiaridade de suas operações, ou seja, quase a totalidade dos bens que adquire é revendida para clientes localizados em outras unidades da Federação, concluiu que não existe sentido na realização do recolhimento antecipado do ICMS.

Nesse passo, vejo que com o deferimento do pedido, conforme faz prova o documento 02 anexado, Processo nº 39890820133, pela concessão do regime, a SEFAZ/BA lhe reconhece como contribuinte submetido à substituição tributária na aquisição de calçados, na forma do art. 353, II, 32, RICMS/BA, o que necessariamente atrai a aplicação do disposto no art. 355, II, e art. 371 do mesmo diploma.

A consulta realizada no Sistema de Controle de Pareceres Tributários da SEFAZ/BA permite constatar que o Regime Especial concedido ao autuado através do Parecer nº 28.767/2013 se encontra na condição de “DEFERIDO”, inexistindo registro de que tenha sido revogado, estando, desse modo, em plena validade.

Registro que o entendimento manifestado no citado Parecer é de que o descredenciamento diz respeito ao prazo para pagamento do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, sendo que o Regime Especial autorizado pelo Parecer nº 28.767/2013 prevê o não pagamento na aquisição e o pagamento normal nas saídas subsequentes.

Pelo exposto, constato que a desoneração do valor lançado no auto de infração foi procedida pela primeira instância, porquanto a autuada comprovou que em regular processo de Consulta realizada à DITRI/SEFAZ, o multicitado Parecer é conclusivo no sentido da inocorrência da obrigação do pagamento antecipado do imposto na entrada das mercadorias.

Considero correta a Decisão ora recorrida e NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **4947571020/14-9**, lavrado contra **REEBOK PRODUTOS ESPORTIVOS BRASIL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS