

PROCESSO - A. I. Nº 293873.1206/13-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GIROCAMP – DESCARTÁVEIS LTDA.
RECORRIDOS - GIROCAMP – DESCARTÁVEIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0142-04/14
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/05/2016

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0071-12/16

EMENTA: ICMS. 1. 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. 2. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 4ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário que originariamente lhe foi imputado, tudo a rigor do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto lavrado em 12/06/2013 decorre de seis infrações, sendo motivadoras do Recurso Voluntário as infrações 2 e 3, e motivadoras do Recurso de Ofício as infrações 2, 3 e 6, vez que as infrações 1, 4 e 5 foram reconhecidas pelo Contribuinte, como segue:

***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 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%.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 4ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que são parcialmente procedentes as infrações 2 e 3, e nula a infração 6, como segue:

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 fez 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		
Data Ocorr.	Valor Lançado	Valor Devido
31/12/2008	354,68	121,61
28/02/2009	79,68	0,00
31/05/2009	2.526,88	2.526,88
30/06/2009	364,26	364,26
31/07/2009	1.151,60	1.151,60
31/08/2009	651,27	651,27
30/09/2009	11.634,46	11.634,46
31/10/2009	23.911,44	23.911,44

INFRÇÃO 2 (continuação)		
Data Ocorr.	Valor Lançado	Valor Devido
30/11/2009	10.173,40	10.173,40
31/12/2009	10.119,58	10.119,58
31/01/2010	13.287,39	13.287,39
28/02/2010	3.043,59	3.043,59
31/03/2010	2.247,61	2.247,61
30/04/2010	1.998,37	1.998,37
30/06/2010	515,96	515,96
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.

A Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da Decisão que prolatou, enquanto que a empresa autuada, regularmente cientificada da Decisão proferida em primeiro grau de julgamento administrativo, interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionado às fls. 554 a 562.

Irresignado com a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, o Sujeito Passivo, após relato dos fatos e dos atos processuais, diz que merece reforma a Decisão de piso, para que sejam canceladas as imputações expressas nas infrações 2 e 3.

Relativamente às referidas infrações, diz da redução da base de cálculo não considerada pela fiscalização e do excesso de critérios subjetivos aplicados pelo autuante. Nessa linha, afirma que firmou Termo de Acordo junto à SEFAZ-Ba, com fundamento no Decreto nº 7.799/2000, o que lhe garante o direito de recolher o ICMS com a redução de base de cálculo em 41,176%.

Registra que por tal motivo, com amparo no artigo 352-A, § 2º, do RICMS vigente à época das operações, a redução da base de cálculo prevista no Termo de Acordo também deve ser observada na apuração da antecipação prevista no referido artigo, fato que implica na redução da alíquota efetiva de 17% para 10%, sabido que diante de tal fato, não teria ICMS por antecipação a recolher.

Assevera que apesar de reduzido os valores das exigências contidas nas infrações 2 e 3, a análise da planilha denominada “*Totalização Parcial*” do arquivo “2008 *ESCRITURADAS PARCIAL E TOTAL*” (CD entregue para o recorrente no momento da ciência do Auto de Infração) mostra que a redução da base de cálculo prevista no Termo de Acordo não teria sido devidamente observada pelo Fisco. Dá exemplo da nota fiscal nº 105.123 de 12/2008.

Discorrendo em torno da ofensa ao princípio da motivação, assevera que seria imprescindível que a auditora fiscal tivesse especificado o critério e os motivos que embasaram a modificação de apenas alguns períodos da autuação e não todos os períodos da autuação.

Por derradeiro, requer que seja parcialmente reformada a Decisão proferida pela Junta, a fim de que sejam canceladas as exigências mantidas nas infrações 2 e 3.

Às fls. 567/569, o Dr. José Augusto Martins Junior, Procurador da PGE/PROFIS, exarou opinativo no sentido de que o feito fosse convertido em diligência para que o autuante prestasse os esclarecimentos necessários do demonstrativo, explicitando as operações em que não teria sido aplicada a redução da base de cálculo.

Levado em pauta suplementar do dia 23/03/2015, entenderam os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal por converter o feito em diligência à INFAZ de Origem – Autuante, nos seguintes termos:

1. *Esclareça quais operações não se sujeitaram à aplicação da redução da base de cálculo do ICMS, indicando as notas fiscais correspondentes;*
2. *Elabore demonstrativo analítico que consubstancie o demonstrativo colacionado às fls. 391;*
3. *Caso verifique, após atendimento dos itens 1 e 2, que foram apuradas diferenças, montar novo demonstrativo coma a clara definição do quanto passível de exigência fiscal.*

Por meio de Informação Fiscal, o autuante à fl. 576, em resposta à diligência requerida assim se expressou:

Atendendo à diligência do processo em epígrafe, refiz as planilhas, esclarecendo:

1- Todas as operações estavam sujeitas à aplicação da redução da base de cálculo. No entanto, conforme os demonstrativos fls. 577 a 602 não tinha considerado a referida redução em algumas notas, na informação fiscal foi acatada. Foram elaboradas novas planilhas de forma a demonstrar com mais clareza os valores alterados.

2- A planilha da pag. 391 do PAF - foi elaborado demonstrativo analítico, fls. 577 a 647 - Infração 02 e fls. 649 a 654 - Infração 03.

3- As diferenças apuradas - estão demonstradas, conforme fl. 648 - Infração 02 e fl. 655 - Infração 03.

Regularmente intimados do resultado da diligência, o recorrente não se manifestou.

Às fls. 671/672, o Dr. José augusto Martins Junior, Procurador da PGE/PROFIS, se manifesta em Parecer conclusivo opinando pelo Parcial Provimento do Recurso Voluntário com base nos elementos trazidos em sede de Informação Fiscal de fls. 575/654.

VOTO

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário, o primeiro interposto pelos julgadores da 5ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0142-04/14 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o mesmo acórdão de primeiro grau, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido.

O Auto de Infração é composto seis infrações, contudo objeto dos Recursos Voluntario e de Ofício são as infrações 2, 3 e 6, cujas acusações são de haver deixado de efetuar o recolhimento e recolhido a menos o ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização, além de ter deixado 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.

O Sujeito Passivo, em sua razões, aduz que em que pese o autuante haver lhe exonerado de parte da exigência fiscal derivada das infrações 2 e 3, considerando e reconhecendo o seu direito a redução de base de cálculo de 41,176% prevista no Decreto nº 7.799/00, deixou de considerar operações que gozam da mesma redução.

A análise dos autos, sobretudo a informação fiscal derivada da diligência requerida por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, conduz à conclusão de que não assiste razão ao Recorrente, certo que o próprio autuante revisou o trabalho fiscal concluindo que “*Todas as operações estavam sujeitas à aplicação da redução da base de cálculo. No entanto, conforme os demonstrativos fls. 577 a 602 não tinha considerado a referida redução em algumas notas, na informação fiscal foi acatada. Foram elaboradas novas planilhas de forma a demonstrar com mais clareza os valores alterados.*”

Isto posto, frente ao silêncio do recorrente em relação ao resultado da diligência, entendo que tal resultado foi acatado, ainda que tacitamente. Entretanto, verificado pelo Sujeito Passivo que ainda remanescem operações sujeitas à redução da base de cálculo prevista no Dec. 7.799/00, pode, com os elementos de fato e de direito, provocar a PGE/PROFIS, em sede de controle da legalidade, que entendendo pertinente, poderá dirigir Representação para uma das Câmaras deste Conselho.

Isto posto, Nego Provimento ao apelo do Contribuinte.

Quanto ao Recurso de Ofício, vejo que não há que se fazer qualquer reparo à Decisão de piso.

Referentemente às infrações 2 e 3, a Decisão da Junta derivou do reconhecimento por parte do autuante de que algumas notas fiscais, de fato, não teriam sido consideradas sujeitas à redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00.

Reconhecido o erro e feitas as correções devidas, a JJF, corretamente, acatou o novo demonstrativo levado a efeito pelo autuante, do que resultou os valores passíveis de exigência fiscal expressos na Decisão combatida.

Quanto à infração 6, julgada nula, verificaram os julgadores de piso que padece de vícios, entendido que é insegura e passível de questionamento em relação à sujeição passiva.

Nessa trilha, registraram os nobres julgadores que na há alinhamento entre a acusação de falta de recolhimento da antecipação tributária e o fato apurado que atine falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária. Além do desencontro entre o fato típico e a conduta do contribuinte, verificaram os julgadores *a quo* que à luz da 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.

Isto posto, pelas razões acima listadas, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Concluindo, o voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO aos Recursos de Ofício e Voluntário.

Com relação aos valores recolhidos pelo Sujeito Passivo, deve a repartição competente promover a correspondente homologação para que produza os efeitos previstos legalmente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **293873.1206/13-0**, lavrado contra **GIROCAMP – DESCARTÁVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no de **R\$95.634,27**, acrescido de multa de 60%, previstas no art. 42, II, alíneas “f” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor total de **R\$315.938,44**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS