

PROCESSO - A. I. Nº 211329.0041/12-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LOSMANO, COMÉRCIO, REPRESENTAÇÃO E SERVIÇOS ELÉTRICOS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/12/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0295-11/16

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DO DÉBITO. Representação proposta com base no art. 119, II, §1º c/c art. 136, §2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e art. 113, § 5º, I do RPAF-BA/1999, em face do cometimento de equívocos nas infrações 1 e 2 (Notas Fiscais nºs 977.422 (infração 1), 41.587, 48.853 e 20.871 (infração 2)). Nos termos do art. 352-A do RICMS-BA/1997, somente ocorre a antecipação parcial nas entradas interestaduais de bens destinados à comercialização. A solidariedade de que trata o art. 125, II, "i", item 01 do RICMS-BA/1997 apenas se configura quando o remetente substituto não efetua a retenção. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação Fiscal proposta pela PGE/PROFIS, com supedâneo no art. 119 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) c/c art. 113, § 5º, I do RPAF-BA/1999, com vistas à exclusão do epígrafado lançamento de ofício das Notas Fiscais nºs 977.422 (infração 1), 41.587, 48.853 e 20.871 (infração 2).

O Auto de Infração foi lavrado no dia 28/09/2012 para exigir ICMS na cifra de R\$ 31.523,17, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 01 - Recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de contribuinte optante do Simples Nacional, relativo às mercadorias adquiridas em outros Estados para revenda. R\$ 29.969,29 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02 - Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, na condição de contribuinte optante do Simples Nacional, referente às mercadorias sujeitas ao regime de substituição, adquiridas em outros Estados. R\$ 1.553,88 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/1996.

De acordo com o Termo de fl. 137, verificou-se que o sujeito passivo deixou transcorrer o prazo para apresentar impugnação, tendo sido declarada a revelia.

À fl. 185, a Procuradoria do Estado - por meio da i. procuradora Rosana Maciel Bittencourt Passos -, destaca a inexistência de vício processual no que concerne à revelia. Não obstante, para que os argumentos do autuado de fls. 151 a 155 não deixassem de receber a devida apreciação, o referido órgão jurídico recebeu a petição a título de requerimento de controle de legalidade.

Em atenção às solicitações da PGE/PROFIS, inclusive no sentido de comprovar que a sociedade empresária comercializa *smart card* (vide item "a" de fl. 208), o autuante produziu informações fiscais, com fulcro nas quais, às fls. 229 a 235, solicita-se a dedução dos valores de ICMS concernentes às notas de números 977.422 (infração 1), 41.587, 48.853 e 20.871 (infração 2).

Da análise dos dados cadastrais do fiscalizado (fls. 22/23), a Procuradoria observou que este desenvolve a atividade econômica principal de comércio varejista de produtos não especificados, juntamente com outras secundárias, como construção, obras, comércio varejista de ferramentas, materiais elétricos etc. (fl. 231). Assim é que parece-lhe razoável concluir que o *smart card*, que é um cartão inteligente para ativação de certificação digital (fl. 154), adquirido por intermédio da nota nº 977.422 (infração 01), destinou-se ao uso e consumo, não incidindo, portanto, a antecipação parcial.

Relativamente à segunda imputação, o autuante sustenta que, embora o ICMS-ST tenha sido destacado nas Notas Fiscais nºs 41.587, 48.853 e 20.871, não ocorreram os subsequentes

recolhimentos, em desobediência ao art. 125, II, "i", item 1 do RICMS-BA/1997, transcrito à fl. 191.

A PGE/PROFIS, todavia, ressalta que o gravame foi retido nas notas pelos substitutos tributários, razão pela qual qualifica de ilegítima a exigência, até porque o autuado já arcou com o ônus financeiro do tributo.

VOTO

Nos termos do art. 352-A do RICMS-BA/1997, somente ocorre à antecipação parcial nas entradas interestaduais de bens destinados à comercialização. Deve ser efetuada pelo adquirente, independentemente do regime de apuração do imposto.

No tocante à Nota Fiscal nº 977.422, de 02 de setembro de 2011, concernente a uma entrada de componente eletrônico para ativação de certificação digital, observo, no demonstrativo de fl. 18, que a base de cálculo é de R\$ 41.40, não havendo indícios, portanto, de aquisição em grandes quantidades para revenda.

A autoridade fiscalizadora foi instada a comprovar a eventual comercialização do item auditado (componente eletrônico para ativação de certificação digital), mas não logrou êxito em fazê-lo.

No específico caso da Nota Fiscal nº 977.422, não há imposto por antecipação parcial a ser recolhido, devendo ser alterada a ocorrência de setembro de 2011 no seu valor de R\$ 667,94 para R\$ 663,80 (dedução de R\$ 4,14).

A solidariedade de que trata o art. 125, II, "i", item 1 do RICMS-BA/1997 somente se configura quando o remetente substituto não efetua a retenção, o que o próprio autuante admitiu ter ocorrido, assinalando a existência de destaque do ICMS-ST nas notas fiscais.

O agente de tributos exigiu o ICMS-ST por solidariedade em decorrência da falta de recolhimento, e não pela falta de retenção.

Ocorre que, uma vez efetuada a retenção, não há mais que se falar em solidariedade entre adquirente e vendedor, a teor do dispositivo regulamentar acima citado, em função de que acolho a Representação para deduzir os valores atinentes às Notas Fiscais nºs 41.587, 48.853 e 20.871.

Consoante as planilhas de fls. 09 a 21 e 211 a 223, devem ser deduzidas as seguintes quantias na infração 2: R\$636,14 em 08/2010 (Nota Fiscal nº 41.587), R\$ 856,89 em 09/2010 (Nota Fiscal nº 48.853) e R\$60,85 em 09/2011 (Nota Fiscal nº 20.871).

Por conseguinte, não há cifras remanescentes no item 2 do Auto de Infração.

Em face do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **211329.0041/12-0**, lavrado contra **LOSMANO, COMÉRCIO, REPRESENTAÇÃO E SERVIÇOS ELÉTRICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$29.965,15**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.130,03 e 60% sobre R\$28.835,12, prevista no art. 42, incisos I, "b", item 1 e II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS