

**A. I. Nº** - 269200.3021/16-6  
**AUTUADO** - GAZIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMESTICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 20.11.2018

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0168-04/18

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O autuado não traz aos autos prova capaz de elidir a acusação fiscal. Fatos demonstrados nos autos. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Consta que o Auto de Infração em referência, foi julgado Improcedente por esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0182-04/17 de 28/09/2017, e em consequência foi submetido à revisão do lançamento mediante Recurso de Ofício, o qual foi apreciado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, que de acordo com o Acórdão nº 0144-11/18, em decisão unânime, declarou a nulidade da decisão recorrida, cujo voto contém o seguinte teor:

*Examinando as peças que integram os autos, depreendo que a Decisão recorrida está desconexa com a matéria que trata este Auto de Infração, cujo julgamento foi objeto do Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF, inerente ao Acórdão de nº 0182-04/17.*

*Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do recorrido o valor de R\$117.536,72, sob a seguinte acusação:*

*“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação e/ou do exterior.”*

*Consta ainda que:*

*Contribuinte deixou de recolher o ICMS antecipação tributária incidente nas aquisições interestaduais de bicicletas e aparelhos celulares. Vide demonstrativos ANEXO 03.*

*Entretanto, no início do relatório, a JJF já descreve infração diversa da constante da peça vestibular, conforme a seguir:*

*O presente Auto de Infração, foi lavrado em 07/12/2006 (sic), para exigir ICMS no valor de R\$117.536,72, em decorrência do recolhimento efetuado a menos, nos meses de outubro a dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015, em razão de aplicação de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo (infração 03.02.06) .*

*Consta a informação que: “o contribuinte reduziu indevidamente a base de calculo do imposto, nos termos do art. 1º, Decreto 7.799/00, nas operações de saídas tributadas de mercadorias sujeitas a antecipação tributária (aparelhos celulares e bicicletas) sem atentar para a vedação do benefício fiscal a tais mercadorias, estipulada pelo art. 4º, inciso I, do mesmo decreto”.*

*Tal equívoco perdura quando da prolação do voto, cuja matéria julgada é estranha à*

*constante do Auto de Infração, assim como também é totalmente estranha às razões de defesa e da informação fiscal, conforme excerto e grifos (nosso), a seguir:*

*O presente Auto de Infração acusa o contribuinte de ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS em razão de ter utilizado indevidamente o benefício da redução da base de cálculo nas saídas de aparelhos celulares e bicicletas.*

*[...]*

*No mérito, o contribuinte assevera que, em relação aos aparelhos celulares, se trata de mercadorias sujeitas à substituição tributária e tiveram o imposto recolhido antecipadamente no momento das entradas no Estado da Bahia, estando encerrada a fase de tributação, em relação as subseqüentes saídas internas em território baiano. Diz que equivocadamente, nas saídas, deu o tratamento de operações normais, tributando normalmente, com aplicação do redutor previsto no Decreto nº 7.799. Para comprovar a sua assertiva anexou em meio magnético, Documentos de Arrecadação Estadual- DAES acompanhados dos respectivos comprovantes de recolhimentos emitidos por instituições financeiras do ICMS – ST das aquisições efetuadas durante o período fiscalizado.*

*Em relação ao item “bicicletas” afirma que o redutor da base de cálculo foi aplicado apenas em relação ao ICMS normal, na condição de componente do cálculo do ICMS-ST, porém, a carga tributária total recolhida ao estado é equivalente a apurada no Auto de Infração.*

*Assevera que em ambas as situações não causou qualquer prejuízo ao Erário Estadual.*

*O fiscal autuante, na informação, concorda com o argumento do contribuinte de que as operações com aparelhos celulares não deveriam ter sido tributadas nas saídas já que tais mercadorias tiveram o imposto recolhido por antecipação, encerrando a fase de tributação nas operação internas subseqüentes.*

*Quanto as saídas de bicicletas afirma que após verificar o cálculo do ICMS- ST constatou que a utilização indevida do redutor no cálculo do ICMS normal não causou qualquer prejuízo ao Estado pois a carga tributária total não foi afetado pelo erro cometido.*

*Cita como exemplo a nota fiscal nº 635.051 de 05/05/2015, demonstrando que o somatório do ICMS normal e o ICMS-ST calculado pela fiscalização de R\$52,45 é idêntico ao destacado no documento fiscal, mesmo com a redução da base de cálculo que serviu de vase para a apuração do ICMS normal. Opina pela insubsistência da infração.*

*Por fim, com base nestes elementos estranhos ao PAF, a JJF decidiu pela Improcedência do Auto de Infração com fundamentos alheios à matéria sub judice, conforme texto a seguir:*

*Acato as conclusões do autuante pois observo que, efetivamente, o produto “aparelho celular” estava sujeito ao regime de substituição tributária, conforme previsto no Anexo I do RAICMS não sendo cabível a exigência de tributação nas saídas, mesmo com redução da base de cálculo, tendo em vista que ficou comprovado o pagamento do ICMS por antecipação no momento da entrada dos produtos no território baiano, ficando as saídas internas subseqüentes dessas mercadorias desoneradas de tributação.*

*No que diz respeito às operações de vendas de bicicletas, efetivamente o sujeito passivo reduziu indevidamente a base de cálculo para a apuração do imposto normal, porém, ao calcular o ICMS –ST utilizou como crédito fiscal o valor apurado na forma anteriormente comentada, não acarretando qualquer prejuízo aos cofres estaduais pois a carga tributária total recolhida não sofreu qualquer redução como demonstrado pelo fiscal autuante, não havendo assim nenhuma perda para a arrecadação estadual.*

*Diante de tais considerações, entendo que a Decisão recorrida não foi adequada, ao concluir pela Improcedência do Auto de Infração, visto se mostrar desconexa com a*

*matéria de fato, ao tratar de assunto estranho ao consignado na peça vestibular, na defesa e na informação fiscal.*

*Do exposto, de ofício, voto PREJUDICADO o Recurso de Ofício, para decretar a nulidade da Decisão recorrida, devendo retornar os autos à primeira instância para novo julgamento, a salvo de falhas.”*

Considerando que a decisão da 4ª JJF pertinente ao Acórdão supra citado foi anulada, em virtude da decisão se encontrar desconexa com a matéria de fato, ao tratar de assunto estranho ao consignado na peça vestibular, passo ao relato real dos fatos:

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/12/2016 exige ICMS no valor de R\$117.536,72, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, acrescido da multa de 60%.

A Autuada, apresenta suas razões defensivas, às fls.13 a 18, esclarecendo que as operações objeto da acusação foram destinadas a seu estabelecimento que atua exclusivamente com *e-commerce*, assim, subsequentemente à entrada das mercadorias em território baiano, as mesmas são remetidas a consumidores finais de outras unidades da federação (sujeitas ao ICMS normal com as devidas partilhas do diferencial de alíquotas), e desse modo, o ICMS-ST na aquisição de tais mercadorias resulta indevido.

Prossegue afirmando que a exigência fiscal está respaldada no art. 8º, II e § 3º da Lei Baiana nº 7.014/96 e no art. 289 do RICMS-BA, cujo teor transcreve.

Assevera que em tais dispositivos encontram-se fundamentos de validade no art. 150, § 7º, da Constituição Federal, segundo o qual “*a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.*”. Assim, não realizado o fato gerador presumido pelo regime de substituição tributária, assegura-se ao sujeito passivo a imediata e preferencial restituição do imposto pago.

Aduz que no caso das operações em análise, já tinha o prévio conhecimento de que não iriam ocorrer operações a cadeia econômica interna (supostas pela norma de substituição tributária), visto que todas as mercadorias adquiridas seriam destinadas diretamente a consumidor final, quase 100% situados em outras unidades da federação. Sendo cabível nessas operações simplesmente o recolhimento do ICMS normal, observadas as partilhas relativas ao diferencial de alíquotas. Assim, a rigor, é incabível a exigência de imposto por substituição tributária, dada a ausência de operações subsequentes tributáveis em território baiano.

Reconhece que poderia, com fulcro no art. 302 do RICMS-BA, ter estornado o débito fiscal correspondente ou apropriado o crédito relativo ao ICMS-ST. Mas preferiu, simplesmente, não destacar o ICMS-ST na entrada, pelo fato de que, repise-se, já se sabia de antemão que a exigência de substituição tributária era indevida.

Reconhece que, em relação a parte ínfima das operações elencadas no auto, que indica, houve efetiva saída interna a consumidor final em território baiano e, em relação a essas, concorda com a procedência da autuação.

Assim, exceto em relação às operações indicadas, todas as demais não comportam exigência de ICMS-ST, e em assim sendo, requer seja dado provimento à impugnação, com o cancelamento da exigência vertida no auto de infração.

Por fim solicita que toda e qualquer intimação ou notificação seja encaminhada ao endereço que transcreveu, bem como ao subscritor da presente, sob pena de nulidade.

Na sua Informação Fiscal às fls.23 a 27, o autuante após fazer um resumo dos argumentos defensivos afirma estar evidente que a autuada legislou em causa própria, ao arrepio da norma

tributária vigente.

Diz que ela mesma reconhece que o imposto por substituição seria devido, mas que preferiu não efetuar o recolhimento por ter prévio conhecimento de que as operações seguintes dar-se-iam sem a ocorrência do fato gerador do ICMS-ST.

Prossegue afirmando que a legislação especial atinente à matéria, o art. 3-G, § 4º, do Decreto 7799, proclama que apenas as saídas internas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária destinadas ao estabelecimento que opera com telemarketing não estão sujeitas à substituição tributária por retenção.

Desta forma, as aquisições dessas mercadorias oriundas de outras unidades da Federação não tem qualquer regalia, devendo obedecer ao regime geral do imposto, logicamente, que fica assegurado ao contribuinte a garantia instituída pelo art. 150, § 7º, da Constituição Federal, mas apenas na forma de restituição, ou seja, há que se realizar o pagamento do ICMS-ST e, somente após a constatação de que o fato gerador presumido sucessivo não ocorreu, é que se assegura a devolução do valor pago anteriormente.

Assevera que a própria autuada reconhece que nem todas as entradas com tais mercadorias tiveram sua saída subsequente não tributada pelo ICMS-ST, e mesmo assim preferiu não realizar o recolhimento do imposto em qualquer hipótese.

Conclui, que as alegações defensivas, por não terem qualquer sustentação na norma tributária positivada, não tem o poder de ilidir a autuação, e por isso, o Auto de Infração deve ser mantido na sua integralidade, visto que as considerações prestadas pela Autuada mostram-se incapazes de ilidir a autuação.

Requer a Procedência do Auto de Infração.

O feito foi levado a julgamento em 28/09/2018, todavia, quando da formalização do Acórdão foi inserido o teor do voto relativo ao Acórdão nº 111-04/17 referente ao auto de Infração nº 2692003023/16-9, lavrado contra o mesmo contribuinte, ao invés do presente Auto de Infração, o que resultou em Recurso de Ofício, que apreciado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal teve aquela decisão anulada, através do Acórdão nº 144-11/18, retornando para novo julgamento.

## **VOTO**

Ante ao fato acima relatado, transcrevo o voto proferido em 28/09/2018, cujo teor e fundamento ficam mantidos, conforme abaixo:

Inicialmente, observo que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente, no endereço constante na defesa, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, conforme artigo 108 do RPAF/99.

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de não ter recolhido ICMS devido por antecipação total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em operações de aquisições interestaduais de bicicletas e aparelhos celulares.

Na fase de defesa, o autuado alega que as operações objeto da acusação fiscal de fato foram destinadas a seu estabelecimento, porém, por atuar exclusivamente com e-commerce, as entradas das mercadorias em território baiano foram subsequentemente remetidas a consumidores finais de outras Unidades da Federação (sujeitas ao ICMS normal com as devidas partilhas do diferencial de alíquotas). Invocando o art. 150, §7º da Constituição, que assegura a imediata e preferencial restituição do ICMS-ST pago, em razão da não ocorrência do fato gerador, assevera ser improcedente a acusação, exceto em relação às operações por ele indicadas, em razão de ter sido comercializadas internamente neste Estado.

Reconhece que poderia, com fulcro no art. 302 do RICMS-BA, ter estornado o débito fiscal correspondente, ou apropriado o crédito relativo ao ICMS-ST, mas preferiu não destacar o ICMS-

ST na entrada, pelo fato de que já sabia de antemão que a exigência da substituição tributária seria indevida.

Da análise dos argumentos defensivos, constato inexistir dúvidas de que as mercadorias objeto da acusação fiscal, bicicletas e aparelhos celulares, estão incluídas no regime da substituição tributária.

Assim, de acordo com a legislação deste Estado, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a Unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS deve ser efetuado por antecipação pelo adquirente, em relação às suas próprias operações e às subsequentes, com as referidas mercadorias, independente da atividade exercida. Os prazos para recolhimento do imposto são os previstos no art. 125, II, “b” da Lei 7.014/96, ou seja, na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado.

Vale lembrar, que ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo vedada, salvo exceções expressas na legislação, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente.

Ressalto que no momento da aquisição interestadual dessas mercadorias, não havia como saber o destino final que teriam no momento da revenda, haja vista que conforme reconhecido pelo próprio sujeito passivo na apresentação da defesa *“houve efetiva saída interna a consumidor final em território baiano e, em relação a essas, a Impugnante concorda com a procedência da autuação.”*

Neste caso, entendo que o regime de substituição tributária aplica-se em função da mercadoria e não da destinação a ser dada pelo adquirente, até porque de acordo com o disposto no inciso II, do art. 302 do RICMS, na hipótese de saída interestadual de mercadorias que foram objeto de ICMS pago por antecipação, o contribuinte poderá: *“ utilizar como créditos fiscais ambas as parcelas do imposto, o normal e o antecipado, total ou proporcionalmente, conforme o caso, desde que comprove que a mercadoria foi entregue ao destinatário ”.*

Por outro lado, a infração foi embasada nos levantamentos fiscais acostados aos autos, tendo o sujeito passivo recebido todos os demonstrativos sintéticos e analíticos elaborados na auditoria, tendo o prazo de 60 dias para apresentar sua impugnação, que lhe é assegurado pelo art.123, do RPAF/99, porém, não houve questionamento de qualquer cálculo constante da autuação.

Ante ao acima exposto, entendo que a infração restou caracterizada.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269200.3021/16-6**, lavrado contra **GAZIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMESTICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$117.536,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR