

A. I. Nº - 293873.0002/18-2
AUTUADO - MEGABMART BRINQUEDOS E PRESENTES LTDA.
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA BITTENCOURT NERI
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - DATA DA INTERNET: 1º/04/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0002-01/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do adquirente das mercadorias nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado. A própria autuante na Informação Fiscal acatou parcialmente as alegações defensivas e refez os cálculos o que resultou na redução do débito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2018, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$254.136,21, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS, imputada ao autuado: *Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior*. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2013, abril a dezembro de 2014.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.67 a 77). Em caráter preliminar, argui a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva para responder pelo ICMS devido por antecipação tributária referente às operações subsequentes, que por determinação legal deve ser recolhido pelo fornecedor da mercadoria no momento da saída da mesma para comercialização.

Consigna que exerce a atividade de venda ao consumidor final das mercadorias, encontrando-se, desse modo, no extremo fim da cadeia de comercialização da mercadoria.

Alega que nesse contexto, o art. 290 prevê a desoneração das operações internas subsequentes à comercialização do produto com o pagamento de ICMS realizado por antecipação. Reproduz o aduzido dispositivo do Regulamento do ICMS, Decreto nº 13.780/12. Assinala que o Protocolo nº 108/2009 expressamente estabelece a responsabilidade do remente pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes. Neste sentido, reproduz a cláusula primeira, parágrafo único do referido Protocolo. Aduz que da mesma forma estabelece o Protocolo nº 29/2010 firmado entre os Estados da Bahia e de Minas Gerais, cuja cláusula primeira, parágrafo único também transcreve.

Afirma que desse modo, verifica-se que a integralidade dos produtos remetidos por fornecedores situados nos Estados de São Paulo e Minas Gerais deve ser sumariamente excluída da base de cálculo considerada para fins de apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, em respeito aos aduzidos Protocolos e ao art. 290 do RICMS/12, Decreto nº. 13.780/12, a fim de fazer prevalecer os princípios da segurança jurídica e da legítima confiança que norteiam o direito

tributário brasileiro.

Observa que nesse contexto, cabe ao Estado, por seu dever de polícia, fiscalizar se os contribuintes estão pagando seus tributos regularmente, não cabendo à empresa, sob nenhuma hipótese, fiscalizar se seus fornecedores realizaram ou não o pagamento do imposto devido. Apesar disso, consigna que fez uma breve busca junto aos seus fornecedores e conseguiu obter uma grande quantidade de comprovantes de pagamento do ICMS por antecipação, que anexou, juntamente com planilha que detalha as operações que tiveram os recolhimentos de ICMS comprovadamente realizados e já identificados pelos fornecedores.

Sustenta que inexistente relação jurídica entre o substituído e o Estado da Bahia, a fim de ensejar a exigência do imposto porventura devido pelo substituto em sede de antecipação parcial. Neste sentido, invoca e reproduz o entendimento do STJ em exame do Recurso Especial Representativo de controvérsia (STJ, Primeira Seção, REsp. 931.727/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ago/09). Entendimento restou reiterado pelo STJ no REsp 1391265/RS, em dez/2013).

Afirma que desse modo, uma vez reconhecida inexistência de relação jurídica entre o substituído - que é o seu caso - e o Estado da Bahia, já que a legislação em sentido restrito e os protocolos existentes, estabelecem expressamente que o único sujeito passivo da relação jurídica tributária é o substituto, o reconhecimento da nulidade da autuação é medida que se impõe.

Ressalta que caso este órgão julgador não entenda pela nulidade da autuação, o que cogita apenas e tão somente por amor ao debate, requer a exclusão imediata dos valores lançados em virtude de entrada de mercadorias provenientes do Estado de São Paulo em respeito ao Protocolo nº 108/2009, além dos valores que comprovadamente foram pagos pelos fornecedores conforme demonstração que apresenta.

Reporta-se sobre a exclusão sumária dos valores comprovadamente recolhidos pelos fornecedores, conforme GRNES e comprovantes de pagamento colacionados.

Alega que conforme já registrado, em que pese não ser sua responsabilidade fiscalizar o recolhimento do ICMS devido em virtude de substituição tributária, após o início da fiscalização, solicitou aos seus fornecedores a comprovação do recolhimento do ICMS pagos por antecipação. Esclarece que muitos fornecedores atenderam à sua solicitação, outros tantos não. Acrescenta que do momento da autuação para a data da peça defensiva coletou a comprovação de pagamento de R\$171.391,10 a título de ICMS por antecipação.

Assinala que nesse contexto, colacionou aos autos os documentos de arrecadação e respectivos comprovantes de pagamento do ICMS pagos por antecipação devidos por seus fornecedores, nos termos do art. 290 do RICMS.

Reporta-se sobre o pagamento do ICMS referente às Notas Fiscais nºs 35042 e 35044 correspondentes à mercadorias provenientes de Santa Catarina.

Consigna que realizou o pagamento do ICMS devido por antecipação parcial, conforme DAE anexado, razão pela qual estes documentos fiscais devem ser excluídos da base de cálculo do imposto lançado.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, caso assim não entenda, que sejam imediatamente excluídos da autuação os valores de impostos decorrentes de mercadorias advindas do Estado de São Paulo, diante do Protocolo ICMS 108/2009, além dos demais valores que foram comprovadamente recolhidos, conforme fazem prova os anexos comprovantes, tudo em nome do princípio da segurança jurídica e da legítima confiança.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls.186 a 188). Contesta a alegação defensiva de nulidade da autuação por ilegitimidade passiva, invocando e reproduzindo, neste sentido, o art. 2º, III do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12. Afirma que os fornecedores objeto da autuação não têm cadastro no Estado da Bahia, razão pela qual a GNRE deverá acompanhar as mercadorias e ser apresentada durante a fiscalização. No mesmo sentido, invoca e reproduz o art. 295, §§ 1º e 2º do

mesmo RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Esclarece que acatou os pagamentos realizados antes da lavratura do Auto de Infração em lide, conforme planilha acostada às fls. 189/190 dos autos, passando o valor histórico do ICMS devido no exercício de 2013 para R\$ 90.905,70 e no exercício de 2014 para R\$79.346,49 totalizando R\$170.252,19.

Ressalta que na defesa apresentada foram incluídas notas/ pagamentos que não constam no levantamento da autuação, bem como, pagamentos efetuados posteriores à lavratura do Auto de Infração os quais foram desconsiderados.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O impugnante, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls.195 a 198). Alega que em que pese a autuante ter reconhecido e retirado parte dos créditos de ICMS comprovadamente pagos pelos seus fornecedores, o que gerou uma redução substancial do Auto de Infração, a mesma pretende manter a autuação com relação aqueles fornecedores situados nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, em desrespeito aos protocolos firmados entre o Estado da Bahia e aqueles Estados. Reitera todos os termos de sua Defesa inicial.

VOTO

Inicialmente, no que tange à nulidade arguida pelo impugnante por ilegitimidade para responder pelo ICMS devido por antecipação tributária, com relação aos fornecedores localizados nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, em desrespeito aos Protocolos celebrados entre o Estado da Bahia e os referidos Estados, por certo que lhe assistiria razão se o imposto tivesse sido retido e recolhido pelos remetentes/fornecedores localizados nos referidos Estados com fundamento nos aduzidos Protocolos ICMS 108/2009 e 29/2010.

Ocorre que esse não é o caso. Na realidade, conforme esclarecido pela própria autuante, os remetentes sequer são inscritos no Estado da Bahia na condição de substituto tributário, condição indispensável para que pudessem reter e recolher no prazo regulamentar o imposto devido.

O art. 8º, § 5º da Lei nº. 7.014/96 dispõe que:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

[...]

§ 5º A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado.

Diante disso, não há que se falar em nulidade por ilegitimidade passiva para responder pelo ICMS devido por antecipação tributária, com relação aos fornecedores localizados nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, no tocante às operações sujeitas aos referidos protocolos, haja vista que a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do autuado nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado.

Não acolho, portanto, a nulidade arguida.

No mérito, verifico que a pretensão defensiva de exclusão dos valores lançados em virtude de entrada de mercadorias provenientes do Estado de São Paulo, em respeito ao Protocolo nº 108/2009, além dos valores que comprovadamente foram pagos pelos fornecedores, conforme demonstrativo que apresenta procede parcialmente.

Em verdade, agindo de forma escorreita, a autuante na Informação Fiscal, acatou os pagamentos realizados antes da lavratura do Auto de Infração em exame, conforme demonstrativo que

elaborou, acostado às fls. 189/190 dos autos, no qual indica nas respectivas colunas o número da Nota Fiscal; o valor do imposto devido e a respectiva situação. Ou seja, a autuante manteve corretamente na autuação os valores cujos pagamentos ocorreram após o início da ação fiscal; excluiu os valores comprovadamente pagos antes do trabalho de fiscalização; manteve os valores cujos pagamentos não foram realizados pelos remetentes/fornecedores, portanto, restando a responsabilidade solidária do autuado pelo pagamento, o que resultou na redução do valor total do ICMS devido para R\$170.252,19.

Relevante registrar, que o impugnante cientificado do resultado da Informação Fiscal, se manifestou, aduzindo que a autuante reconheceu e retirou parte dos créditos de ICMS comprovadamente pagos pelos seus fornecedores, o que gerou uma redução substancial do Auto de Infração, porém, manteve a autuação com relação aqueles fornecedores situados nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, em desrespeito aos protocolos firmados entre o Estado da Bahia e aqueles Estados. Esta alegação já foi objeto de exame, conforme explicitado linhas acima.

Ou seja, os remetentes não são inscritos no Estado da Bahia na condição de substituto tributário, condição indispensável para que pudessem reter e recolher o ICMS ST no prazo regulamentar. A consequência da ausência de inscrição dos remetentes, é que o destinatário - autuado – passa a ter a responsabilidade solidária pelo lançamento e recolhimento do imposto, consoante o art. 8º, § 5º da Lei nº 7.014/96.

Diante disso, a infração é parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$170.252,19, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **293873.0002/18-2**, lavrado contra **MEGABMART BRINQUEDOS E PRESENTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$170.252,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR