

A.I. Nº - 298578.0011/17-9
AUTUADO - ANDIRE DISTRIBUIDORA LTDA – EPP
AUTUANTE - CLÁUDIA MARIA SEABRA MARTINS
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.03.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0037-02/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADA DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. O imposto deve ser exigido do destinatário por responsabilidade solidária quando não há acordo interestadual, os remetentes não possuem inscrição ativa no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia e por sua própria responsabilidade quando não há acordo interestadual. Afastada a decadência suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO.

O auto de infração em referência foi lavrado em 12/12/2017, com o objetivo de reclamar o crédito tributário de ICMS no valor histórico de R\$305.556,30, mais multa de 60% decorrente da **INFRAÇÃO 01 – 07.01.01** – 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, no período de janeiro a abril, junho a dezembro de 2012, janeiro a junho, agosto a dezembro de 2013, janeiro a maio, julho a outubro e dezembro de 2014.

A autuante descreve os fatos indicando que apurou a seguinte irregularidade: “... *falta de recolhimento de ICMS Antecipação Total, no período de 2012 a 2014, no valor histórico de R\$305.556,29*”.

Multa prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 371, art. 125, inc. II, alínea “b” c/c o art. 61 do RICMS/97 para os fatos geradores até 31/03/2012 e art. 8º, art. 23, inc. II e §3º da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 289 do RICMS/2012.

Tempestivamente a autuada apresentou defesa impugnando o lançamento, apensada aos autos às fls. 23 a 67, onde, após breve relato da infração, cita o instituto da decadência a ser aplicado aos fatos ocorridos no período de 31/01/2012 a 06/02/2013, assegurando que o Código Tributário Nacional dá respaldo a sua pretensão.

Relata que já existe outro auto de infração, o de nº 2985780007/17-1, em curso, onde foi apurado o ICMS em período idêntico ao presente, 31/01/2012 a 09/01/2015 e cobrando o imposto referente às operações realizadas sob o regime da substituição tributária, fato que o impede de distinguir as operações relacionadas a um e ao outro auto de infração, correndo o risco de pagar a exigência em duplicidade, caso venha a sucumbir em sua defesa.

Evoca a ausência de responsabilidade tributária por ilegitimidade passiva, tendo em vista que na matéria discutida, o recolhimento do ICMS antecipado, é de responsabilidade do alienante sob o argumento de que o contribuinte substituído não possui relação jurídico-tributária com o Estado, não podendo dessa forma, ser responsabilizado pelo pagamento do imposto.

Cita os juristas Alfredo Augusto Becker e Marco Aurélio Greco para justificar o posicionamento de que não lhe cabe a responsabilidade pelo pagamento do ICMS antecipado, cuja obrigação é exclusiva do alienante das mercadorias.

Requer, por fim, que o auto de infração seja julgado improcedente na sua totalidade.

A autuante presta a informação fiscal às fls. 71 e 72, inicialmente contestando a pretensão da defesa quanto à decadência referente ao período de 31/01/2012 a 06/02/2013, alegando que a ordem de serviço nº 505383/17, que deu início a fiscalização em 06/10/2017, estabelece que a fiscalização deve abranger o período de 01/01/2012 a 31/12/2012, sendo o contribuinte intimado via Domicílio Tributário Eletrônico – DTE, para conhecimento do início da fiscalização em 06/10/2017, tomando ciência em 09/10/2017.

Explica que a legislação do ICMS estabelece que o prazo decadencial para constituição do crédito tributário é de cinco anos, conforme estabelece o CTN no seu art. 173. A ação fiscal se iniciou em 06/10/2017, cujo prazo decadencial das operações realizadas em 2012 somente se encerra em 31/12/2017.

Esclarece que efetivamente existem dois autos de infração decorrentes de uma única fiscalização. A lavratura de dois autos de infração ocorreu devido ao desmembramento das infrações encontradas, levando o sistema eletrônico gerador de autos de infração da SEFAZ, gerar automaticamente os dois autos de infração.

Afirma que não há como prosperar dúvidas quanto a duplicidade de cobrança, tendo em vista que embora os dois processos refiram-se ao mesmo período, a infração abordada no presente auto, difere das infrações constantes no outro e que as planilhas e demonstrativos analíticos detalhados por documento fiscal e por mercadoria, permite garantir que se trata de cobranças distintas, não havendo possibilidade de autuação em duplicidade.

Conclui mantendo todos os termos da autuação.

Em 26/05/2018 os membros da 3ª JJF, decidiram por unanimidade converter o processo em diligência a INFAZ de origem para a adoção das seguintes providências:

- a) Solicitar da autuante que identifique nos demonstrativos analíticos as chaves de acesso de cada nota fiscal constante na relação ou anexe as suas cópias e/ou DANFE;
- b) Intime o autuado e forneça cópia dos documentos anexados retro citados, concedendo prazo de 60 (sessenta) dias, ou seja, reabertura do prazo de defesa para que o contribuinte, querendo, se manifeste.

Em cumprimento a diligência, a autuante presta informação às fls. 83 onde informa que foram incluídos nos demonstrativos analíticos, fls. 84 a 92, os números das chaves de acesso das notas fiscais eletrônicas.

A autuada volta a se manifestar às fls. 104 a 106, onde inicialmente reproduz o teor da diligência e afirmar que persiste a impossibilidade de exaurir a matéria de defesa.

Reafirma que foi intimada também para apresentar defesa do outro auto de infração, o de nº 2985780007/17-1 que exige o ICMS devido nas operações realizadas sob o regime de substituição tributária, fato que entende ter induzido os membros da 3ª JJF, a converter o presente processo em diligência.

Requer diligência no auto de infração 2985780007/17-1, por achar que a mesma é imprescindível para que seja realizada a confrontação e apurar eventuais duplicidades e o apensamento deste processo supracitado e afirma que caso não sejam atendidas as solicitações, estará caracterizada cerceamento do direito de defesa, ensejando nulidade do lançamento.

Por fim reitera todas as arguições constantes na defesa.

Em nova informação fiscal às fls. 134 e 135, a autuante após resumidamente relatar o histórico do processo, diz que a alegada duplicidade de cobrança, por existirem dois autos de infração lavrados contra a autuada já foi exaustivamente debatida e esclarece mais uma vez que o desmembramento ocorre automaticamente por rotina específica do Sistema de Lavratura de Crédito Tributário – SLCT, conforme reproduz trecho contido na primeira informação prestada.

Quanto a solicitação da autuada para apensação dos dois processos e realização de diligência, afirma não ter cabimento, por se tratarem de procedimentos administrativos internos da SEFAZ.

Conclui mantendo todos os termos da autuação.

É o relatório.

VOTO

O lançamento fiscal acusa a autuada de não efetuar o recolhimento do ICMS Antecipação Total no valor histórico de R\$305.556,29, conforme relatado.

A autuada é credenciada a efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária em data posterior ao do ingresso da mercadoria no Estado da Bahia, previsto no §2º do art. 332 do RICMS/2012, por força de vigência de liminar.

As mercadorias, objeto da autuação, estão listadas no RICMS/97 como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, assim como no Anexo 1 do RICMS/2012.

Verifico que foram observados os requisitos imprescindíveis ao auto de infração, previstos no art. 39 do RPAF/99, inclusive a entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas, conforme comprova recibo de entrega assinado pelo representante da autuada, anexado aos autos às fls. 21.

Quanto a arguição de decadência dos créditos exigidos cujos fatos geradores ocorreram no período de 31/01/2012 a 06/02/2013, verifico que efetivamente a autuada foi cientificada da lavratura do auto de infração em 18/12/2017, não tendo sido identificado nos autos comprovantes de recolhimentos do imposto referentes aos fatos geradores ocorridos de janeiro de 2012 a fevereiro de 2013.

Ademais a acusação constante no auto de infração registra que o sujeito passivo deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição e portanto, deixou de declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitiu a realização da operação ou prestação tributável.

Assim sendo cabe a aplicação do entendimento já manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, quando do julgamento ocorrido em 09/12/2015 na Primeira Sessão emitiu a Súmula 555, cujo resumo transcrevo:

“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.”

Portanto, os fatos geradores ocorridos de janeiro de 2012 a fevereiro de 2013, serão apreciados quanto à incidência do disposto no art. 173, inc. I, do CTN, ou seja, para estes períodos o fisco teria até o dia 31/12/2017, como prazo final para lançar e constituir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública.

Assim, as ocorrências do período de 31/01/2012 a 06/02/2013, encontram-se exigíveis, devendo permanecer no presente auto de infração. Dessa forma afasto a decadência suscita pela autuada.

Da mesma forma afasto a arguição de responsabilidade tributária da autuada por ilegitimidade passiva, posto que a Lei nº 7.014/97 no art. 6º, inciso XV define claramente a responsabilidade por solidariedade pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, referente ao recebimento de mercadorias constantes no Anexo I da lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado.

Ressalto que das operações alcançadas pela infração 01, comportam mercadorias que apesar de sujeitas a substituição tributária, os Estados de origem das mesmas, não são signatários de nenhum Protocolo ou Acordo que obrigue aos remetentes das mesmas, efetuarem a retenção e posterior recolhimento para o Estado da Bahia dos valores a título de ICMS-ST, conforme resumo consolidado do demonstrativo que serviu de base para o lançamento.

UF de Origem	Quantidade de Notas Fiscais	CFOP	NCM	Item - Anexo	Protocolo e Unidades Signatárias
PE	80	6101	38089419	25.1	Prot. ICMS 106/09 - BA e SP Prot. ICMS 27/10 – BA, ES, MG e RJ
PE	1	6949	38089419	25.1	Prot. ICMS 190/09 – AP, BA, ES, GO, MG, MS, MT, PR, RJ, SE, SC e RS
RS	15	6101	38220090	25.33	Prot. ICMS 106/09 - BA e SP Prot. ICMS 27/10 – BA, ES, MG e RJ
RS	70	6101	39174090	24.4	Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES e MG
RJ	18	6101	39174090		
RJ	7	6101	39269090	24.14	Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES e MG
RJ	33	6101	40169300	24.17/16	Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES e MG
RS	4	6101	40169300		
SP	2	6402	40169300		
RS	2	6949	68101000	24.34	Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES e MG
SC	1	6915	73181200	24.16	Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES e MG
RJ	15	6101	84812090	24.83	Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES e MG
SP	1	6101	84819090		
SP	2	6101	94049000	15.1	Prot. ICMS 190/09 – AP, BA, ES, GO, MG, MS, MT, PR, RJ, SE, SC e RS
RS	115	6101	96039000	25.40	Prot. ICMS 106/09 - BA e SP Prot. ICMS 27/10 – BA, ES, MG e RJ
SP	1	6401	96039000		
RJ	3	6101	39174090	39.17	Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES e MG

Portanto, o ICMS é exigido do adquirente das mercadorias listadas no auto de infração por responsabilidade solidária e por antecipação tributária, respectivamente, consoante determinação contida no art. 6º, inciso XV da Lei nº 7.014/97.

Assim, contrariando a tese defendida pela autuada, as referidas exigências fiscais encontram, sim, legitimidade passiva.

Quanto a possível duplicidade de exigência de pagamento através dos dois autos de infração mencionados, fato que mereceu da 3ª Junta de Julgamento Fiscal converter o processo em diligência para maiores esclarecimentos e extirpar qualquer sombra de dúvidas a respeito do argumento defensivo, cujo resultado e informações prestadas pela autuante, restou comprovado que não é pertinente a arguição.

O presente PAF tipifica a infração como *“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.”*, enquanto o outro tipifica as infrações *“Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal. Com saída posteriormente tributada normalmente”* sendo que na descrição dos fatos relata que o autuado incorreu na seguinte irregularidade: *“a) recolheu a menor o ICMS devido por substituição tributária/ empresas não inscritas na Bahia, no período de 2012 a 2014, no valor histórico de R\$ 6.706,31; b) falta de recolhimento de Antecipação Parcial de ICMS, no período de 2012 a 2014, no valor histórico de R\$44.402,92, gerando multa de 60% R\$ 26.641,75”*.

Ressalto que a identificação dos documentos fiscais arrolados na acusação com a identificação da chave de acesso da Nota Fiscal Eletrônica, permitiu esclarecer a dúvida suscitada pela autuada, afastando qualquer ambiguidade acerca da duplicidade de cobrança do imposto devido, permitindo a formação de minha convicção para a decisão sobre a lide.

Dessa forma indefiro o novo pedido de diligência com fulcro no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Assim, conforme se verifica na cópia do auto de infração nº 298578.0007/17-1 acostado pelo sujeito passivo às fls. 29 a 32, os dois lançamentos contemplam ocorrências distintas que não se confundem.

Pelo exposto, julgo o auto de infração PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298578.0011/17-9**, lavrado contra **ANDIRE**

DISTRIBUIDORA LTDA. – EPP, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$305.556,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR