

A. I. N° - 087015.0009/12-9
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE CALÇADOS E ARTIGOS ESPORTIVOS CRUZEIRO DO SUL
AUTUANTE - COSME ALVES SANTOS
ORIGEM - INFAC ITAPETINGA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.10.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0162-02/19

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA POR SUBSTITUIÇÃO. **a)** MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Obrigação prevista no art. 352, II, do RICMS-BA/97. Embora inicialmente a impugne por considerar excluído da obrigação em face do art. 355, II, do RICMS-BA e que as mercadorias foram objeto de revenda interestadual, posteriormente informa ter pago a exação fiscal. Infração subsistente. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. Comprovado e reconhecido pelo autuante se tratar de operações de devoluções de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação. Infração insubstancial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/12/2012, exige créditos no valor de R\$20.312,16 em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – 07.01.03 - Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Valor: R\$10.312,72. Período: Setembro a Novembro 2011. Enquadramento legal: Art. 2º, 50, 61, II, “a”, 125, II, “b”; 352, I, II, e § 1º e 3º; Art. 353, I e II, 371 e § 3º do art. 938 do RICMS-BA/1997. Multa: Art. 42, II, “d”, e § 1º da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 07.02.03 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor: R\$9.999,44. Período: novembro e dezembro 2011. Enquadramento legal: Art. 353, II; art. 126, I, C/C 61 do RICMS-BA/1997. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

A autuada apresenta impugnação (fls. 63-75). Descreve os fatos e assim a pontua:

Infração 01

Diz que adquire calçados (NCM 6401, 6402, 6403, 6404 e 6405), conforme se constata do Demonstrativo de cálculo da Multa devida pelo não recolhimento da antecipação tributária.

Depois de reproduzir o art. 352, I e § 1º, I do RICMS-BA, diz que em se tratando de calçados com as NCMS citadas, aplica-se a regra da antecipação prevista no inciso I, do art. 352 RICMS-BA, então vigente, eis que se tratam de mercadorias sujeitas à ST nas operações internas (art. 353, II, item 32), que também reproduz.

Contudo, diz, é o próprio RICMS-BA/1997 (art. 355, II, que reproduz) que afasta a regra da antecipação nas operações internas, quando a mercadoria se destinar a contribuinte substituto, em relação.

Seguindo, diz que a confirmar essa regra de exclusão, o art. 371 do RICMS-BA., dispõe que nas aquisições internas de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime ST, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

Fala que o teor dos arts. 353, II e 371, definiram o contribuinte substituto das mercadorias listadas no art. 353, II (dentre as quais se encontram os calçados), de forma genérica, ao se referir a ele como “contribuinte alienante” (art. 353) e “contribuinte adquirente” (art. 371) e que na situação em tela, a Impugnante, ao adquirir calçados em operações internas assume a condição de responsável pelo pagamento do ICMS por ST, sendo que é a própria legislação baiana que afasta a regra da antecipação do pagamento do imposto em tais aquisições. Assim, ao contrário do que se lhe acusa, por ser estabelecimento atacadista, entende correto, portanto, o procedimento da autuada em não recolher o ICMS de forma antecipada.

Ademais, destaca que a exigência do imposto por antecipação com aplicação da MVA, como feito, pressupõe existência de operação interna subsequente, o que não correria no caso da Impugnante, pois ela remete 100% dos calçados adquiridos e revendidos para outras unidades da federação, razão pela qual não faz sentido a autuação e falta base legal para exigência do ICMS por antecipação.

Diz que a antecipação tributária consiste na exigência do imposto, independentemente do regime de apuração utilizado pelo contribuinte, no caso de aquisições de mercadorias em outros Estados, para serem comercializadas no destino, mas que no seu caso não existiu comercialização interna.

Transcreve excerto doutrinário a respeito da distinção entre princípios e regras de direito que entende se adequar ao caso e não concordando com a sanção proposta, pede sua exclusão.

Infração 02

Diz que conforme se observa na análise da documentação anexa (doc. 03 – planilha e NFs), todas as operações autuadas são de devoluções de mercadorias compradas à Vulcabrás-Azaleia, o que impõe o destaque do mesmo ICMS incidente quando da aquisição das mercadorias, de forma a neutralizar as operações de origem. Assim, se houve o lançamento de créditos, consequentemente, haverá débito nas devoluções, razão pela qual não cabe a autuação.

Em 09/07/2013, o autuante presta informação fiscal (folhas 282-285).

Infração 01

Após transcrever o teor da acusação, diz que o Impugnante envereda por uma conveniente interpretação dos artigos 352, 353 e 355 do RICMS-BA no sentido de levar a entender que, em relação à substituição tributária, a autuada seria contribuinte substituto ao invés de contribuinte substituído.

Fala sobre o artigo 371 do RICMS, porém só enxerga no dispositivo a regra de exclusão que o remete ao artigo 355 e que seu entendimento é sempre no sentido de que o disposto no artigo 355, II, favorece aos interesses da autuada, excluindo-a da obrigação de recolher o imposto por antecipação, dada sua suposta condição de contribuinte substituto.

Contraponto ao entendimento do contribuinte, informa que, preliminarmente, cabe destacar que a defesa tenta desviar o foco da discussão, ao transcrever, às fls. 66, o inciso I do artigo 352, quando na realidade, ele deixara de atender, ou melhor, transgredira o disposto no inciso II, do artigo 352, do RICMS-BA/97, que reproduz.

Aduz que além do art. 352, II, evoca os artigos 355 e 371, que diz ter o Impugnante ignorado. Fala não haver dúvida que o autuado, na condição de estabelecimento comercial atacadista se enquadra como contribuinte substituído, conforme o inciso II do artigo 352, C/C o artigo 371, do RICMS-BA, estando, portanto, obrigado a recolher o ICMS por antecipação nas entradas de mercadorias enquadradas na ST, procedentes de outras unidades da Federação, relativamente a

suas operações próprias e operações internas subsequentes, situação que se apresenta na totalidade das empresas comerciais atacadistas estabelecidas na Bahia.

Diz que para mercadorias comercializadas com destino a outras unidades da Federação, inexiste operação interna. Contudo, não há como prever que as mercadorias adquiridas serão comercializadas internamente ou não. Logo, prevalece o disposto no art. 371, do RICMS, não se aplicando ao caso as ressalvas do artigo 355, e que para o caso de comercialização posterior subsequente em operações interestaduais, o RICMS oferece opções no §3º do artigo 359.

Ressalta que por vir procedendo inadequadamente, o contribuinte autuado vem sofrendo constantes autuações, a exemplo do AI 206828.0003/10-2, julgado procedente pelo CONSEF.

Infração 02

Admite que por descuido não observou que as operações não são de vendas, mas de devoluções de compras, razão pela qual a infração não deve subsistir.

Notificado da Informação Fiscal, em 29/07/2013, o Impugnante se manifesta às fls. 290-292. Com relação à Infração 01 diz haver duas inconsistências na afirmação relativa ao AI 206828.0003/10-2. A primeira, por ser relativa a outro sujeito passivo (REEBOK PRODUTOS ESPORTIVOS BRASIL LTDA.) e a segunda, porque a Câmara Superior do CONSEF, reconhecendo a razoável dúvida de interpretação existente na legislação, acolheu pedido de dispensa de multa.

No que tange à Infração 02, diz estar de acordo com o reconhecimento da sua insubstância.

Conclui pedindo que o AI seja julgado improcedente.

Apesar de encaminhado para nova manifestação do autuante em 30/07/2013, apenas em 03/12/2018, a mesma foi protocolada (fl. 318).

Às fls. 319-320, o autuante presta Informação Fiscal sobre a manifestação do Impugnante. Informa que embora o contribuinte tenha inicialmente alegado não dever a exação da Infração 01, posteriormente reconheceu parte do débito, inclusive recolhendo o imposto em 10/12/2015.

Diz seguir convicto que a exação é devida, pois em caso semelhante (embora de outro sujeito passivo – AI 209470.0003/12-15, cujo Acórdão anexa cópia) foi julgado procedente.

Conclui pedindo que o AI seja julgado procedente.

Às fls. 341-344 o Impugnante volta aos autos informando ter pago o débito oriundo da Infração 01, relativo à multa percentual sobre o imposto, conforme comprovante de fl. 349, e que quanto ao AI 209470.0003/12-5, seu crédito está com a exigibilidade suspensa em face do Mandado de Segurança nº 0563523-23-2014.8.05.0001, em trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador.

À fl. 373, consta nova Informação Fiscal prestada em 28/03/2019 por Auditor Fiscal estranho ao feito ratificando a ação fiscal e que a argumentação do contribuinte não a descaracteriza nem desconstrói o feito.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz 02 (duas) infrações pelas quais exige o valor de R\$20.312,16.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 338, bem como do que se depreende das manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d)

as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 09-12); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

A infração 1 trata da aplicação de multa de 60% sobre o valor do ICMS devido por antecipação tributária que não foi recolhido no momento oportuno, cuja saída posterior ocorreu com tributação.

Apesar de não haver convênio ou protocolo regulando as operações interestaduais com calçados, a legislação interna do Estado da Bahia (art. 353, II, “32” do RICMS-BA) enquadrou a mercadoria objeto da autuação no regime de substituição tributária, atribuindo ao alienante neste Estado a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, relativamente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Por sua vez, o disposto no art. 125, II, “b”, do RICMS-BA, determina que o imposto deverá ser recolhido, por antecipação tributária, no momento da entrada da mercadoria no território deste Estado.

Conforme o demonstrativo de fls. 09-10, o contribuinte autuado adquiriu calçados para comercialização (CFOP 2102), no Estado do Ceará, sem ter efetuado a antecipação tributária prevista. Por considerar que o imposto devido por antecipação tributária não foi pago, porém a operação de saída subsequente foi regularmente tributada, o autuante propôs a aplicação da multa equivalente a 60% do valor do imposto que deixou de ser antecipado, no período setembro a novembro 2011.

O Impugnante protestou a infração alegando que ao teor do art. 355, II do RICMS-BA, estava dispensado de efetuar a antecipação tributária em tela, por se entender na condição de contribuinte substituto. Também argumentou que 100% das mercadorias adquiridas foram remetidas para contribuintes localizados em outras unidades da Federação e, portanto, não houve a “operação interna subsequente”.

Quanto ao primeiro argumento defensivo, observo que sendo estabelecimento atacadista a dispensa da antecipação tributária prevista no art. 355, II, do RICMS-BA, não o beneficia, pois, por ser um estabelecimento comercial atacadista, o autuado assume a condição de sujeito passivo por substituição em relação às aquisições interestaduais de calçados e, portanto, deve efetuar a antecipação tributária em questão no prazo previsto no art. 125, II, “b” do RICMS-BA.

Tampouco o argumento defensivo de que 100% das saídas foram destinadas a outras unidades da Federação também não elide a autuação, haja vista que no momento do ingresso das mercadorias neste Estado não se sabe qual o destino que elas terão posteriormente. Caso, após o pagamento da antecipação tributária, as mercadorias venham a ser objeto de saída interestadual, o autuado poderá, como foi bem ressaltado pelo autuante na informação fiscal, se valer das opções previstas no § 3º, do artigo 359 do RICMS-BA.

Em face do exposto, a falta de antecipação tributária está comprovada e, considerando que as mercadorias tiveram saídas com tributação normal, aplique a multa proposta com fundamento no § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Nesse sentido, tem decidido este CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0055-12/12.

Ressalto que a despeito da impugnação, em manifestação posterior (fls. 341-344), o sujeito passivo informa ter pago dessa exação fiscal.

Infração subsistente.

Infração 2

Refere-se a falta de retenção de ICMS e seu consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado. Dela o contribuinte se defende dizendo que todas as operações autuadas são de devoluções de mercadorias compradas à Vulcabrás-Azaleia, o que impõe o destaque do mesmo ICMS incidente quando da aquisição das mercadorias, de forma a neutralizar as operações de origem.

Por sua vez, por ocasião da Informação Fiscal, o autuante corrobora com a alegação defensiva admitindo que, por descuido, não observou que as operações não são de vendas, mas de devoluções de compras, razão pela qual a infração não deve subsistir.

Portanto, considerando não ter havido revenda da mercadoria, não há falar em ICMS devido por agregação em seu valor, tampouco ICMS por substituição tributária, motivo pelo qual concordo com o autuante.

Infração insubstancial.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 087015.0009/12-9, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE CALÇADOS E ARTIGOS ESPORTIVOS CRUZEIRO DO SUL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento multa percentual pelo não pagamento oportunamente do ICMS devido por antecipação parcial no valor de R\$10.312,72, prevista no art. 42, II, “d” e § 1º da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE /RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR