

PROCESSO	- A. I. N° 210544.0157/20-8
RECORRENTE	- J N DIAS MASCARENHAS E CIA. LTDA. (R S MACHADO COMÉRCIO DE HORTIFRUTIGRANJEIROS E TRANSPORTES LTDA.)
RECORRIDO	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0188-02/20-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 18/01/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0450-12/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. O não recolhimento do tributo no prazo regulamentar é inequívoco. Fato superveniente ocorrido após a ocorrência do fato gerador e a exigibilidade do imposto, após a entrada da mercadoria no estabelecimento do destinatário deve ser tratado de acordo com a norma regulamentar. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário (fls. 55 a 60), cuja intempestividade fora relevada por ato da Presidência do CONSEF com base no art. 10, § 2º do RPAF/99 (fls. 73 e 73-v.), e que foi interposto em face da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF (fls. 38 a 41). Tal decisão havia julgado o lançamento Procedente.

O Auto de Infração foi lavrado em 07/04/2020 e notificado ao Sujeito Passivo (IE 76.192.521) em 11/05/2020 (fl. 21), a exigir ICMS no montante de R\$ 39.968,32, além de multa (60% do valor lançado) e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento da seguinte irregularidade constatada pela Fiscalização de trânsito de mercadorias (Posto Fiscal Benito Gama):

Infração 01 - 54.05.08: *Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal. [...] Enquadramento Legal: Alinea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Dec. n° 13.780/2012 c/c art. 12-A, inciso III; do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei n° 7.014/96. Tipificação: Art. 42, alínea “d”, inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96. Multa Aplicada: 60% [...] Total do débito (valor histórico): R\$ 39.968,32.*

Consta do Auto de Infração, ainda, o seguinte registro:

“O presente lançamento refere-se a antecipação parcial do ICMS das mercadorias/produtos tributados (1400 cxs alho fresco normal/roxo conforme danfe), procedente de outra Unidade da Federação (SP), constantes nos DANFE (s) n° (s) 647, para comercialização ou outros atos de comércio por contribuinte situado no Estado da Bahia cuja inscrição estadual encontrava-se no cadastro SEFAZ na condição de DESCREDENCIADO com restrição de crédito-Dívida Ativa conforme cópia em anexo. Falta da denúncia espontânea e pagamento do ICMS devido antes da entrada no território deste Estado”.

O contraditório se desenvolveu de modo regular, com **Defesa** às fls. 23 a 26; e **Informação Fiscal** de fls. 33 a 34. Afirmou a 2ª JJF que, com efeito, o lançamento deveria ser mantido, consoante fundamentação a seguir transcrita:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização do trânsito de mercadorias, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Verifico que a ação fiscal se iniciou com a lavratura do Termo de Apreensão de fls. 04 e 04-v.

Se encontra acostado à fl. 06, cópia do DANFE 647, emitido em 06/04/2020 por Foco Trade Importação e Exportação Ltda., relativa a 1.400 caixas de alho fresco normal/roxo tendo a mídia de fl. 53 sido devidamente entregue ao final da ação fiscal, através do recibo de fl. 52.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, e tida como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, os todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

A empresa autuada, por sua vez, compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou o aspecto da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Registro, por pertinente, que após a autuação, e mesmo informação fiscal, a razão social da autuada foi alterada, sem que tal fato fosse devidamente informado nos autos.

Embora teça a defesa considerações acerca de transferências internas entre estabelecimentos da mesma empresa, este fato não tem qualquer relação com a autuação ora apreciada, até pelo motivo de se tratar de operação interestadual.

De igual maneira, embora o autuante, em sede de informação fiscal, fale em substituição tributária nos termos do artigo 8º da Lei 7.014/96, este também não é o móvel da autuação, e sim, antecipação tributária parcial, conforme, inclusive, indicado pelo mesmo quando do enquadramento legal (fl. 01).

Da análise dos elementos inseridos nos autos, verifico que a acusação se reporta a antecipação parcial do imposto, prevista no artigo 12-A da Lei 7.014/96, ao passo que a defesa se estriba na devolução posterior da mercadoria.

A legislação tributária do Estado, estabelece como regra geral, que nas entradas de mercadorias no território da Bahia, os contribuintes possuem a obrigação de recolher a título de antecipação tributária, o ICMS. Esta regra está insculpida no já mencionado artigo 12-A da Lei 7.014/96:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

Por outro lado, o artigo 17 da mesma Lei, determina que a base de cálculo para o recolhimento do imposto é o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, bem como o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado, e em relação ao IPI, o parágrafo 2º do mencionado artigo 17, estipula que não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos.

No caso em comento, estando a empresa destinatária da mercadoria na condição de descredenciada, o momento para o recolhimento do imposto seria o da entrada da mesma neste estado.

A arguição de devolução da mercadoria não há de prevalecer frente a autuação, vez se tratar de fato constatado no momento do trânsito da mesma, sendo a devolução fato superveniente àquele constatado no momento da lavratura do Auto de Infração, onde era sim, devido o imposto.

Na eventualidade de devolução da mercadoria, deveria a empresa agir seguindo os ditames previstos na legislação para o caso, solicitando, inclusive, a devolução do valor do imposto eventualmente recolhido, mediante procedimento apropriado, o que não se tem notícia nos autos.

De igual forma, não vieram aos fólios provas do recolhimento do imposto a título de antecipação parcial.

Assim, não posso acolher os argumentos defensivos, e tenho o lançamento como procedente.

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo ofereceu em suas razões recursais, ora expostas em síntese, reiterativas da tese de defesa:

a) que o negócio jurídico ensejador da incidência foi desfeito, o que implicaria a anulação dos efeitos tributários decorrentes da devolução da mercadoria, tecendo para tanto considerações

sobre a natureza jurídica do ICMS e sua base constitucional de incidência, com transcrição de ementa de julgado do TJMS (que conhecera a anulação dos efeitos tributários ante a devolução de uma mercadoria);

- b)** menciona as Notas Fiscais de aquisição e de devolução da mercadoria, e a carta de devolução com o *“desfazimento amigável da transação, por conta de desvios do padrão, consubstanciados em broto esverdeado e alto já na polpa, bem como peso unitário divergente do constante na NF”*, para constatar que não houve circulação onerosa, de modo que não se pode ter considerado incidente o ICMS, não havendo lógica em remanescer a autuação;
- c)** que *“com as devidas vénias, beira a insanidade impor que a Autuada recolhesse o tributo apenas para pedir a restituição mesmo sabendo que o recolhimento era indevido. Qual a razão de alguém em sã consciência iria efetuar o pagamento de algo indevido para enfrentar todo o trâmite burocrático e moroso de um pedido de restituição?”*

Conclui requerendo o conhecimento e provimento do recurso para que seja reconhecida a insubsistência e improcedência da ação fiscal, cancelando-se o débito fiscal, com o consequente arquivamento do processo administrativo instaurado, e protesta pela prova do alegado pelos meios admitidos em direito.

Recebidos os autos, considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 06/12/2023, para julgamento, oportunidade em que se fez presente pela Recorrente o Dr. Murillo Brito Araújo, OAB/BA nº 41.920, fazendo o uso regimental da palavra.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, pois nele enxergo o pressuposto do cabimento, art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99. O exame da tempestividade encontra-se superado, por decisão da Presidência do CONSEF (fl. 73 e 73-v.).

A questão de fundo, única ventilada, diz sobre a legitimidade do lançamento tributário do ICMS-antecipação (isto é, o dever de antecipar o ICMS incidente nas operações que, presuntivamente, seriam perfectibilizadas pelo Sujeito Passivo ao receber neste Estado mercadorias para comercialização), ante a constatação de que as operações subsequentes não se aperfeiçoaram porque a mercadoria foi devolvida pela Recorrente.

Em um plano conceitual matemático e constitucional, o raciocínio da Recorrente é plausível. Afinal, é a Constituição Federal que determina que *“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”* (art. 150, § 7º). Se é possível restituir, por que não seria possível cancelar a operação?

Contudo, não foi esse o caminho trilhado pelo legislador do Estado da Bahia, até mesmo para que essa situação jurídica (da devolução) restasse plenamente evidenciada por meio de procedimento transparente. Perceba-se: se o contribuinte estivesse regularmente credenciado, não deveria o ICMS por antecipação, e em caso de uma pronta devolução eventualmente teria o efeito econômico anulado antes de levar o tributo a crédito. Contudo, por uma medida de cautela fiscal, o ICMS-antecipação incide antes do ingresso da mercadoria no território do Estado, de modo que o aspecto temporal da regra de incidência já se havia consumado. O tributo era devido.

Assim, examinados os argumentos, sem encontrar neles qualquer tese ou evidência de falha na ação fiscal ou na decisão do órgão julgador de primeiro grau, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, à unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210544.0157/20-8, lavrado contra **J N DIAS MASCARENHAS E CIA. LTDA. (R S MACHADO COMÉRCIO DE HORTIFRUTIGRANJEIROS E TRANSPORTES LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 39.968,32**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS