

A. I. N° - 279116.1094/03-0
AUTUADO - ELDA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ROGÉRIO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 09.06.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0190-03/04

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS E DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS E SAÍDAS SOB A ALEGAÇÃO DE ROUBO E EXTRAVIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Confirmada a não apresentação dos documentos fiscais em razão de extravio. Os pré-requisitos para o arbitramento estão caracterizados. Um dos motivos para o arbitramento é precisamente a ausência de livros e documentos fiscais, não importando a causa. Infração caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS NORMALMENTE. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Foi feito o levantamento fiscal, reduzindo-se o valor do débito originalmente apontado. b) FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor determinado pela legislação. Após refeitos os cálculos, foi reduzido o débito originalmente apontado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 30/04/03, para exigir o ICMS no valor de R\$44.991,23, acrescido das multas de 60%, 70% e 100%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor correspondente a 1 UPF-BA, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação das notas fiscais de entradas e saídas, tendo sido excluídas as mercadorias enquadradas na substituição tributária (1998) – R\$31.736,65;
2. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis (1999) – R\$3.968,95;
3. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis (2000) – R\$2.803,44;
4. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (2000) – 1 UPF-BA;
5. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88 (1999 e 2000) – R\$6.482,19.

O autuado apresentou defesa por meio de advogado (fls. 654 a 662), alegando inicialmente que está inscrito como empresa de pequeno porte desde 19/12/98 e que “todos os fatos geradores que embasaram o lançamento tiveram ocorrência já quando a impugnante pertencia ao SimBahia”. Em razão disso, argumenta que o percentual a ser aplicado para o cálculo do imposto deveria ser de 2,5% e não 17%, como indicado pelo autuante, e, além disso, a multa aplicável deveria ser de 50% e não de 70%.

Discorre sobre o princípio da não cumulatividade do tributo e aduz que, caso fosse cabível a exigência do ICMS como se estivesse inscrito na condição de “Normal”, deveria ser deduzida a parcela relativa ao crédito fiscal.

Em relação à infração 1, afirma que o arbitramento foi realizado sem base legal, porque “não detinha os documentos uma vez que os mesmos foram extraviados e o fato foi comunicado à SECRETARIA DA FAZENDA”. Ademais, diz que todas as operações foram lançadas nos livros fiscais, os quais foram disponibilizados ao autuante e, portanto, havia outros meios para “obter dados contábeis ao invés de praticar o arbitramento”. Transcreve ementas de decisões deste CONSEF e repete que o percentual deveria ser de 2,5% para o cálculo do imposto.

Quanto às infrações 2 e 3, alega que a presunção de omissão de saídas somente é cabível quando se verifica a ocorrência de entradas não registradas e, como não está obrigado a escriturar o livro Registro de Inventário (por estar enquadrado no SimBahia), não é possível a exigência do tributo com base em tal fundamentação.

Acrescenta que, conforme as planilhas acostadas às fls. 663 a 669 e 681 a 694, o autuante cometeu alguns equívocos no levantamento quantitativo de estoques e, além disso, entende que o percentual a ser aplicado para o cálculo do ICMS, deve ser de 2,5% e não 17%, e a multa, de 50%, e

não de 70%, como indicado pela autuante. Finalmente, reconhece o débito de R\$694,91 e R\$776,36 referentes aos exercícios de 1999 e 2000, respectivamente.

Relativamente à infração 5, aduz que é improcedente, visto que o imposto estadual foi retido pelos remetentes das mercadorias, conforme consta nas notas fiscais de aquisição, não restando, assim, nenhuma obrigação de pagar.

Por fim, requer a produção das provas admitidas em direito, o prazo de 10 (dez) dias para juntada das notas fiscais relacionadas nas Planilhas numeradas de 1 a 8 e a realização de diligência para “proceder ajustes de conformidade com os argumentos acima delineados”.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 697 a 699), preliminarmente ressalta que a Lei nº 7.357/98, que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, entrou em vigor apenas no dia 01/01/99 e, portanto, o autuado esteve enquadrado nos seguintes regimes de apuração no período fiscalizado:

1. de 01/01/98 a 31/12/98 – normal;
2. de 01/01/99 a 31/03/00 – empresa de pequeno porte (SimBahia);
3. de 01/04/00 a 31/12/00 – microempresa (SimBahia).

Quanto à infração 1, afirma que foram extraviadas as notas fiscais de entradas e saídas do contribuinte, referentes ao exercício de 1998, quando ele se encontrava inscrito como “Normal”, devendo, portanto, ser aplicada a alíquota de 17% para calcular o ICMS devido.

Acrescenta que, mesmo após intimado, o contribuinte informou que não dispunha dos livros e documentos contábeis, e, sendo assim, a falta de apresentação dos documentos fiscais inviabilizou qualquer tipo de procedimento fiscal.

Finaliza dizendo que a apresentação de simples cópia de memorando (fl. 678), sem qualquer protocolo de recebimento por parte da Secretaria da Fazenda não comprova o cumprimento da exigência constante no artigo 146, inciso I, do RICMS/97.

Relativamente às infrações 2 e 3, argumenta que a Lei nº 7.357/98 estabelece os casos de perda do tratamento previsto no SimBahia, dentre os quais em função da constatação de falta de emissão de notas fiscais de saída de mercadorias por meio de levantamento quantitativo de estoques (artigo 15, inciso V, da citada Lei). Já o artigo 17 da mencionada Lei prevê o cálculo do ICMS devido sem o tratamento tributário simplificado previsto no SimBahia, com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais. Por essa razão, diz que utilizou a alíquota de 17% e calculou o crédito fiscal consoante o disposto na Orientação Normativa nº 01/2002.

Conclui dizendo que, embora tivesse pedido prazo para a juntada de notas fiscais relacionadas nas Planilhas nºs 1 a 8, até esta data o contribuinte não as apresentou.

Em relação à infração 5, alega que, pela simples verificação das notas fiscais lançadas na Planilha nº 9 (fls. 609 a 645), pode-se concluir que, ou não houve a retenção do imposto pelos remetentes das mercadorias, ou os fornecedores não estão inscritos no Estado da Bahia como substitutos tributários. Ademais, não foram apresentados os DAEs ou as GNREs para comprovar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária.

Às fls. 710 a 924 foram juntadas, pelo contribuinte, notas fiscais para tentar comprovar as alegações defensivas concernentes às infrações 1, 2 e 3 (Planilhas nºs 1 a 8).

Esta 3ª JJF, tendo em vista a controvérsia, decidiu converter o PAF em diligência, a fiscal estranho ao feito (fls. 928 e 929), para que, em relação à infração 1, intimasse o contribuinte a apresentar as notas fiscais de entradas e saídas referentes ao exercício de 1998 e informasse, caso não fossem

apresentados os documentos, quais as notas fiscais de saídas que deixaram de ser entregues e os meses a que se referiam, bem como qual a repercussão dos documentos fiscais não apresentados, em relação ao total escriturado nos livros fiscais.

Relativamente às infrações 2 e 3, foi solicitado que o diligente realizasse um confronto entre as planilhas elaboradas pelo autuante (fls. 28 a 81) e pelo autuado (fls. 663 a 669 e 681 a 694), com base nos documentos fiscais do contribuinte, e informasse se persistia algum valor a título de omissão de saídas de mercadorias. Caso positivo, considerando o entendimento esposado pelas Câmaras deste CONSEF, que adotasse as seguintes providências:

1. na data de ocorrência de 31/12/99 - verificasse se, adicionando as receitas não declaradas à receita bruta ajustada do contribuinte, houve ou não pagamento a menos do imposto estadual; em caso positivo, exigisse a diferença de ICMS devida;
2. na data de ocorrência de 31/12/00 - exigisse o imposto de acordo com os critérios normais de apuração (alíquota interna), adotando a base de cálculo prevista no artigo 60, inciso I, do RICMS/97 e, após o cálculo do tributo, deduzisse o percentual de 8%, a título de créditos fiscais a que faz jus o contribuinte, em face do disposto no § 1º do artigo 19, da Lei nº 7.357/98 (Lei do SimBahia), com a alteração introduzida pela Lei nº 8.534/02.

Quanto à infração 5, foi pedido que o diligente verificasse, por meio da análise das notas fiscais relacionadas na Planilha nº 9 (fls. 83 a 85) se o ICMS devido por antecipação tributária foi retido pelos fornecedores das mercadorias, como alegou o autuado, ou foi pago por meio de DAE ou GNRE.

O diligente apresentou o Parecer ASTEC nº 0238/2003 (fls. 931 a 935) informando que:

1. relativamente à infração 1 – o autuado reiterou a informação já constante nos autos, de que “todas as notas fiscais de entradas e de saídas do exercício de 1998 foram extraviadas” e de que os únicos documentos existentes são aqueles capturados no CFAMT e anexados pelo autuante;
2. quanto à infração 2 – realmente, diversos equívocos nas quantidades de saídas de mercadorias foram cometidos pelo autuante e, após as retificações, constatou, no exercício de 1999, uma redução do valor da omissão de saídas de mercadorias, de R\$31.853,30 para R\$29.888,85. Ressalta que, com a soma do valor da omissão de saídas com a receita bruta do contribuinte (regime do SimBahia), verificou que o imposto devido deve ser de R\$694,92;
3. em relação à infração 3 – também foram constatados erros no levantamento fiscal e, após as correções, apurou uma omissão de saídas de R\$39.659,39, ao invés de R\$44.617,68, apontada pelo preposto fiscal. Salienta que, após a incidência da alíquota de 17% e da dedução de 8%, a título de crédito fiscal, encontrou o ICMS de R\$3.569,35, valor superior àquele indicado no Auto de Infração, de R\$2.803,44;
4. em referência à infração 5 – procedeu à correção nos valores de débito, tendo em vista a constatação de “vários destaques da antecipação do ICMS nas notas fiscais de fornecedores de outros estados que não foram consideradas no levantamento elaborado pelo autuante”. Em consequência, reduziu o débito para R\$6.042,69, acorde a planilha acostada às fls. 942 e 943.

O autuante foi cientificado do trabalho diligencial (fl. 948) e veio aos autos alegando que “a Orientação Normativa nº 01, de 10 de julho de 2002, disciplina a apuração do ICMS pelo regime normal, nas hipóteses em que seja verificada a prática das infrações tipificadas no art. 42, incisos III, IV, e alíneas “a” e “c” do inciso V da Lei nº 7.014/96, por contribuintes inscritos no Regime

Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA” e, por essa razão pede “a manutenção dos valores dispostos no AI para a infração 02”.

Quanto à infração 5, reconhece que as correções efetuadas pelo diligente são pertinentes, em relação ao contribuinte DURAMAR - Indústria e Comércio Ltda., inscrito como substituto tributário, que “deixou o campo próprio da nota em branco, contudo carimbou a nota o número de inscrição no Estado da Bahia”. Em referência ao contribuinte Indústria e Comércio de Tintas Javaé Ltda., diz que não localizou a sua inscrição como substituto tributário no Estado da Bahia, razão pela qual sugeriu valores de débito diversos daqueles apontados pelo diligente, no total de R\$6.082,18, conforme a planilha que apresentou à fl. 950.

O autuado foi intimado do Parecer ASTEC (fl. 948) e se manifestou (fls. 962 a 964) aduzindo, quanto à infração 1, que realmente as notas fiscais foram extraviadas (fato logo comunicado à Secretaria da Fazenda), mas os livros fiscais foram disponibilizados para a fiscalização, razão pela qual não há fundamento para a aplicação do arbitramento. Salienta, ainda, que o critério de apuração do imposto pelo regime do SimBahia deveria ter sido aplicado pelo diligente.

Relativamente à infração 2, concorda com o débito apurado pelo estranho ao feito, mas alega que o revisor deveria ter aplicado o mesmo método de apuração do ICMS pelo regime do SimBahia concernente à infração 3.

Em relação à infração 5, diz que o auditor revisor não atentou para o fato de que os fornecedores das mercadorias efetuaram a retenção do imposto estadual.

Finalmente, reitera os termos de sua defesa inicial, especialmente a anulação da infração 1 do Auto de Infração.

O sujeito passivo foi também intimado da informação prestada pelo autuante, em relação ao Parecer ASTEC, e se pronunciou novamente (fls. 958 e 959) argumentando que a Orientação Normativa não se aplica ao caso, pois “a dita norma não tem o condão de revogar direito ou retroagir para prejudicar”. Sendo assim, requer “a aplicação do tratamento tributário conforme as normas vigentes até 01/11/00, vez que, só a partir de 02/11/00, tal infração passou a ser de natureza grave”, procedimento que deve ser aplicado também em referência à infração 5, em seu entendimento.

Quanto à infração 5, diz que o auditor não atentou para o fato de que os fornecedores das mercadorias efetuaram a retenção do imposto estadual, sendo “incabível qualquer apuração neste item”.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade, suscitada pelo autuado em relação à infração 1, pelas razões a seguir expendidas:

1. o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação, ao fisco, de todas as notas fiscais de entradas e saídas referentes ao exercício de 1998, sob a alegação de extravio;
2. o próprio contribuinte, em suas manifestações, reconheceu a falta de entrega da documentação ao Fisco em razão do extravio, fato também comprovado pela Certidão expedida pela Delegacia Circunscricional de Polícia, acostada à fl. 17;

3. mesmo após intimado pelo diligente, o autuado continuou a não oferecer os documentos fiscais para análise;
4. a entrega dos livros fiscais não dispensa o contribuinte da apresentação dos documentos fiscais, uma vez que estes são elementos indispensáveis para que a fiscalização possa realizar a conferência dos lançamentos efetuados nos livros fiscais.

Pelo exposto, entendo que restou indubitavelmente comprovado que houve o extravio de todos os documentos fiscais do sujeito passivo referentes ao exercício de 1998, não restando ao Fisco outra alternativa, a não ser proceder ao arbitramento da base de cálculo do imposto, no exercício citado, em atendimento ao disposto no § 1º do artigo 146, do RICMS/97 que assim se expressa:

Art. 146. Nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a:

I - comunicar o fato à Inspetoria Fazendária, dentro de 8 dias;

II - comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo.

*§ 1º Se o contribuinte deixar de atender ao disposto neste artigo ou se, intimado a fazer a comprovação a que alude o inciso II, se recusar a fazê-la ou não puder efetuar-la, e, bem assim, nos casos em que a mesma for considerada insuficiente ou inidônea, **o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrado pelo fisco**, pelos meios a seu alcance, deduzindo-se, para efeito de apuração da diferença do imposto, se for o caso, os créditos fiscais e os valores recolhidos, quando efetivamente comprovados pelo contribuinte ou pelos registros da repartição fazendária. (grifos não originais)*

Observe-se que o dispositivo acima transcrito não exige a constatação de sonegação do ICMS para que possa ser aplicado o arbitramento, bastando a impossibilidade de comprovação do montante das operações escrituradas nos livros fiscais ou sua comprovação insuficiente para que este método possa ser aplicado. Por se tratar de uma regra especial, é obrigatória a sua aplicação e não o artigo 937, do RICMS/97, que é genérico, não obstante estar prevista, neste último, a hipótese de arbitramento da base de cálculo do imposto por falta de apresentação de livros e documentos fiscais, embora dentro da limitação disposta no seu *caput* - prática de sonegação e impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado, na infração 1, em decorrência de arbitramento da base de cálculo do imposto, por extravio dos documentos fiscais. Considerando que o contribuinte deixou de apresentar à fiscalização a totalidade dos documentos fiscais de entradas e saídas, entendo que ficou demonstrada pelo autuante a impossibilidade de levar a efeito um exame na escrituração da empresa, através dos roteiros normais de fiscalização, relativamente ao exercício de 1998, tendo sido adotado, de forma correta, o arbitramento da base de cálculo do imposto.

Em decorrência dos fatos expostos, o autuante adotou, para efetuar o arbitramento da base de cálculo do ICMS, o método previsto no artigo 938, inciso I, do RICMS/97, com base nos elementos extraídos dos livros fiscais, incluindo apenas as mercadorias tributadas pelo regime normal de apuração (fls. 25 a 27).

Ressalto que a alíquota de ICMS, em caso de arbitramento da base de cálculo do imposto deve ser de 17%, a não ser em relação àquelas mercadorias com alíquota reduzida, prevista na legislação,

uma vez que o sujeito passivo estava inscrito na condição de normal, no exercício de 1998, não havendo nenhuma razão para que seja utilizado o critério de apuração do ICMS pelo regime do SimBahia, como requereu o autuado. Pelo exposto, considero correto o valor de débito exigido nesta infração.

Nas infrações 2 e 3 exige-se o imposto que foi apurado em decorrência de levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 1999 e 2000. O autuado alegou que o preposto fiscal teria cometido alguns equívocos e, por esse motivo, este órgão julgador converteu o PAF em diligência, a fiscal estranho ao feito, que, após analisar a escrituração do contribuinte, confirmou a existência de alguns equívocos no levantamento fiscal.

O diligente, após as retificações pertinentes, apurou um valor de omissão de saídas de mercadorias em valor inferior ao apontado pelo autuante na infração 2 e, após adicionar o montante da omissão à receita bruta ajustada do autuado (uma vez que ele estava enquadrado no SimBahia), calculou o débito em R\$694,92, valor acatado pelo contribuinte em sua manifestação de fls. 962 a 964.

Entretanto, o autuante apresentou-se inconformado com o resultado da diligência, sob o argumento de que “a Orientação Normativa nº 01, de 10 de julho de 2002, disciplina a apuração do ICMS pelo regime normal, nas hipóteses em que seja verificada a prática das infrações tipificadas no art. 42, incisos III, IV, e alíneas “a” e “c” do inciso V da Lei nº 7.014/96, por contribuintes inscritos no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA” e, por essa razão pede “a manutenção dos valores dispostos no Auto de Infração para a infração 2”.

A esse respeito, é importante salientar que a Orientação Normativa nº 01 foi editada, em 10/07/02, pelo COMITÊ TRIBUTÁRIO DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA, com o objetivo de preencher um vácuo existente na legislação do SimBahia, haja vista que, em caso de prática de determinadas infrações pelas microempresas ou empresas de pequeno porte, o ICMS era cobrado à alíquota de 17%, porém não havia previsão legal de utilização de créditos fiscais para tais contribuintes.

Todavia, a situação mudou a partir da publicação da Lei nº 8.534, em 14/12/02, que introduziu o § 1º ao artigo 19 da Lei nº 7.357/98 (Lei do SimBahia), prevendo que o imposto deveria ser exigido à alíquota de 17%, mas deduzido do percentual de 8%, a título de créditos fiscais. Obviamente, uma Orientação Normativa não pode se contrapor a uma Lei, devendo esta ser aplicada, mesmo aos casos pretéritos pendentes de julgamento, em razão do princípio da retroação benigna.

Observe-se que os valores de créditos fiscais, calculados nos moldes da Orientação Normativa nº 01/02, devem ser acatados apenas se forem mais favoráveis, ao sujeito passivo, do que o percentual de 8%, como disposto no § 2º do artigo 19 da Lei nº 7.357/98 (também acrescentado pela Lei nº 8.534/02), que tem a seguinte redação: “Tendo o contribuinte comprovado a existência de crédito fiscal superior ao indicado no parágrafo anterior, estará assegurada a sua aplicação no cálculo do imposto a recolher”.

Pelo exposto, acato o valor de débito apontado pelo diligente para a infração 2, de R\$694,92, por estar em consonância com a legislação que rege a matéria.

Quanto à infração 3, o diligente, depois da correção dos erros existentes no levantamento fiscal, apurou uma omissão de saídas de mercadorias inferior à apontada pelo preposto fiscal. Como o sujeito passivo estava inscrito no regime simplificado do SimBahia, o estranho ao feito ressaltou que, após a incidência da alíquota de 17% e da dedução do crédito presumido de 8%, o ICMS apurado foi de R\$3.569,35, valor superior àquele indicado no Auto de Infração, de R\$2.803,44.

Neste caso específico, verifica-se dos demonstrativos de fls. 76 a 81, que o autuante calculou o tributo à alíquota de 17% e concedeu os créditos fiscais, calculando-os de acordo com as instruções contidas na Orientação Normativa nº 01/02, e, portanto, em atendimento ao disposto no § 2º do artigo 19 da Lei nº 7.357/98 (alterada pela Lei nº 8.534/02) acima transcrito, entendendo que devem ser concedidos os créditos fiscais apontados originalmente pelo autuante, por serem em valor superior àquele calculado através do percentual de 8%.

Sendo assim, retifiquei o levantamento fiscal do exercício de 2000, com base no valor de omissão de saídas encontrada pelo diligente e no montante de créditos fiscais apurado pelo autuante, da seguinte forma:

Omissão de saídas apurada pelo diligente	R\$39.659,39
ICMS (alíquota de 17%)	R\$6.742,10
(-) Créditos fiscais apontados pelo autuante	R\$4.684,34
ICMS a ser exigido (infração 3)	R\$2.057,76

O débito cobrado na infração 4 não foi impugnado pelo autuado e, portanto, deve ser mantido.

Na infração 5 exige-se o tributo por falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, nos exercícios de 1999 e 2000.

Preliminarmente, há que se ressaltar que o imposto devido, em relação às mercadorias enquadradas na substituição tributária, deve ser recolhido pelas microempresas e empresas de pequeno porte, que se dediquem à atividade comercial, nos moldes em que é apurado e pago pelos contribuintes inscritos na condição de normal, acorde os artigos 390-A e 391-A, do RICMS/97.

O autuado alegou apenas que o imposto estadual foi retido pelos remetentes das mercadorias, conforme consta nas notas fiscais de aquisição, não restando, assim, nenhuma obrigação de pagar o imposto, o que foi confirmado, em parte, pelo diligente que informou que procedeu à correção nos valores de débito, tendo em vista a constatação de “vários destaques da antecipação do ICMS nas notas fiscais de fornecedores de outros estados que não foram consideradas no levantamento elaborado pelo autuante”. Em consequência, o estranho ao feito reduziu o débito para R\$6.042,69, acorde a planilha acostada às fls. 942 e 943.

O autuante acatou as retificações feitas pelo diligente, exceto em relação às notas fiscais emitidas pela empresa Indústria e Comércio de Tintas Javaé Ltda., sob a alegação de que não havia localizado a sua inscrição como substituto tributário no Estado da Bahia, razão pela qual sugeriu valores de débito diversos daqueles apontados pelo diligente, no total de R\$6.082,18, conforme a planilha que apresentou à fl. 950.

Examinando as Notas Fiscais nºs 2773 e 3025, emitidas pela empresa acima mencionada (fls. 640 e 641), constatei que o ICMS foi efetivamente destacado e retido pelo contribuinte e, conseqüentemente, não há como cobrá-lo novamente do estabelecimento autuado.

Entendo que o fato de o remetente das mercadorias não estar inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia não retira a sua condição de contribuinte substituto tributário, pois determinada pela legislação (no caso, os Convênios ICMS nºs 74/94 e 28/95), e é dele que deve ser exigido o tributo que foi retido e, eventualmente, não foi repassado aos cofres estaduais.

De acordo com o artigo 391-A, do RICMS/97, somente cabe à microempresa ou empresa de pequeno porte, adquirente de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e procedentes de outras unidades da Federação, a obrigação de efetuar o pagamento do ICMS por antecipação se não tiver havido a retenção do imposto pelo remetente ou tiver sido feita a menos, o que não foi a situação das notas fiscais acima aludidas.

Dessa forma, acato o demonstrativo elaborado pelo diligente (fl. 938) e entendo que deve ser reduzido o valor do débito, referente à infração 5, de R\$6.482,19 para R\$6.042,69.

Por fim, destaco que as multas indicadas no lançamento são aquelas previstas na Lei nº 7.014/96 para as irregularidades apontadas (artigo 42, inciso II, alínea “f”, inciso III, inciso IV, alínea “f” e inciso XXII).

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo:

Infração	Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo R\$	Alíquota (%)	Multa (%)	Multa UPF-BA	Débito R\$
1	31/12/98	09/01/99	186.686,18	17%	100%		31.736,65
2	31/12/99	09/01/00	4.087,76	17%	70%		694,92
3	31/12/00	09/01/01	12.104,47	17%	70%		2.057,76
4	31/12/00	09/01/01	0,00			1	0,00
5	31/01/99	10/02/99	9.817,00	17%	60%		1.668,89
5	31/03/99	10/04/99	1.218,35	17%	60%		207,12
5	30/06/99	10/07/99	39,94	17%	60%		6,79
5	31/07/99	10/08/99	2.124,12	17%	60%		361,10
5	30/09/99	10/10/99	22,59	17%	60%		3,84
5	31/10/99	10/11/99	2.150,65	17%	60%		365,61
5	30/11/99	10/12/99	26,65	17%	60%		4,53
5	31/12/99	10/01/00	2.150,65	17%	60%		365,61
5	31/01/00	10/02/00	28,94	17%	60%		4,92
5	28/02/00	10/03/00	2.133,00	17%	60%		362,61
5	31/03/00	10/04/00	832,76	17%	60%		141,57
5	30/04/00	10/05/00	1.673,94	17%	60%		284,57
5	31/05/00	10/06/00	4.490,29	17%	60%		763,35
5	30/06/00	10/07/00	19,29	17%	60%		3,28
5	31/08/00	10/09/00	1.281,41	17%	60%		217,84
5	31/10/00	10/11/00	2.793,82	17%	60%		474,95
5	30/11/00	10/12/00	1.275,00	17%	60%		216,75
5	31/12/00	10/01/01	3.466,82	17%	60%		589,36
TOTAL DO DÉBITO						1	40.532,02

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279116.1094/03-0, lavrado

contra **ELDA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$40.532,02**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$6.042,69, 70% sobre R\$2.752,68 e 100% sobre R\$31.736,65, previstas no art. 42, II, “d”, III e IV, “i”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, além da multa de **1 UPF-BA**, prevista no art. 42, XXII, da citada Lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA