

A. I. Nº - 279116.1106/03-9
AUTUADO - ADELMA OLIVEIRA FARIAS SILVA
AUTUANTE - ROGÉRIO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 20. 07. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0229-04/05

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS POR MICROEMPRESA COMERCIAL VAREJISTA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. De acordo com a legislação da época, a microempresa comercial varejista, ao adquirir mercadorias de outras unidades da Federação, deveria efetuar o pagamento do ICMS por antecipação até o dia 10 do mês subsequente ao da sua entrada no seu estabelecimento. Após diligência fiscal, houve a diminuição do valor do ICMS originalmente cobrado. 2. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. a) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Após diligência fiscal, diminuído o débito original cobrado. b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não contestada. Não acatada a arguição de nulidade da ação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 20/11/2003, o Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$7.751,47, acrescido das multas de 50% e 60%, em razão de:

1. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na condição de microempresa comercial varejista, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (exercício de 1998) – R\$4.691,09;
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (exercícios de 1999, 2000, 2001, 2002 e parte de 2003) – R\$2.560,38;
3. Falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia (abril, maio, junho, julho e setembro de 2003) – R\$500,00.

O autuado impugnou a ação fiscal (fls. 466/468) identificando-se, inicialmente, como empresa cuja atividade é de mercearia e armazém varejista. Nesta condição, ao realizar aquisições de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, os fornecedores as enviam com o imposto substituto recolhido, conforme comprovava cópia reprográfica de nota fiscal que anexou ao processo com o intuito de servir de exemplo para os demais documentos autuados.

Prosseguindo nos seus argumentos, afirmou que o “abatimento constitucional” é uma obrigação de conteúdo pecuniário, um direito obrigacional. Assim, “o crédito do ICMS não se confunde com a realização do seu fato imponible, pois relação jurídica autônoma, que se submete às regras de

interpretação totalmente diferentes daquelas usadas na relação tributária.” Em vista desta situação, o sujeito passivo tem total liberdade de lançar e abater o crédito fiscal do débito apurado, pois é ele o sujeito ativo desse direito, não cabendo ao fisco e nem a legislação infraconstitucional restringi-lo.

Reafirmou que tendo adquirido as mercadorias com o imposto por substituição tributária retido pelos vendedores, não mais poderia ser cobrado qualquer outro valor. Discorrendo sobre os procedimentos de compra e venda de uma transação comercial, reafirmou sua irresignação quanto à cobrança em lide pois infringia o princípio da não-cumulatividade, assegurado constitucionalmente.

Requeru a improcedência da ação fiscal.

O autuante no seu pronunciamento, observando que nas cópias reprográficas das notas fiscais trazidas pelo defendente não havia o destaque do ICMS da substituição tributária nem, tampouco, da sua respectiva base de cálculo, ratificou o lançamento fiscal (fl. 471).

A Repartição Fiscal enviou cópia da informação prestada pelo autuante (fl. 477). O autuado manifestou-se, trazendo, aos autos, cópia da defesa que havia realizado anteriormente (fls. 473/475).

Na fase de instrução processual, foram observados os seguintes fatos:

1. não existiam cópias de alguns documentos fiscais. O autuante calculou o imposto, através destes documentos, por uma relação emitida pelo CFAMT. Inclusive não apontou o remetente, apenas o CNPJ, já que nesta relação não constavam estes nomes.
2. a Nota Fiscal nº 090048, trazida pela defesa como prova de seu argumento, embora em campo erroneamente consignado, estava com o imposto retido por antecipação. Outras se encontram na mesma situação, a exemplo daquela de nº 863.891 (fl. 178).
3. de igual forma, alguns documentos se encontravam com o imposto, por antecipação e substituição tributária, retido pelos remetentes das mercadorias (exemplo Nota Fiscal nº 210978 - fl. 19 e fl. 285) e em outros, principalmente em relação aos documentos base da autuação do item 2, não havia a indicação da antecipação ou a substituição tributária (Nota Fiscal nº 15314 – fl. 182).

O processo foi baixado em diligência para que o autuante analisasse as notas fiscais dos itens 1 e 2 do Auto de Infração, visando saber em que quais documentos não constavam a retenção do imposto. Apresentasse demonstrativo de débito após tais ajustes. Foi reaberto prazo de defesa (fl. 479).

O autuante prestou informação, afirmando que (fl. 482) o nome comercial dos contribuintes emitentes dos documentos fiscais, fornecedores do autuado, podia ser obtido no site do SINTEGRA, tais como: Machmelo Comercial Ltda, Bispam Ltda, Isotérmica Ind. Com. Plástico Ltda. Para tal pesquisa utilizou o CNPJ destes fornecedores.

As notas fiscais não anexadas com a IE nº 38474699 foram emitidas pela Arcom, pois a Nota Fiscal nº 863.891 (fl. 178) com a mesma inscrição e consignada na planilha foi por aquela empresa emitida. De igual forma, notas fiscais com a IE nº 36.309.649 foram emitidas pela Martins, pois aquela de nº 477.274 (fl. 142) estava pensada aos autos.

Em relação a Nota Fiscal nº 90048 (fl. 190 – mercadoria: sabonete) não houve a retenção do ICMS, provavelmente se tratou de erro de impressão. Ao observar a Nota Fiscal nº 90047 (fl. 189) onde existe a retenção em campo próprio, também há o impresso “ICMS DIF 48,61” no campo “outras despesas acessórias”. No caso, as mercadorias sujeitas à retenção estavam marcadas com “0” na coluna C.S.T. (código da situação tributária).

Em relação a Nota Fiscal nº 210.978 (fls. 19 e 285), o imposto retido foi sobre a mercadoria “absorvente”. O imposto cobrado no lançamento fiscal foi sobre “chiclete”.

O autuado ao ser chamado para tomar conhecimento da diligência solicitada por este Colegiado (fls. 486) manifestou-se, apresentando seu entendimento do regime da substituição tributária, trazendo os

mesmos argumentos defensivos anteriormente expostos. Solicitou a improcedência do Auto de Infração e que a Inspetoria Fazendária se abstinhasse de tomar qualquer medida fiscal contra ela.

Como a diligência efetuada pelo autuante não dirimiu as dúvidas ainda existentes no processo, mais uma vez os autos foram baixados em diligência, desta vez à ASTEC deste CONSEF. Foi reaberto, novamente prazo de defesa. (fl. 495).

Diligente fiscal (Parecer ASTEC nº 0054/2005 – fls. 498/502), preliminarmente, noticiou sua impossibilidade de anexar aos autos as cópias das notas fiscais solicitadas. Ressaltou que o próprio autuante informou (fl. 482) que estes documentos foram arrecadados pela fiscalização do trânsito de mercadorias e registradas no sistema CFAMT, o que indicava que ele não teve acesso aos mesmos. Além do mais, a juntada de documentos em que se baseia a autuação é atribuição exclusiva da fiscalização, não cabendo à ASTEC/CONSEF juntar provas, sob pena de estar fazendo lançamento de ofício.

Após analisar todos os documentos fiscais apresentados (nota a nota) e anexados aos autos, concluiu que nos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 14/27) o ICMS reclamado, quer por antecipação, quer por substituição tributária, se ateve às mercadorias cujo imposto não havia sido retido pelo vendedor. Deu como exemplo as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 210.978 (fl. 285) onde o imposto cobrado refere-se a absorvente e o imposto lançado pelo autuante (fl. 19) refere-se a chiclete. Em vista da situação, nada havia a ser excluído. No entanto, elaborou levantamento excluindo os documentos fiscais cujas cópias não se encontravam anexadas ao processo.

O CONSEF enviou os autos à Repartição Fiscal para que o autuado e autuante tomassem conhecimento da diligência solicitada (fl. 520). Ambos não se manifestaram (fls. 521/524).

VOTO

Preliminarmente cumpre observar que nas duas diligências solicitadas por este Colegiado foi reaberto prazo de defesa (30 dias) tendo em vista que, dentre as providências solicitadas estava a de que o autuante, ou o diligente da ASTEC/CONSEF, anexasse, aos autos, todas as notas fiscais que compuseram os levantamentos, uma vez que parte delas não se encontrava apensada aos autos. Esta situação poderia levar à arguição de cerceamento de defesa. Nas duas solicitações estes documentos não foram anexados e a Repartição Fiscal somente reabriu prazo de dez (10) dias ao sujeito passivo para se manifestar. Entretanto, diante do meu convencimento sobre o desfecho da lide e diante do art. 2º, do RPAF/99 deixo de solicitar uma terceira diligência para que seja cumprido o prazo de 30 dias e passo ao julgamento da lide.

A impugnação da presente autuação teve como argumento dois fatos: 1) de que os fornecedores das mercadorias adquiridas já haviam retido o imposto, à época das vendas, sobre as mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária; 2) como tem direito de abater, dos débitos fiscais existentes, os créditos sobre suas aquisições e que nenhuma lei infraconstitucional pode restringi-lo, pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS, o lançamento fiscal não poderia ser sustentado.

Apreciando a segunda colocação feita, se, porventura, o autuado quis afirmar que o regime da substituição tributária fere o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS é matéria que não se pode discutir neste foro administrativo, em conformidade com o art. 167, do RPAF/99. Lembro, apenas, que este regime, largamente discutido nos diversos tribunais do País, já foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

E, assim não sendo, se o argumento de defesa trazido aos autos sobre o princípio da não-cumulatividade do imposto tem por base a sua afirmativa de que os fornecedores das mercadorias já haviam retido o imposto, adentro no mérito da autuação para apreciar a questão.

O item 1 trata da falta de recolhimento do imposto, por antecipação, na condição de microempresa comercial varejista, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no exercício de 1998. Na época ainda não existia a apuração do imposto mensal através do SimBahia. Assim, e de acordo com a legislação vigente na ocasião, a microempresa comercial varejista, ao adquirir mercadorias de outras unidades da Federação, quando não houvesse retenção do imposto pelo vendedor, deveria efetuar o pagamento do ICMS por antecipação até o dia 10 do mês subsequente ao da entrada no seu estabelecimento (art. 397, do RICMS/97 e já revogado). O contribuinte trouxe à lide cópia reprográfica da terceira via da Nota Fiscal nº 090048 para demonstrar que o imposto, e sobre todas as demais, já tinha sido retido pelos fornecedores. O autuante não aceitou o argumento observando que no campo próprio para apuração do imposto retido por antecipação tributária não havia qualquer anotação, inclusive não tinha indicado a base de cálculo do tributo. Com a discussão instalada, o processo foi baixado em diligência para que fiscal estranho ao feito dirimisse as dúvidas existentes. Após analisar nota a nota, o diligente fiscal concluiu que o imposto destacado nos documentos, quer por antecipação, quer por substituição tributária, se referiam a mercadorias que não foram autuadas. Portanto, sob este aspecto a lide foi resolvida.

No entanto, alguns documentos fiscais apresentados no levantamento elaborado pelo fisco não estavam apensados aos autos. Este é fato que merece ser observado, pois a lista das aquisições de mercadorias pelo contribuinte e produzida pelo Sistema CFAMT desta Secretaria da Fazenda se constitui em indício de irregularidade se não estiver embasada com a nota fiscal nesta relação indicada. Observo, inclusive, que o preposto fiscal ao compulsar os documentos somente cobrou o imposto das mercadorias cuja retenção não havia sido feita pelo vendedor. O autuante, embora esta Junta de Julgamento Fiscal tenha solicitado que os apensasse ao processo, não o fez, apenas indicando que eram notas fiscais emitidas pelos fornecedores do autuado. Assim, sem a cópia dos mesmos, não existe base material para a cobrança do imposto, como realizada. Por oportuno, este foi o motivo que me levou a não mais reabrir prazo de defesa. O contribuinte, em qualquer momento, foi prejudicado.

Pelo exposto, mantenho a autuação deste item parcialmente no valor de R\$2.969,44, remanescente do imposto exigido, conforme demonstrativo apresentado pelo diligente fiscal da ASTEC/CONSEF e abaixo reproduzido.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 1

| CÓDIGO | DATA OCORRÊNCIA | DATA VENCIMENTO | ICMS DEVIDO | MULTA (%) |
|------------------|--------------------|--------------------|----------------|-----------|
| 10 | 31/1/98 | 10/2/98 | 280,89 | 50 |
| 10 | 28/2/98 | 10/3/98 | 446,55 | 50 |
| 10 | 31/3/98 | 10/4/98 | 143,44 | 50 |
| 10 | 30/4/98 | 10/5/98 | 153,90 | 50 |
| 10 | 31/5/98 | 10/6/98 | 164,80 | 50 |
| 10 | 30/6/98 | 10/7/98 | 405,13 | 50 |
| 10 | 31/7/98 | 10/8/98 | 156,80 | 50 |
| 10 | 31/8/98 | 10/9/98 | 282,65 | 50 |
| 10 | 30/9/98 | 10/10/98 | 180,54 | 50 |
| 10 | 31/10/98 | 10/11/98 | 222,51 | 50 |
| 10 | 30/11/98 | 10/12/98 | 172,67 | 50 |
| 10 | 31/12/98 | 10/1/99 | 359,56 | 50 |
| TOTAL INFRAÇÃO 1 | | | 2.969,44 | |

No segundo item, a acusação é da falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação. Nesta época o autuado já se encontrava enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do Imposto – Simbahia, na condição de microempresa comercial varejista e deve recolher o imposto sobre as mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, independentemente do cálculo do imposto mensal

através da sua receita bruta ajustada, em conformidade com o art. 390-A e 391-A, do RICMS/97, ou seja, caso o remetente das mercadorias não faça a retenção do imposto devido, a responsabilidade é do adquirente, no caso presente, do autuado.

Porém a situação quanto às notas fiscais autuadas é idêntica ao primeiro item. Ou seja, foram excluídas aquelas cujas cópias não foram apensadas aos autos. O item é parcialmente procedente no valor de R\$2.522,83, conforme demonstrativo apresentado pelo diligente fiscal e abaixo reproduzido.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 2

| CÓDIGO | DATA OCORRÊNCIA | DATA VENCIMENTO | ICMS DEVIDO | MULTA (%) |
|-------------------------|----------------------------|----------------------------|------------------------|------------------|
| 10 | 31/2/99 | 10/3/99 | 1,69 | 60 |
| 10 | 30/4/99 | 10/5/99 | 15,29 | 60 |
| 10 | 31/5/99 | 10/6/99 | 17,16 | 60 |
| 10 | 30/6/99 | 10/7/99 | 3,67 | 60 |
| 10 | 31/7/99 | 10/8/99 | 64,53 | 60 |
| 10 | 31/8/99 | 10/9/99 | 38,38 | 60 |
| 10 | 30/9/99 | 10/10/99 | 31,60 | 60 |
| 10 | 31/10/99 | 10/11/99 | 60,33 | 60 |
| 10 | 30/11/99 | 10/12/99 | 33,46 | 60 |
| 10 | 31/12/99 | 10/1/00 | 93,62 | 60 |
| 10 | 31/1/00 | 10/2/00 | 12,55 | 60 |
| 10 | 28/2/00 | 10/3/00 | 39,09 | 60 |
| 10 | 31/3/00 | 10/4/00 | 42,51 | 60 |
| 10 | 30/4/00 | 10/5/00 | 54,16 | 60 |
| 10 | 31/5/00 | 10/6/00 | 38,21 | 60 |
| 10 | 30/6/00 | 10/7/00 | 62,01 | 60 |
| 10 | 31/7/00 | 10/8/00 | 28,76 | 60 |
| 10 | 31/8/00 | 10/9/00 | 45,14 | 60 |
| 10 | 30/9/00 | 10/10/00 | 81,46 | 60 |
| 10 | 31/10/00 | 10/11/00 | 36,91 | 60 |
| 10 | 30/11/00 | 10/12/00 | 120,14 | 60 |
| 10 | 31/12/00 | 10/1/01 | 38,38 | 60 |
| 10 | 31/1/01 | 10/2/01 | 50,92 | 60 |
| 10 | 31/3/01 | 10/4/01 | 28,06 | 60 |
| 10 | 30/4/01 | 10/5/01 | 15,19 | 60 |
| 10 | 31/5/01 | 10/6/01 | 52,22 | 60 |
| 10 | 30/6/01 | 10/7/01 | 51,75 | 60 |
| 10 | 31/7/01 | 10/8/01 | 105,49 | 60 |
| 10 | 31/8/01 | 10/9/01 | 210,88 | 60 |
| 10 | 30/9/01 | 10/10/01 | 64,98 | 60 |
| 10 | 31/10/01 | 10/11/01 | 4,74 | 60 |
| 10 | 30/11/01 | 10/12/01 | 33,01 | 60 |
| 10 | 31/1/02 | 10/2/02 | 37,92 | 60 |
| 10 | 31/3/02 | 10/4/02 | 73,32 | 60 |
| 10 | 31/5/02 | 10/6/02 | 10,96 | 60 |
| 10 | 30/6/02 | 10/7/02 | 102,87 | 60 |
| 10 | 31/7/02 | 10/8/02 | 27,51 | 60 |
| 10 | 30/9/02 | 10/10/02 | 126,82 | 60 |
| 10 | 30/11/02 | 10/12/02 | 59,37 | 60 |
| 10 | 31/12/02 | 10/1/03 | 91,18 | 60 |
| 10 | 31/1/03 | 10/2/03 | 27,11 | 60 |
| 10 | 31/3/03 | 10/4/03 | 118,51 | 60 |
| 10 | 31/5/03 | 10/6/03 | 270,97 | 60 |
| TOTAL INFRAÇÃO 2 | | | 2.522,83 | |

O terceiro item do Auto de Infração trata da cobrança do imposto mensal não recolhido pelo contribuinte nos meses de abril a julho e setembro de 2003. O autuado não se pronunciou a respeito do assunto, já que somente atacou a forma de cálculo da substituição ou antecipação tributária. Nesta circunstância, não existe lide a ser discutida. Mantenho a cobrança do ICMS no valor de R\$500,00.

Pelo exposto voto pela procedência parcial da autuação no valor de R\$5.992,27.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279116.1106/03-9, lavrado contra **ADELMA OLIVEIRA FARIAS SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.992,27**, sendo R\$3.890,11, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre o valor de R\$2.969,44 e de 60% sobre o valor de R\$920,67, previstas no art. 42, I, “b”, item 1 e II, “d”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$2.102,16 com os acréscimos legais, acrescido das multas de 50% sobre o valor de R\$500,00 e de 60% sobre o valor de R\$1.602,16, previstas no art. 42, I, “b”, item 3 e II, “d” do mesmo Diploma Legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho 2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR