

A.I. N° - 206898.0138/05-1
AUTUADO - ANTÔNIO JOSÉ DE SOUZA
AUTUANTE - LAURO DOS SANTOS NUNES
ORIGEM - INFRAZ IRECÉ
INTERNET - 28.12.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0470-02/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO RELATIVO A AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Excluídos os valores retidos pelos fornecedores, na condição de substitutos tributários. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/5/05, acusa o contribuinte de ter deixado de efetuar o recolhimento de ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado [sic]. Imposto lançado: R\$ 3.037,19. Multa: 50%.

O contribuinte apresentou defesa (fls. 247/250) alegando dispor de provas para a nulidade do procedimento fiscal. Com fundamento no art. 377 do RICMS, argumenta que adquiriu legalmente as mercadorias, porém as empresas fornecedoras dos produtos não cumpriram a sua parte no que diz respeito ao recolhimento do ICMS e ao envio dos comprovantes junto às Notas Fiscais ou posteriormente. Pondera que falta apenas a comprovação dos recolhimentos, e, visando isso, após a lavratura do Auto de Infração, entrou em contato com os fornecedores, no sentido de providenciarem o mais rápido possível o envio dos comprovantes de recolhimentos, sendo que nem todas as empresas atenderam ao pedido prontamente. Requer a juntada, no futuro, dos elementos faltantes. Juntou documentos. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Em petição posterior (fls. 377/380), requereu a juntada de novas provas, com fundamento nos princípios da verdade material e da legalidade. Argumenta que tanto é legal que as Notas Fiscais se façam acompanhar das respectivas GNREs quanto conterem as Notas a indicação da substituição quando os emitentes forem inscritos na Bahia como substitutos tributários.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que, analisadas as provas apresentadas pela defesa, deixou de considerar as Notas Fiscais da empresa Armazém Goiás Ltda., relacionadas na fl. 379, pois as mesmas não têm a comprovação dos pagamentos, e a inscrição daquela empresa na condição de substituto tributário encontrava-se cancelada desde 29/5/01, conforme instrumento à fl. 46. Observa que, do montante cobrado, de R\$ 3.037,19, foi excluído o valor de R\$ 2.131,65, restando a ser pago o valor de R\$ 905,54, conforme relação anexa. Opina pela procedência do lançamento, no que for de direito.

Dada ciência da revisão do lançamento ao sujeito passivo, este se manifestou reclamando do critério adotado pelo autuante, que não considerou as Notas Fiscais do Armazém Goiás Ltda. pelo fato de sua inscrição como substituto tributário se encontrar cancelada, argumentando que o ICMS devido por antecipação foi pago (pelo autuado) no ato da compra, como consta nas Notas Fiscais anexas ao processo. Argumenta que, se o substituto não repassou ao Estado os valores retidos, isso constitui apropriação indébita. Frisa que, tendo de recolher o imposto novamente, ficará configurada bitributação. Comenta o conceito jurídico da figura do sujeito passivo da obrigação tributária. Fala do mecanismo pelo qual se dá a instauração da relação jurídica

tributária entre o titular da capacidade para receber o tributo (sujeito ativo) e o sujeito passivo, obrigado a satisfazer a prestação pecuniária. Traça a distinção entre o contribuinte e o responsável, e fala das duas formas de responsabilidade, por substituição e por transferência. Frisa que o responsável tributário, por transferência do dever ou por substituição tributária, é quem assume perante o sujeito ativo o dever jurídico de satisfazer a pretensão fiscal, porque tomou para si tal responsabilidade. Pede que sejam revistos os procedimentos, desde a inicial.

O processo foi mandado em diligência à repartição de origem, a fim de que o fiscal autuante (a) informasse quais as mercadorias, dentre as que fazem parte do lançamento, que são objeto de convênio ou protocolo firmado entre a Bahia e o Estado de origem das mesmas; (b) ajustasse o lançamento aos critérios do § 1º do art. 125 do RICMS, se fosse o caso; (c) elaborasse demonstrativo do cálculo do imposto, com indicação das Notas Fiscais, fornecedores, espécies de mercadorias, MVA, base de cálculo, débito, crédito e imposto a ser lançado.

O fiscal autuante informou que a empresa Armazém Goiás Ltda. se encontra com sua inscrição de substituto tributário cancelada desde 29/5/01, de acordo com o instrumento à fl. 46. Aduz que, de acordo com os extratos de recolhimento da referida empresa, “não fica provado que houve de fato os recolhimentos dos valores que estão sendo cobrados”. Discorda da alegação do autuado de que estivesse havendo bitributação. Argumenta que o não pagamento por parte do emitente [das Notas Fiscais] não exime o destinatário das mercadorias da responsabilidade de pagar o imposto devido. Quanto à diligência solicitada, o fiscal diz que elaborou novo levantamento das mercadorias que se encontram no regime da substituição tributária, de acordo com art. 353 do RICMS/97. Acrescenta que os julgadores do CONSEF têm livre arbítrio, de modo que, se acharem que não houve prejuízo para o Estado e que a legislação não contempla a matéria em questão, que a julguem como acharem conveniente. Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração, no que for de direito.

O autuado foi intimado do teor da diligência, e pronunciou-se lembrando que foi feita prova de que a antecipação do imposto foi realizada. Alega que, no tocante às Notas Fiscais das empresas Armazém Goiás Ltda., GB Tecidos e Armarinhos Miguel Bartolomeu S.A. e Antunes e Cia. Ltda., todas sofreram antecipação tributária, sendo que, no caso do Armazém Goiás, além da antecipação, consta a inscrição no Estado da Bahia – Inscrição nº 51489706-CS –, sendo este o procedimento correto, definido em protocolos e convênios dos quais a Bahia faz parte. Aduz que, de acordo com o art. 377 do RICMS, se aquela empresa não repassou o imposto ao Estado, deve ser feita a cobrança pelos meios legais, pois se trata de apropriação indébita e crime contra a ordem tributária. Reclama que, se tivesse de pagar o imposto novamente, haveria bitributação. Pede que o crédito tributário seja desconstituído.

VOTO

O fato descrito no Auto de Infração é este: o contribuinte “Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado”.

O autuado defendeu-se atribuindo a responsabilidade pelo imposto aos seus fornecedores. Cita a legislação. Diz que no prazo para defesa não teve condições de juntar provas de que o imposto fora pago pelos remetentes das mercadorias. Juntou parte dos comprovantes de que dispunha e pediu para juntar o restante depois. Em petição posterior, requereu a juntada de novas provas, com fundamento nos princípios da verdade material e da legalidade. Argumenta que tanto é legal que as Notas Fiscais se façam acompanhar das respectivas GNREs quanto conterem as Notas a indicação da substituição quando os emitentes forem inscritos na Bahia como substitutos tributários.

Na fase de instrução, foi buscado esclarecimento, junto ao fiscal autuante, de pontos obscuros deste lançamento. Isto porque, na descrição do fato, no AI, é dito que se trata da falta de

recolhimento de ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, não sendo, contudo, explicitado por qual razão o imposto deveria ser antecipado. Na diligência determinada por esta Junta, foi observado que o simples fato de o destinatário ser inscrito como microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante não é razão para que se torne exigível o pagamento do imposto por antecipação. Foi salientado que as Notas Fiscais anexas não permitem identificar com precisão quais as mercadorias objeto do lançamento do imposto, pois, juntamente com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, existem mercadorias do regime normal de apuração do imposto. Deu-se como exemplo a primeira Nota Fiscal (no demonstrativo à fl. 48, consta que o número da nota seria 66189, mas o número real é 664189 – fl. 53), haja vista que a referida Nota Fiscal contém calçados, torrador de café, bebedouro, esmalte, serrote, etc., havendo, portanto, mercadorias que não estão sujeitas à substituição tributária. Foi assinalado, na solicitação da diligência, que o demonstrativo às fls. 48/52 não especifica os nomes das mercadorias, nele constando apenas os números das Notas Fiscais, as datas, os valores (sem indicar ao que correspondem tais valores) e as parcelas do “imposto retido” (retido?). Na mesma diligência, foi observado que em várias Notas Fiscais objeto do levantamento consta o número de inscrição do remetente no cadastro de contribuintes da Bahia, na condição de substituto tributário. Foi solicitado que o fiscal autuante (a) informasse quais as mercadorias, dentre as que fazem parte do lançamento, que são objeto de convênio ou protocolo firmado entre a Bahia e o Estado de origem das mesmas; (b) ajustasse o lançamento aos critérios do § 1º do art. 125 do RICMS, se fosse o caso; (c) elaborasse demonstrativo do cálculo do imposto, com indicação das Notas Fiscais, fornecedores, espécies de mercadorias, MVA, base de cálculo, débito, crédito e imposto a ser lançado.

A diligência foi cumprida apenas em parte. Foi feito demonstrativo com indicação dos números dos documentos fiscais, datas, fornecedores, espécies de mercadorias, valores das operações, MVAs, bases de cálculo, alíquotas, cálculo do imposto. Quanto ao ajuste do lançamento aos critérios previstos no § 1º do art. 125 do RICMS, o fiscal considerou que os julgadores do CONSEF têm livre arbítrio, de modo que, se acharem que não houve prejuízo para o Estado e que a legislação não contempla a matéria em questão, que a julguem como acharem conveniente.

É evidente que julgador não tem livre arbítrio. Julga-se de acordo com a lei. E na hora de aplicar a lei não cabe ponderar se o Estado está ou não tendo prejuízo. O que importa é que se atente para a estrita legalidade do procedimento.

O imposto lançado originariamente foi no valor de R\$ 3.037,19. Na informação fiscal, o autuante reduziu o imposto para R\$ 905,54 (fls. 574/577). No demonstrativo elaborado ao cumprir a diligência, o imposto apurado foi de R\$ 961,16 (fls. 592/596). Como foi dada vista desses elementos e o contribuinte não impugnou os cálculos, considero este último o valor definitivo, sob a ótica do fiscal autuante.

Contudo, conforme foi questionado pela defesa, há que se levar em conta que existem documentos nos quais consta que o imposto foi retido pelo substituto tributário, no Estado de origem, e o emitente tem inscrição no cadastro de contribuintes da Bahia. O autuado, em sua última manifestação, diz que três fornecedores estariam nessa situação: as empresas GB Tecidos e Armarinhos Miguel Bartolomeu S.A., Antunes e Cia. Ltda. e Armazém Goiás Ltda.

Noto que nas Notas Fiscais emitidas por GB Tecidos e Armarinhos Miguel Bartolomeu S.A. e Antunes e Cia. Ltda. realmente consta a retenção do imposto. No entanto, encontra-se em branco o campo destinado à indicação do número da inscrição estadual como substituto tributário. Cito como exemplos: as Notas Fiscais às fls. 91, 92, 97, 100, 101, 108, 109... de GB Tecidos e Armarinhos Miguel Bartolomeu S.A., e as Notas Fiscais às fls. 543, 544 e 545 de Antunes e Cia. Ltda. Com relação a estas, somente se admite a regularidade fiscal estando as Notas

acompanhadas dos respectivos documentos de arrecadação. Noto que o fiscal abateu os valores dos documentos de arrecadação apresentados.

No entanto, no caso da empresa Armazém Goiás Ltda., consta nas Notas Fiscais o número de sua inscrição no Estado da Bahia, na condição de substituto tributário – Inscrição nº 51489706-CS –, e nos documentos há o destaque do imposto retido, no campo próprio. Exemplos: Notas Fiscais às fls. 89-90, 93/96, 98-99, 105/107, 112/114, 117-118, 121. Tem razão o autuado ao apelar para a regra do art. 377 do RICMS. Compete ao fisco baiano adotar as medidas cabíveis para ir buscar junto ao substituto tributário o imposto retido e não recolhido. O § 1º do art. 125 do RICMS prevê que, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente e não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição, é possível cobrar o imposto do destinatário, mas, para isso, é preciso que se adotem as providências ali estipuladas. A orientação do citado § 1º é para evitar que o imposto seja cobrado do destinatário e depois seja também cobrado do remetente, quando o fisco baiano for fiscalizá-lo.

Sendo assim, devem ser excluídas as parcelas relativas às Notas Fiscais emitidas por Armazém Goiás Ltda. Para isso, tomo por referência os demonstrativos às fls. 593/596. O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nas seguintes indicações:

DATA OCORR.	DATA VENC.	ICMS	
		APURADO NA REVISÃO FISCAL	VR. REMANESCENTE
31/05/01	10/06/01	36,00	-
30/06/01	10/07/01	1,96	-
31/07/01	10/08/01	54,06	-
31/08/01	10/09/01	7,30	-
30/09/01	10/10/01	98,87	69,68
30/11/01	10/12/01	36,06	-
31/12/01	10/01/02	11,37	11,37
31/01/02	10/02/02	24,41	24,41
28/02/02	10/03/02	10,97	10,97
31/03/02	10/04/02	25,77	4,10
30/04/02	10/05/02	18,85	18,85
31/05/02	10/06/02	82,19	61,13
30/06/02	10/07/02	56,70	39,76
31/07/02	10/08/02	42,91	31,05
31/08/02	10/09/02	118,97	38,42
30/09/02	10/10/02	51,76	-
31/10/02	10/11/02	40,06	-
31/03/03	10/04/03	34,06	34,06
30/04/03	10/05/03	77,79	77,79
31/08/03	10/09/03	30,92	30,92
30/09/03	10/10/03	12,82	12,82
31/10/03	10/11/03	13,62	-
31/12/03	10/01/04	12,13	12,13
28/02/04	10/03/04	9,63	9,63
31/03/04	10/04/04	2,68	2,68
30/06/04	10/07/04	22,70	-
30/09/04	10/10/04	26,60	26,60
Total		961,16	516,37

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do 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 206898.0138/05-1, lavrado contra **ANTÔNIO JOSÉ DE SOUZA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$ 516,37**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR