

PROCESSO - A. I. Nº 206898.0138/05-1
RECORRENTE - ANTÔNIO JOSÉ DE SOUZA (MERCADINHO IRMÃOS SOUZA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0470-02/05
ORIGEM - INFAS IRECÊ
INTERNET - 07/06/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0228-12/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Excluídos os valores retidos pelos fornecedores, na condição de substitutos tributários. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, para condenar a apelante ao pagamento de R\$516,37, acrescidos dos acessórios legais.

O Auto de Infração, lavrado em 23/5/05, acusa o não 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%.

Em sede de defesa, assevera a licitude da conduta empresarial, eis que adquiridas regularmente as mercadorias, os fornecedores negligenciaram o envio dos comprovantes do recolhimento do ICMS respectivo, pugnando pela juntada ulterior destes documentos. Invocando os princípios da verdade material e da legalidade, juntou outros documentos fiscais.

Em sua réplica o agente fiscal, ao compulsar os documentos que acompanham a defesa, promoveu ajustes na autuação, reduzindo o montante do tributo para R\$905,54. Relativamente aos documentos emitidos pelo Armazém Goiás Ltda., não empresta credibilidade aos mesmos, vez que não comprovam o recolhimento do ICMS, bem assim a inscrição da empresa, na condição de substituto tributário, encontrava-se cancelada desde 29/5/01.

Cientificado da revisão do lançamento, insurgiu-se o autuado contra a inconsideração das notas fiscais de emissão do Armazém Goiás Ltda., uma vez que o ICMS devido por antecipação foi pago (pelo autuado) no ato da compra, como consta nas notas fiscais anexas ao processo. Argumenta que, o não repasse ao Estado dos valores retidos configura apropriação indébita, e que a vertente exigência importa em bitributação. Discorre sobre a conceituação legal da sujeição passiva tributária, pugnando por nova revisão do lançamento.

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, 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.

Em resposta o agente fiscal reiterou 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, enfatizando a inexistência de prova de pagamento do tributo. Sustenta que a inadimplência do emitente das notas fiscais não isenta o destinatário da imposição tributária. No ensejo, confeccionou novo levantamento das mercadorias que se encontram no regime da substituição tributária, de acordo com art. 353 do RICMS/97. Ratifica a autuação.

Manifesta-se o autuado reiterando seus pronunciamentos transatos, ressaltando ainda que as Notas Fiscais de emissão das empresas Armazém Goiás Ltda., GB Tecidos e Armarinhos Miguel Bartolomeu S.A. e Antunes e Cia. Ltda. submeteram-se à 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. Retoma a argumentação de apropriação indébita cometida pelas empresas que não promoveram o repasse e bitributação no presente PAF.

A 2^a JJF, através do Acórdão JJF nº 0470-02/05 às fls. 612 a 616, julga procedente em parte o Auto de Infração, condenando o oro recorrente ao pagamento de R\$516,37, acrescidos dos acessórios legais.

Confirma a JJF a retenção do ICMS pelo substituto tributário no Estado de origem, bem como a inscrição no cadastro de contribuintes da Bahia, relativamente aos três fornecedores aludidos na última manifestação empresarial: GB Tecidos e Armarinhos Miguel Bartolomeu S.A., Antunes e Cia. Ltda. e Armazém Goiás Ltda.

Entretanto, a JJF condiciona a validade das notas fiscais de emissão das citadas empresas, se acompanhadas dos respectivos documentos de arrecadação, eis que ausente o número da inscrição estadual como substituto tributário. Constatou o abatimento, pelo agente fiscal, dos valores dos documentos de arrecadação apresentados.

Ressalta ainda, citando exemplos de várias notas fiscais, que, “*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*”.

Infere, neste diapasão, a licitude da conduta empresarial, visto que amparada no comando do art. 377 do RICMS, destacando a obrigação da Administração em submeter o substituto tributário no sentido da devolução compulsória do ICMS retido e não recolhido.

Assenta ainda que, “*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 a 596. O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nas seguintes indicações:”

Apresenta em seguida planilha de cálculo do montante tributário devido pelo oro recorrente, fixando o valor da condenação em R\$516,37, acrescidos dos acessórios legais.

Irresignado com o teor da Decisão primária, agita o autuado o Recurso Voluntário de fls. 634 e 636, acompanhados dos docs. de fls. 637 a 646, pugnando pela Improcedência do *decisum*.

Investe contra a Decisão ao fundamento de que se constitui em microempresa, regida pelas regras do SimBahia, e, portanto, não submetida ao regime da substituição tributária. Admite

subserviência apenas ao regime da antecipação tributária/diferença de alíquotas nas operações de aquisição de mercadorias fora do Estado.

Aventa que a manutenção da Decisão primária importa em transferência pelo Estado de obrigações descabidas aos contribuintes. Retoma a alegação de bitributação, alegando violação por parte do agente fiscal do art. 142, do CTN. Requer a improcedência da autuação.

Encaminhados os autos do PAF à PGE/PROFIS, a dnota Procuradoria, dignamente representada pela Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, à fl. 652, recomenda o Não Provimento do Recurso Voluntário, com supedâneo no art 5º, II, da Lei nº 7357/98, ali transscrito.

Endossa, portanto, a autuação, sustentando que o regime tributário do SimBahia não exime a obrigação de recolhimento do ICMS pelo contribuinte por substituição tributária quando o remetente não promove o pagamento.

VOTO

Atribui-se ao recorrente falta consistente no “*não 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 recorrente contrapõe-se argumentando que, por ser uma microempresa, optante pelo regime simplificado do SimBahia, estaria isenta da obrigação do recolhimento do ICMS por substituição tributária no caso de inadimplência do remetente da mercadoria.

Acompanho, *data venia*, o opinativo da dnota Procuradoria, o qual rebate a tese empresarial invocando o art. 5º, II, da Lei nº 7357/98. Tal dispositivo afasta o regime simplificado de apuração do ICMS nas operações sujeitas a antecipação ou substituição tributária, imputando, desta forma, ao recorrente a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS não recolhido pelo remetente da mercadoria.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de base por seus próprios fundamentos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206898.0138/05-1, lavrado contra **ANTÔNIO JOSÉ DE SOUZA (MERCADINHO IRMÃOS SOUZA)**, devendo ser intimado o recorrente 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, 24 de maio de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS