

A. I. Nº - 206957.0189/06-1  
AUTUADO - COMERCIAL DE MIUDEZAS SÃO JOSÉ LTDA.  
AUTUANTE - CARLOS CRISPIM S. NUNES  
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 22.09.06

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0267-02/06**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO DEVIDO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, RELATIVO ÀS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES, NAS VENDAS REALIZADAS PARA MICROEMPRESAS. Infração descaracterizada. Comprovado que o valor retido estava correto. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/04/2006, reclama o valor de R\$ 34.961,90, sub acusação de retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa, nos meses de janeiro de 2001 a dezembro de 2005, conforme demonstrativo e documentos às fls. 09 a 10.

O contribuinte foi cientificado da autuação em 31/05/2006, e em 21/06/2006, apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls. 16 a 20), com base na alegação de que esporadicamente realiza vendas de mercadorias a contribuintes não inscritos, e que reteve e recolheu o ICMS por substituição tributária/microempresa com base no artigo 357 do RICMS/97 em tais operações. Contestou a acusação de que tivesse infringido os artigos 353, I, 126, I c/c o artigo 61 do RICMS/97, por entender que tais dispositivos são estabelecidos aos contribuintes em geral, e que, portanto, não seriam aplicáveis aos contribuintes atacadistas e varejistas enquadrados no regime do SIMBAHIA.

Salientou que o artigo 393-A do RICMS/97 atribui a condição de sujeito passivo por substituição tributária ao contribuinte SIMBAHIA somente quando se dedique a atividade industrial, e não concordou com a exigência de proceder a retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, adicionando a MVA ao valor da mercadoria, e sobre este valor calcular o imposto à alíquota de 17%, sem que deduza o imposto contido no preço.

Conclui que o enquadramento legal dado pela fiscalização não constitui regra para todos os contribuintes, e requer a improcedência da autuação afirmando que nas vendas que realizou a microempresas, reteve e recolheu o imposto calculado à alíquota de 17% sobre a MVA, conforme previsto no artigo 357 do RICMS/97, tendo juntado fotocópias de notas fiscais e extrato dos pagamentos realizados do imposto por substituição tributária (fls. 28 a 59).

Na informação fiscal à fl. 61, o autuante esclareceu que o estabelecimento está enquadrado no regime do SIMBAHIA na condição de empresa de pequeno porte, e tem como atividade o comércio varejista de artigos de papelaria, realizando operações de vendas para contribuintes não inscritos no cadastro fazendário. Dizendo que a autuação decorreu do fato de que não sendo destacado o valor do ICMS nos documentos fiscais, por estar o estabelecimento inscrito no SIMBAHIA, o autuado não poderia abater o valor supostamente inserido no valor da operação, no cálculo do ICMS/ST nas vendas a contribuintes não inscritos, por contrariar o disposto no artigo 353, inciso I, do RICMS/97. Manteve a sua ação fiscal.

## VOTO

O Auto de Infração em lide versa sob acusação de retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa e para contribuintes não inscritos, nos meses de janeiro de 2001 a dezembro de 2005, conforme demonstrativo e documentos às fls. 09 a 10.

A legislação tributária estadual não dispensa as ME e EPP de pagar o ICMS devido, a que estiverem obrigados em virtude de substituição tributária, na condição de substituto ou de substituído.

No RICMS/BA, está previsto que: *A microempresa e a empresa de pequeno porte que se dedique à atividade industrial, quando produzirem mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, sempre que efetuarem a saída dessa mercadoria, assumem a condição de sujeito passivo por substituição (art. 393-A).*

*Parágrafo único. O ICMS a ser retido será calculado na forma do art. 357, sendo que o valor do imposto referente à operação própria do vendedor, para fins de dedução na apuração do tributo a ser retido, será o calculado de acordo com o critério normal de tributação (art. 393-A).*

*Art. 357. O ICMS a ser retido ou antecipado será calculado aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas sobre a base de cálculo prevista nos termos do art. 61, sendo que, do valor do imposto resultante, será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado no documento fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte.*

Os contribuintes enquadrados no Regime Simplificado do ICMS (Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte) ficam obrigados à emissão de documento fiscal, sendo vedado o destaque do ICMS nos documentos fiscais emitidos pelos contribuintes que optarem pelo tratamento fiscal instituído pelo SimBahia, exceto em se tratando de empresa de pequeno porte e de microempresa que se dediquem exclusivamente a atividade industrial (art. 408-D).

Como o contribuinte substituto pratica o fato gerador ao promover a saída das mercadorias de seu estabelecimento e, pela sistemática do regime, paga o ICMS em relação aos fatos geradores futuros praticados pelos contribuintes substituídos, sabemos que este terá : a)– o ICMS da operação própria; b)– o ICMS das operações subsequentes.

Desta forma, o valor do imposto substituição será a diferença entre o ICMS calculado para as operações subsequentes e o devido pela operação normal do estabelecimento que efetuar a substituição tributária, ou noutras palavras, o ICMS-ST corresponde a aplicação da alíquota interna sobre o valor da margem de valor agregado.

No presente processo, destaco que a exigência fiscal não se trata de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, mas de operações realizadas por estabelecimento comercial varejista, na condição de EPP, para contribuintes não inscritos e para microempresas, devendo, também, ser utilizada, para fins de cálculo, a sistemática acima citada. Observo que na apuração do débito, não foram relacionadas as notas fiscais, com suas datas de emissão, bases de cálculo e valores devidos por substituição tributária, mas tão somente o demonstrativo às fls. 09 e 10, no qual, está demonstrado o valor das vendas, o ICMS substituído pelo contribuinte, o ICMS-ST devido e diferença a recolher. O valor do ICMS substituído pelo contribuinte corresponde a alíquota interna de 17% sobre a MVA de 20% sobre o valor das vendas. A base de cálculo foi apurada pela fiscalização agregando ao valor das vendas a MVA de 20%, e aplicada a alíquota de 17%. O autuado não contestou os números consignados no citado demonstrativo, nem a sua condição de substituto tributário, mas tão-somente o cálculo do imposto.

Pela legislação citada e pelos comentários acima, concluo que não está correta a base de cálculo apurada pela fiscalização, pois independente do contribuinte ser uma EPP, para a qual, não existe o imposto normal, no caso de exigência de ICMS-ST, o imposto a ser exigido, deve representar exatamente a aplicação da alíquota interna sobre o valor da margem de valor agregado, e foi esse o procedimento e recolhimento pelo autuado.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206957.0189/06-1, lavrado contra **COMERCIAL DE MIUDEZAS SÃO JOSÉ LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR