

**A. I. N°** - 932595600/06  
**AUTUADO** - PANNAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - ALBA MAGALHÃES DAVID  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 17.10.2006

#### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF N° 0305-01/06

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que a mercadoria está arrolada dentre as enquadradas no regime de Substituição Tributária, não tendo ficado comprovado o recolhimento do tributo. Caracterizado o lançamento do crédito tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/05/2006, exige imposto no valor de R\$249,16, pela falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária, referente a entrada de guloseimas industrializadas, acompanhadas da nota fiscal nº 258952, de 10/11/05, conforme Termo de Fiscalização anexado ao processo.

O autuado, às fls. 13/14, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando ser microempresa e não dispor de capacidade econômica para suportar, a um só tempo, num inequívoco *bis in idem*, recolher o imposto antecipação parcial e sobre o faturamento bruto mensal.

Argumentou, ainda que tal conduta, a seu ver, fere os artigos 145, § 1º e 179 da CF/88.

Requeru a improcedência da autuação.

Auditor designado, às fls. 19/20, informou que a defesa não contesta o procedimento efetuado, nem, tampouco, com relação a lavratura do Auto de Infração, entende que a ação fiscal não atende ao disposto no art. 145, § 1º da CF/88 que coloca como princípio a ser observado pelo Estado na instituição de tributos de sua competência a observância da capacidade contributiva e ao art. 179 da CF/88 que prevê tratamento diferenciado para as microempresas.

Esclareceu que a antecipação tributária foi efetuada sobre produtos elencados no item 8.4, inciso II do art. 353 do RICMS, por se trata de produtos sujeitos a substituição tributária interna. Informou que estes produtos serão novamente tributados segundo a receita bruta, mas a condição de microempresa é opção do contribuinte que pode, a qualquer tempo, pedir sua exclusão do regime.

Quanto a inconstitucionalidade, disse que a forma de tributação utilizada está prevista no art. 155, XXII, “b”, da CF/88 que determina que lei complementar disporá sobre substituição tributária. E, quanto a alegada bi-tributação, à luz do art. 167, I, do RPAF, não é competência deste Colendo Tribunal apreciá-la.

Opinou pela manutenção da autuação.

#### VOTO

Da análise das peças processuais, constato que está sendo exigido imposto decorrente da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição interestadual de mercadorias relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA, ou seja, aquisição de “guloseimas industrializadas”, conforme Nota Fiscal nº 258952.

O sujeito passivo alega que na sua condição de Microempresa - SIMBAHIA, não dispõe de capacidade econômica para suportar o pagamento do imposto devido por antecipação parcial e sobre o faturamento bruto mensal.

Observo que a ação fiscal não diz respeito a antecipação parcial, e sim, a falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, relativamente a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, como se verifica do item 8 do inciso II do art. 353 do RICMS/97, conforme abaixo demonstrado:

*Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

*8 - guloseimas industrializadas, a saber:*

*8.3 - bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas e dropes — NCM 1704.90.10, 1704.90.20 e 1806.90.00;*

*8.4 - pirulitos □ NCM 1704.90.90;*

Ressalto, ainda, que o art. 371 e 391-A, do RICMS/97, atribui a obrigatoriedade do recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o que é o caso aqui em exame, bem como, nos recebimentos, inclusive, por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, conforme abaixo transcrito:

*Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.*

*Art. 391-A. Nos recebimentos, por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária procedentes de outras unidades da Federação, não tendo havido retenção do imposto pelo remetente ou tendo a retenção sido feita a menos, bem como nas importações e nas arrematações das supramencionadas mercadorias, quando de procedência estrangeira e apreendidas ou abandonadas:*

*I - os destinatários enquadrados na situação de microempresa ou empresa de pequeno porte farão a retenção do imposto na operação interna subsequente, quando por força de convênio ou protocolo o remetente não estiver obrigado a efetuar o lançamento do imposto por substituição (arts 355 e 375);*

*II - será feita a antecipação do pagamento do imposto, nos termos dos incisos I e II do art. 125, adotando-se como base de cálculo a prevista no art. 61 (arts. 370, 371 e 372), nas demais hipóteses.*

Ante o acima exposto, mantenho o lançamento do crédito tributário.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 932595600/06**, lavrado contra **PANNAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$249,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR