

**A. I. Nº** - 269130.1103/06-5  
**AUTUADO** - MERCADINHO FERRAZ CAIRES LTDA.  
**AUTUANTE** - MIRIAM BARROSO BARTHOLO  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/SUL  
**INTERNET** - 13. 03 .2007

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0026-04/07

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, não sendo o imposto retido pelo remetente, somente poderia ser lavrado o Auto de Infração contra o destinatário das mercadorias depois de esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deveria ser declarada ou demonstrada formalmente pelo autuante, condição não observada pelo autuante. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/11/2006, para constituir o crédito tributário, no valor de R\$1.121,50, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no anexo 88 adquiridas para comercialização, procedente de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado.

O autuado apresentou defesa, fls. 12/13, impugnando lançamento tributário, alegando como preliminar que somente tomou conhecimento do Auto de Infração em 24/11/06 mediante “repressão ameaçadora por parte do policial que se encontrava junto ao fiscal”. Aduz que jamais teve qualquer tipo de relacionamento com a empresa remetente das mercadorias.

Sustenta que, como não possui regime especial, o autuante deveria ter emitido o documento de arrecadação para que procedesse o recolhimento junto a rede bancária.

Ressalta que a legislação é bem farta ao estabelecer que toda mercadoria sujeita ao regime de antecipação, deverá recolher o ICMS no posto de fronteira de seu Estado.

Salienta que na Nota Fiscal de nº 042919 não consta a “identificação do transportador (apenas o mesmo)”.

Ao final requer a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, fl. 27/29, o auditor designado ressalta que a ciência da imputação fiscal, mediante assinatura, não significa seu reconhecimento conforme previsto no artigo 110 do RPAF. No entanto, quando o contribuinte assinou o TAO 269130.1103/06-5, comprometeu-se com aguarda das mercadorias nele discriminadas e, evidentemente, deve tê-las recebido conforme Termo de depósito que é parte integrante do documento pelo autuado reconhecido. Assim, não é possível pretender, no curso do processo, negar o que aceitou como verdadeiro em seu início sob alegação de coação.

Ressalta que o enquadramento constante do Auto de Infração, artigo 125, Inciso II, alínea “b” do RICMS/97, é incompatível com a operação realizada, pois se refere à antecipação interna, enquanto a que foi objeto da autuação é Cláusula Primeira do referido Protocolo, o remetente é o responsável tributário por substituição. Como consequência, a tipificação no artigo 42, Inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96, também deveria ser alterada para alínea “e”, ou seja, quando não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição.

Salienta que o artigo 354, do RICMS/97, não exclui a responsabilidade do adquirente, porém, ela é supletiva e unicamente com relação ao frete e seguro não incluídos na base de cálculo por não serem conhecidos do substituto quando da apuração do imposto a ser retido. Somente nestes casos, exigir-se-ia a diferença de imposto nos termos do artigo 125, Inciso II, alínea “i”, do citado regulamento. Outra alternativa, adequada ao caso sob análise, é a cobrança através de notificação fiscal, espontaneamente, do contribuinte substituído, mas só após esgotadas todas as possibilidades de exigência do ICMS do sujeito passivo por substituição de outro Estado, atribuindo àquele a responsabilidade supletiva pelo pagamento como determina o artigo 125, § 1º, alínea “b” do RICMS/97, combinado com o artigo 48, Inciso V, do RPAF. Mas, neste caso, deveriam ser esgotadas as possibilidades de cobrança do substituto, que deveriam instruir este processo, o que não foi cumprido pelo autuante.

Ao finalizar, reconhece a existência de vícios, principalmente, relativos ao artigo 18, Inciso IV, alínea “a” e “b”, do RPAF, mas que na forma do § 3º, do mesmo artigo, a apreensão do açúcar foi realizada regularmente, não havendo porque não reiniciar o procedimento para a exigência do imposto devido: primeiro do remetente e, caso não obtenha êxito, do destinatário, espontaneamente, atribuindo-lhe a responsabilidade supletiva.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.

O argumento defensivo de que teria assinado o Auto de Infração por “repressão ameaçadora por parte do policial que se encontrava junto ao fiscal”, não é capaz de elidir a autuação, uma vez que o autuado não apresentou qualquer prova de sua alegação, como por exemplo o registro de uma ocorrência policial para apurar o fato. Ademais, a simples assinatura do Auto de Infração não significa reconhecimento do débito por parte do autuado, uma vez que o mesmo dispõe de 30 (trinta dias) para apresentar sua defesa, como apresentou sua impugnação na presente lide. Da mesma forma, a equipe de fiscalização de mercadoria de trânsito é composta por um policial, o que não implica em coação ao contribuinte.

Saliento que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de que jamais teve qualquer tipo de relacionamento com a empresa remetente das mercadorias, pois a Nota Fiscal nº 042919, acostadas à folha 07, para fundamentar a autuação, comprova que a mercadoria estava destinada ao autuado, pois nela consta sua “Razão Social”, “Endereço”, “Inscrição Estadual” e “CNPJ”, constando, ainda, como transportador o próprio autuado, bem como consta a mesma informação no Termo de Apreensão e Ocorrência, devidamente assinado pelo autuado, fls. 05 e 06, no “campo” destinado a identificação do transportador.

O artigo. 371, do RICMS/97, determina que 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 subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação.

Entretanto, na presente lide, restou comprovado que trata-se de uma operação interestadual de compra de açúcar por um contribuinte do Estado da Bahia junto a contribuinte do Estado de Minas Gerais, sendo ambos os Estados signatário do Protocolo ICMS 21/91, de 12 de agosto de 1991, o qual dispõe sobre substituição tributária nas operações com açúcar de cana, determinado que:

*“Cláusula primeira Na operação de saída de açúcar de cana dos Estados signatários com destino aos Estados da Bahia, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subseqüentes.”*

No mesmo sentido, a matéria é regulamentada no art. 372, inciso III, do RICMS/97, “*in verbis*”:

*“Art. 372. Nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, relativamente à espécie de mercadorias adquiridas:*

*[...]*

*III - não tendo o remetente efetuado a retenção, será exigido o imposto nos termos do item 1 da alínea “i” do inciso II do art. 125.”*

Por sua vez, o art. 125, do mesmo regulamento, ao tratar dos prazos ou momentos de recolhimento do ICMS por antecipação, em especial no item 1 da alínea “i” do inciso II, do referido artigo, determina que:

*“Art. 125.*

*[...]*

*II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:*

*i) tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:*

*1 - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuá-la em valor inferior ao estabelecido no acordo, observado o disposto no § 1º;*

*§ 1º Nas aquisições, de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação 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 na forma do item 1 da alínea “i” do inciso II, poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto, na forma, prazo e condições estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, sendo que:*

*I - só deverá ser adotado este procedimento após esgotadas todas as possibilidades de*

*exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deverá ser declarada ou demonstrada formalmente:*

*a) pela Procuradoria da Fazenda, no processo originário, quando se tratar de matéria afeta ao Poder Judiciário;*

*b) pelo Auditor Fiscal, nos demais casos;”*

Desta forma, restou evidenciado que o autuante não observou o procedimento previsto na legislação acima transcrita, quando da lavratura do Auto de Infração em lide, pois o mesmo somente poderia ter sido lavrado contra o autuado depois de esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deveria ser declarada ou demonstrada formalmente pelo autuante.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento, no art. 18, IV, alínea “a” e “b”, do RPAF/99.

Entretanto, na forma do art. 21 do RPAF/99, recomendo a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, uma vez que restou comprovado nos autos a falta do recolhimento do ICMS devido referente à antecipação tributária.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 269130.1103/06-5, lavrado contra **MERCADINHO FERRAZ CAIRES LTDA**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR