

A.I. Nº - 088502.1093/06-7
AUTUADO - MINIMERCADO AVISTÃO PORTO LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO ANIBAL BASTOS TINOCO
ORIGEM - IFMT/DAT/SUL
INTERNET - 04. 07. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0193-01/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado o pagamento do imposto relativo à parte das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária interna, de responsabilidade do autuado, antes do início da ação fiscal. Comprovado também que não cabe ao destinatário a responsabilidade pela antecipação do imposto, referente a outra parte das mercadorias indicadas na autuação. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/12/2006, exige ICMS no valor de R\$2.431,76, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de antecipação do imposto referente às aquisições de mercadorias constantes do anexo 88 [artigo 353, II, do RICMS/BA] enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente (sujeito passivo por substituição) e sem recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

O autuado apresentou defesa às fls. 30/32, na qual afirma que a exigência relativa às Notas Fiscais nºs 063839;064607;064608;011406, deve ser afastada, tendo em vista que bebidas alcoólicas não estão mais no anexo 88 do RICMS/BA, tendo sido revogada, conforme Alteração nº 66 (Decreto nº. 9.547, de 20/09/2005, DOE de 21/09/2005, com efeitos a partir de 01/10/05).

Assevera que, também a Nota Fiscal nº 054262 deve ser excluída por não estar enquadrada na substituição tributária, haja vista que não tem como base a farinha de trigo em sua composição, sendo produzidas de polvilho derivado de mandioca.

Sustenta que, relativamente às Notas Fiscais nºs 069391;24403;24520 e 070009, a exigência é indevida, tendo em vista que o imposto fora recolhido, conforme cópia de DAE e extrato da SEFAZ que anexa. No que diz respeito à Nota Fiscal nº 070009, acrescenta que a data de recolhimento somente venceria após a data da autuação, ou seja, 26/12/2006, quando foi devidamente recolhido.

Na informação fiscal prestada às fls. 51/52, o autuante reporta-se às alegações defensivas da seguinte forma:

- Nota Fiscal nº 054262, acata a alegação defensiva;
- Notas Fiscais nºs 63839;64608 e 64607, diz que devem ter recalculadas as suas antecipações, haja vista terem sido pagas a menos;
- Notas Fiscais nºs 24403; 24520 e 11406, afirma que restou provado que o autuado não efetuou o recolhimento da antecipação prevista na legislação;

- Nota Fiscal nº 69391, afirma que o pagamento foi realizado após o dia 09/12/06, quando da visita ao contribuinte efetuou a contagem de estoque, início da ação fiscal, conforme provam os Autos de Infração nºs 088.502.1091/06-4 e 088502.1092/06-0, cujas cópias anexa, lavrados no dia 15/12/06;
- Nota Fiscal nº 70009, afirma que se trata de mercadoria sujeita a substituição tributária (açúcar) e pagamento efetuado em 26/12/06, fugindo totalmente ao que determina a legislação do ICMS, para as mercadorias relacionadas no anexo 88 [art. 353, II, do RICMS/97] que determina o recolhimento do imposto através de GNRE ou no primeiro Posto Fiscal do Estado da Bahia por onde transitar.

Finaliza mantendo a autuação com as correções efetuadas.

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de antecipação do imposto referente às aquisições de mercadorias constantes do artigo 353, II, do RICMS/BA, enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente (sujeito passivo por substituição) e sem recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Do exame das peças processuais, constato que a autuação não pode prosperar considerando o seguinte:

- Notas Fiscais nºs 063839; 064607; 064608; 011406, as mercadorias acobertadas por estas notas fiscais - bebidas alcoólicas - não estão mais relacionadas no artigo 353, II, 2, do RICMS/BA, tendo este item de mercadoria sido revogado, através da Alteração nº 66 - Decreto nº 9.547, de 20/09/2005, DOE de 21/09/2005, com efeitos a partir de 01/10/05;
- Nota Fiscal nº 054262, não é devida a exigência considerando que a mercadoria não está enquadrada na substituição tributária, por não ter como base a farinha de trigo em sua composição, sendo produzida de polvilho derivado de mandioca;
- Notas Fiscais nºs 24403 e 24520, a exigência é indevida, tendo em vista que o imposto fora recolhido, conforme cópias de comprovantes de recolhimentos e extrato de pagamento da SEFAZ acostados aos autos;

Nota Fiscal nº 069391, consta o pagamento em 12/12/2006, portanto, em data anterior à lavratura do Auto de Infração. Apesar de o autuante afirmar que o pagamento foi efetuado após o dia 09/12/06, data em que deu início à ação fiscal, verifico nos autos que o Termo de Apreensão e Ocorrências anexado à fl. 5, foi lavrado em 15/12/2006, portanto, em data posterior ao pagamento realizado pelo contribuinte;

- Nota Fiscal nº 070009, trata-se de mercadoria – açúcar de cana – que se encontra relacionada no Protocolo n. 21/91, portanto, enquadrada no regime de substituição tributária. Como o referido Protocolo atribui ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes, a exigência não pode ser imposta inicialmente ao destinatário, conforme dispõe o artigo 125, §1º, inciso I, alíneas “a e “b” e inciso II, do artigo 125 do RICMS/BA, abaixo transcrito:

“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

(...)

§ 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;

II - a atribuição da responsabilidade supletiva ao contribuinte substituído, de que cuida este parágrafo, implica a desistência, por parte da fazenda pública estadual, da cobrança do imposto do sujeito passivo por substituição;”

Assim, a exigência relativa à Nota Fiscal nº 070009 é nula.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088502.1093/06-7**, lavrado contra **MINIMERCADO AVISTÃO PORTO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR