

PROCESSO - A. I. Nº 128984.0024/06-1
RECORRENTE - ANTÔNIO ROBERTO SANTOS SILVEIRA (MERCADINHO SILVEIRA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0102-05/07
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 28/11/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0374-11/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTE NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O contribuinte que efetuar saídas de mercadorias destinadas a outro não inscrito no cadastro de contribuintes é responsável pela retenção e recolhimento do imposto relativo às operações internas subsequentes, na qualidade de sujeito passivo por substituição, para fins de antecipação do imposto. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão recorrida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 5ª JF - Acórdão JF nº. 0102-05/07 - que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, o qual fora lavrado para exigir a falta de retenção e recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 2.462,06, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes nas situações inapto, baixado ou não inscrito no cadastro do ICMS.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$2.139,62, por entender que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do contribuinte que efetuar a saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no cadastro de contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto, consoante art. 353, I, do RICMS/97. Salienta que o tratamento dado ao contribuinte com inscrição irregular é o mesmo que se dá ao não inscrito. Ressalta que o art. 142, I, do RCMS, estabelece que são obrigações do contribuinte exigir do outro, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE). Em seguida, passa a análise de cada alegação do autuado e das respectivas notas fiscais, excluindo os valores correspondentes às aquisições de mercadorias sujeitas a substituição tributária (Nota Fiscal de nºs 0022 – açúcar cristal); às vendas realizadas para a Prefeitura de Ituaçu (Notas Fiscais de nºs 0115 e 0173) e às vendas para empresa com inscrição ativa (Notas Fiscais nºs 0172, 0181, 0189 e 0192).

No Recurso Voluntário, às fls. 212 a 216 dos autos, o recorrente aduz que não poderia averiguar se as empresas estavam inaptas ou baixadas, pois, como é de costume, o cliente chega para adquirir as mercadorias e lhe fornece os dados para a emissão do documento. Salienta que, como a concorrência no mercado é demais, não lhe exigiu o extrato de Documento de Identificação Eletrônico (DIE). Assevera que, nestas operações, não teve a intenção de simular operações para terceiros e nenhum interesse em ludibriar o erário estadual. Em seguida, passa a tecer suas considerações para cada documento fiscal auditado, sob as análises de que:

1. Para cálculo da substituição tributária não foi considerada a redução da base de cálculo de 29,41%, inerente a óleo de soja, consoante art. 87, VII, do RICMS;
2. A mercadoria já havia sido objeto de antecipação do imposto, quando da sua aquisição;
3. Os destinatários, à época das operações, se encontravam com sua situação cadastral ativa; se tratavam de órgão público (Prefeitura Municipal) ou consumidores finais (produtores agropecuários).

Assim, concluiu que não houve qualquer prejuízo para o fisco estadual, pois estas mercadorias foram adquiridas de forma regular, algumas com o ICMS recolhido por antecipação tributária (açúcar e macarrão). Salienta que, nas operações com contribuintes não inscritos, foram os próprios adquirentes que forneceram os dados de outros contribuintes, não tendo nenhuma responsabilidade, pois não possuía computadores e nem telefone para comprovar as informações sobre a situação cadastral dos adquirentes. Anexa diversas notas fiscais e Documentos de Informação Eletrônica, como prova de suas alegações.

A PGE/PROFIS, às fls. 287 e 288 dos autos, em razão das alegações recursais, sugere a realização de diligência a fim de que sejam verificadas as situações informadas pelo recorrente, relativamente a cada nota fiscal especificada no Recurso Voluntário, e, conforme o caso, que sejam ou não excluídos os respectivos valores do débito tributário ora em constituição. Tal pedido de diligência foi deferido, em pauta suplementar desta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, que determinou o envio do PAF à ASTEC, para os devidos fins.

Consoante Parecer nº 10/2008, às fls. 293 a 296 dos autos, o diligente tece as seguintes considerações:

1. Em relação à redução da base de cálculo referente a óleo de soja, esclarece que nos demonstrativos elaborados pelo autuante, às fls. 9 e 10, a alíquota utilizada para cálculo do imposto é de 12%, a mesma prevista no art. 87, VII, depois de aplicada a redução da base de cálculo de 29,41%, o que equivale a redução pleiteada. Assim, ressalta que os cálculos do autuado, às fls. 212/216, implicam na redução de 29,41% sobre o valor já reduzido, acarretando em duas reduções;
2. Quanto às Notas Fiscais de nºs 60, 62, 65, 70, 72, 73, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 87, 88, 90, 91, 94, 95, 96, 97, 99, 104, 107, 108, 109, e 110, salienta o diligente que foram emitidas em nome de outros adquirentes e destinadas para contribuintes não inscritos, logo deveria ser efetuada a retenção do imposto das operações subseqüentes;
3. Quanto às demais notas fiscais, informa que já foram excluídas quando do julgamento, não havendo nenhuma alteração a ser efetuada.

Instado a se manifestar sobre o resultado da diligência, o recorrente sustenta que cometeu erro de natureza meramente formal, sem qualquer efeito no montante do ICMS devido, do que entende que deve ser exonerado da imputação fiscal, pois adquiriu as mercadorias de forma legal junto aos seus fornecedores, cujos impostos foram repassados para os cofres públicos. Salienta que o fato de ter havido vendas para contribuintes com inscrições inaptas ou baixadas no cadastro da Secretaria da Fazenda, não significa que deixou de efetuar a retenção do ICMS.

Em seguida, destaca que o diligente relatou que o contribuinte efetuou duas reduções, mas não discriminou como foram elaboradas as reduções.

Salienta que, apesar de ter sido acusado de ter deixado de proceder, na qualidade de responsável solidário, a retenção do ICMS referente à venda para contribuintes inaptos ou baixados, se verifica apenas que vendeu mercadorias para empresa sem nenhum vínculo em ludibriar o erário fazendário, pois emitiu documentos para seus clientes, os quais exercem suas atividades normalmente, razão pela qual não poderia indagar se estava apto ou não. Assim, por força do disposto no art. 6º, VII, da Lei nº. 7.014/96, o adquirente da mercadoria é o responsável pelo seu pagamento do imposto e demais acréscimos legais.

Por fim, em relação à redução da base de cálculo referente a óleo de soja, ressalta que a alíquota do imposto deve ser de 7%, concedida a microempresa, conforme art. 51, I, “c”, do RCMS, pois as mercadorias foram adquiridas dentro do Estado da Bahia. Assim, requer nova inspeção.

Em seu novo pronunciamento, a PGE/PROFIS opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, por entender que:

1. Correta a conclusão a que chegou o diligente em seu Parecer de fls. 293 a 296 dos autos;
2. O argumento do recorrente de que seria cabível às operações objeto da autuação a alíquota de 7%, prevista no art. 51, I, “c” do RICMS, não deve prevalecer, pois a simples leitura desse

dispositivo regulamentar faz ruir a sua alegação, haja vista que não se está diante de estabelecimento industrial, nem mesmo por equiparação, e, ainda que estivesse, precisaria ser observado o disposto no parágrafo 1º, II, do mesmo artigo 51, o que não ocorreu.

3. Deixou o diligente de tratar das vendas a contribuintes devidamente inscritos no cadastro do ICMS, pois, em relação às Notas Fiscais nºs 0055 e 0070, a situação do destinatário é de regularidade perante o cadastro de ICMS, à época das respectivas operações, conforme histórico de fl. 289 dos autos. Assim, entende que devem ser excluídos tais documentos fiscais da autuação, haja vista que não estaria o recorrente obrigado a proceder a retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente a essas notas fiscais.

Por se tratar de Parecer que desonera o contribuinte, à fl. 366 dos autos, foi apensada a anuência do procurador assistente da PGE/PROFIS.

VOTO

Da análise das razões recursais, de pronto, constato serem as mesmas insuficientes para promover a reforma da Decisão recorrida, a qual julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no montante de R\$2.139,62, após a exclusão do total do débito reclamado dos valores relativos às Notas Fiscais de nº 0022, referente a “açúcar cristal”, adquirido junto a AGROVALE; 0115 e 0173, as quais destinavam mercadorias à Prefeitura Municipal; 0172, emitida para destinatário com inscrição ativa; 181, 189 e 192, emitidas para adquirentes inscritos regularmente.

Inicialmente, devo ressaltar que o artigo 353, inciso I, do RICMS/BA, tido como infringido, dispõe que:

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:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto;

Assim sendo, no caso em tela, caberia ao autuado a retenção do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes promovidas pelos seus clientes, seja por estarem em condição cadastral irregular ou sem inscrição.

A acusação fiscal é de que o recorrente deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes inapto, baixado ou não inscrito no CICMS.

O próprio recorrente afirma que nas operações de vendas por ele realizadas não exige o Documento de Identificação Eletrônico (DIE), conforme determina o art. 142, I, do RICMS, assumindo, assim, a responsabilidade de efetuar operações com estabelecimentos com inscrição estadual inapta, baixada ou inexistente. Afirma até que não teve a intenção de simular operações para terceiros, pois, para fim de controle de estoque, poderia utilizar outras maneiras com vendas para consumidores.

Contudo, em suas razões recursais, o recorrente cita várias notas fiscais cujos destinatários se encontravam com sua inscrição cadastral regular; relativas a vendas de óleo de soja, sujeitas a redução da base de cálculo para a apuração do imposto; destinados à Prefeitura Municipal e com imposto retido (açúcar), do que sustenta que não estaria obrigado a proceder à retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente a essas notas fiscais.

Entretanto, a diligência fiscal realizada pela ASTEC constatou que no levantamento fiscal o autuante já havia considerado, para efeito de apuração do imposto, a redução da base de cálculo,

pois a alíquota aplicada de 12% para a apuração do imposto, equivale à redução da base de cálculo de 29,41%, conforme previsto no art. 87, VII, do RICMS.

Quanto aos documentos fiscais de nº. 115 e 173, destinados à Prefeitura Municipal de Ituaçu, já haviam sido excluídos pela Decisão recorrida.

Igualmente, o documento fiscal de nº 22, relativo à venda de açúcar cristal AGROVALE, já havia sido objeto de exclusão pela Decisão recorrida, por estar a mercadoria enquadrada na substituição tributária e se tratar de uma operação interna, cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do fornecedor.

Inerentes às Notas Fiscais de nºs 172, 181, 189 e 192, emitidas para destinatários com situação cadastral regular, a JJF também já havia as excluídas do montante o débito exigido.

Há de se ressaltar que as Notas Fiscais de nºs 60, 62, 65, 70, 72, 73, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 87, 88, 90, 91, 94, 95, 96, 97, 99, 104, 107, 108, 109, e 110, conforme consignado na Decisão recorrida, o próprio autuado admite que emitiu estes documentos fiscais em nome de outros contribuintes, consoante se pode constatar à fl. 77 do PAF, o que demonstra que as mercadorias adstritas a estas operações tiveram destinos diversos, sendo correta a retenção do ICMS relativo às operações internas subseqüentes, conforme ocorreu.

No tocante ao entendimento da PGE/PROFIS de que devem ser excluídos do débito exigido os valores relativos às Notas Fiscais de nºs 55 e 70 (fls. 95 e 103), por se destinarem à época para contribuinte com situação cadastral regular, peço *vênia* para discordar, pois, conforme já visto, trata-se de operações simuladas, consoante admitido pelo próprio autuado, uma vez que ambos os documentos fiscais consignam como destinatário a empresa João Almeida Cordeiro de Aracatu, com atividade econômica de “comércio varejista de madeira e artefatos”, conforme documento à fl. 157 dos autos, o que é incompatível com a aquisição de: 6 caixas de óleo de soja; 9 fardos de arroz e 2 fardos de macarrão, configurando-se, assim, destino diverso e caracterizando a propriedade da retenção do ICMS relativo às operações internas subseqüentes.

Por fim, comungo com o entendimento da PGE/PROFIS quanto ao argumento do recorrente de que seria cabível às operações objeto da autuação a alíquota de 7%, prevista no art. 51, I, “c” do RICMS, pois, conforme aquele opinativo, não deve prevalecer, uma vez que as operações, objeto da autuação, não se tratam de saídas de estabelecimento industrial, nem mesmo por equiparação, e, ainda que estivesse, precisaria ser observado o disposto no parágrafo 1º, II, do mesmo artigo 51, o que não ocorreu.

Do exposto, acolho o Parecer da ASTEC, às fls. 293 a 296 dos autos, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **128984.0024/06-1**, lavrado contra **ANTÔNIO ROBERTO SANTOS SILVEIRA (MERCADINHO SILVEIRA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.139,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS