

A. I. Nº - 232953.0103/07-7
AUTUADO - R. R. PASSOS ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ BENTO CORREIA DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19.11.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0365-02/09

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Fato não contestado. **2.** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Embora o estabelecimento estivesse inscrito no SIMBAHIA, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, o débito foi calculado pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida. Presunção não elidida. **3.** CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos, e não foi provada a existência de erros materiais no levantamento fiscal. **4.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. De acordo com a Lei nº 8.967/2003, as aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação e destinadas à comercialização estão incluídas no regime de antecipação tributária parcial. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 19/11/2007, para exigência de ICMS no valor de R\$32.021,62, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$6.990,40, nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), alusivo aos meses de janeiro de 2003, janeiro, maio a dezembro de 2004, fevereiro, julho a dezembro de 2005, conforme demonstrativos às fls. 12 a 17.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$5.533,10, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no período de janeiro a junho de 2006, conforme demonstrativos às fls. 17 a 20. Em complemento consta que foi concedido o crédito de 8% dada a condição do contribuinte no SIMBAHIA, e que o levantamento foi efetuado com base nas informações das operadoras de cartão de crédito em confronto com as informações contidas nas reduções Z do ECF.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.806,66, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldos credores na Conta “Caixa”, no meses de janeiro, abril e maio de 2002, e maio e junho de 2003, conforme demonstrativos às fls. 21 a 47.
4. Deixou de efetuar o recolhimento ICMS por antecipação, no valor de R\$ 3.118,88, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março, abril, outubro a dezembro de 2003, setembro e outubro de 2004, fevereiro e março de 2005, conforme demonstrativos às fls. 48 a 51.
5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor R\$14.572,58, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no período de março a dezembro de 2004, fevereiro a abril, julho, setembro a novembro de 2005, conforme demonstrativos às fls. 52 a 70.

O autuado, representado por advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls. 402 a 428, arguiu a nulidade do auto de infração com base na preliminar de cerceamento de defesa, sob alegação de que ficou impedido de apresentar os elementos e informações, bem como a documentação necessária para que fossem verificadas quais as mercadorias eram sujeitas ao regime de substituição tributária, e fosse aplicada a proporcionalidade prevista no item 1 da Instrução Normativa nº 56/2007.

Observa que no Termo de Encerramento de Fiscalização não foi feita menção da impossibilidade de aplicação do critério da proporcionalidade sobre a omissão de saídas, descumprindo o item 3 da IN 56/2007, fato que passou despercebido também pelos supervisores da fiscalização.

Por entender que houve desobediência a orientação contida na IN 56/2007, pede a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, impugnou cada infração na forma que segue.

Infração 01

Aduz que, na condição de empresa optante do SIMBAHIA, foi aplicada a alíquota de 17% sem prévio desenquadramento de ofício do regime simplificado, mediante procedimento fiscal específico, decidido pela autoridade administrativa (Inspetor Fazendário). Para fundamentar o seu entendimento transcreveu a Ementa do Acórdão JJF nº 0474-04/02, e o art. 22, IV, da Lei nº 7.357/98.

Destaca que diante das infrações seguintes, previstas no artigo 408-L do RICMS/97, que lhe foram imputadas, estaria sujeito ao desenquadramento do regime e ao pagamento pelo regime normal,

em virtude da: a) falta de recolhimento do imposto por três meses consecutivos; b) apresentação de declarações inexatas ou falsas na DME e em DAES; c) declaração de saídas a menos; d) falta de oferecimento de receita à tributação; e) utilização de notas fiscais de entradas nas vias que não as primeiras, para apuração da receita bruta ajustada; e f) constatação de que as notas fiscais relacionadas no CFAMT não foram declaradas nem como entradas nem como saídas do estabelecimento. Desta forma, entende que não havendo o seu desenquadramento, a exigência fiscal é nula. Diz que esta é a jurisprudência do CONSEF, a exemplo do Acórdão JJF nº 0327-04/02.

Ressalta que a apuração da alíquota deve ser feita com base na “faixa” de faturamento, aplicando-se os percentuais previstos no art.7º da Lei nº 7.357/98, e que caso os cálculos não sejam refeitos, que seja concedido o crédito de 8% previsto na legislação tributária.

Infração 02

Alega que não pôde apresentar os elementos e informações, bem como a documentação necessária para que fossem verificadas quais as mercadorias eram sujeitas ao regime de substituição tributária, e fosse aplicada a proporcionalidade prevista no item 1 da Instrução Normativa nº 56/2007.

Esclarece que o ramo de atividade do estabelecimento é a comercialização de artigos de moda e vestuário, onde grande parte das mercadorias é oriunda de outros Estados e foi submetida ao regime de substituição tributária. Fez menção ao Acórdão JJF nº 0491-04/04 do CONSEF em que foi considerada descabida a exigência do imposto por presunção, para argumentar que o caso de que cuida este processo é de inadequação do roteiro de fiscalização adotado pela fiscalização.

Infração 03

Argumenta que foi tributado todo o valor obtido através do saldo credor de Caixa, sem levar em conta a existência de mercadorias em que o ICMS já havia sido recolhido antecipadamente, seja pelo regime de antecipação, seja pelo de substituição.

Repete sua alegação de que não pôde apresentar os elementos e informações, bem como a documentação necessária para que fossem verificadas quais as mercadorias eram sujeitas ao regime de substituição tributária, e fosse aplicada a proporcionalidade prevista no item 1 da Instrução Normativa nº 56/2007.

Além disso, alega que em virtude da autuação ter ocorrido em 19/11/2007, os créditos com fatos geradores com datas de ocorrência 31/01/2002; 30/04/2002, e 31/05/2002, se encontram alcançados pela decadência prevista no art.150, § 4º, do CTN. Citou a jurisprudência do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, Tribunal da Bahia e do STJ, sobre esta questão.

Infração 04

Pede a nulidade deste item, por considerar que esta infração não lhe é aplicável, pois o contribuinte responsável por recolher o tributo é o sujeito substituto, e não o substituído. Diz que muito das mercadorias são oriundas de fornecedores localizados no Estado de São Paulo, os quais eram os responsáveis de reter o ICMS e repassá-los para o fisco baiano.

Infração 05

Tece comentário sobre o regime do SIMBAHIA, instituído pela Lei nº 7.357/98, para arguir a inconstitucionalidade da antecipação parcial do ICMS, violando os princípios constitucionais da isonomia, da não-cumulatividade e da razoabilidade. Com esse argumento, pede a nulidade da autuação.

Ao final, pede a anulação, ou caso contrário a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.441 a 443, o autuante rebateu os argumentos defensivos conforme segue.

Infração 01 – Esclarece que os valores do débito obtidos são resultantes de cálculos efetuados em planilhas utilizadas pela SEFAZ para apuração de débitos de empresa de pequeno porte optante pelo regime do SIMBAHIA constantes às fls. 12 a 14 do PAF, não ocorrendo assim o citado desenquadramento argüido pelo autuado.

Infrações 02 e 03 – Explica que durante a fiscalização não foi verificada nas operações habituais dos contribuintes fatos que levassem o autuante a aplicação da alegada proporcionalidade. Manteve integralmente a autuação dizendo que o autuado não demonstrou através de documentos ou cópias dos mesmos que existem elementos que permitam a aplicação da proporcionalidade.

Infração 04– Sustenta que os valores apurados referem-se a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado e sujeitas às regras da substituição ou antecipação tributária do RICMS em vigor, cujos recolhimentos não foram efetuados de acordo com as planilhas às fls. 48 a 50.

Infração 05 – Diz que cabe ao CONSEF analisar os argumentos utilizados pelo autuado em sua peça defensiva.

Finaliza mantendo seu procedimento fiscal.

Considerando que não constavam nos autos os “Relatório de Informações TEF – Diário”, contendo a especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, na Pauta Suplementar do dia 28/08/2008 o processo foi baixado em diligência (fl.446) à Infaz de origem para que o autuante fizesse a juntada aos autos dos referidos relatórios, e posteriormente, fossem entregues ao autuado para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

A diligência foi devidamente cumprida, inclusive o autuante efetuou a entrega dos relatórios, conforme comprova o “Protocolo” à fl. 449.

Consta à fl.453 intimação expedida em nome do autuado, sendo informado pelo funcionário fiscal que no endereço Av. ACM, nº 696 loja 56, Itagira, está funcionando outro contribuinte : Perfita Perfumes e Cosméticos Ltda, CNPJ nº 06.152.514/0001-49, IE nº 63.569.960 NO, e na folha 456 outra intimação em nome de Roberto José Passos, no endereço Rua Tamoios, 314, aptº 301, Ed.Mansão do Atlântico, Rio Vermelho, CEP. 41.940-040, nesta Capital, sendo informado pelo funcionário fiscal que, segundo informações do porteiro do prédio Osvaldo da Silva, o sócio citado já faleceu, residindo no endereço sua esposa Sraª Rosana M. Arruda Cabral Passos.

Diante disso, o órgão preparador da Infaz de origem expediu intimação (fl. 459), em nome de Rosane Maria de Arruda Cabral Passos, com a entrega dos documentos às fls. 446, 449 e 450, referente à informação fiscal, com a concessão do prazo de 10 (dez) dias para o contribuinte se manifestar.

Ao se manifestar sobre a intimação acima citada (fl. 461), o patrono do autuado diz que não recebeu cópia do Relatório de Informações TEF-Diário, pois além de não sido entregue o CD-ROM, desconhece o autor da assinatura constante no protocolo à fl. 449. Requereu que lhe seja fornecida cópia do mencionado relatório, no endereço do representante legal da empresa sito à Rua Tamoios, 314, aptº 301, Ed. Mansão do Atlântico, Rio Vermelho, CEP. 41.940-040, nesta Capital. Em seguida, requereu a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias.

O autuante presta informação fiscal à fl. 470, onde argumenta que não assiste razão para atender o pleito do contribuinte, por considerar que da comparação da assinatura do protocolo à fl. 449 com a intimação à fl. 10, a assinatura é do representante legal da empresa.

Considerando as alegações defensivas constantes à fl. 461, na Pauta Suplementar do dia 24/07/2009, foi proposta e acatada pela 2ª JJF, retornar o processo à Infaz de origem, para ser expedida intimação ao atual representante legal do contribuinte, no endereço solicitado, com a

reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, sendo recomendado anexar à intimação os seguintes documentos: a) CD-ROM contendo o Relatório de Operações TEF-Diário – fl. 451; b) cópia do despacho de diligência à fl. 473.

VOTO

Analizando a preliminar de decadência dos fatos geradores com datas de ocorrência 31/01/2002; 30/04/2002, e 31/05/2002, observo que não assiste razão ao defendente, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 27/11/2007, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/02, findando-se em 31/12/07.

Quanto a preliminar de cerceamento de defesa, sob alegação de que ficou impedido de apresentar os elementos e informações, bem como a documentação necessária para que fossem verificadas quais as mercadorias eram sujeitas ao regime de substituição tributária, e fosse aplicada a proporcionalidade prevista no item 1 da Instrução Normativa nº 56/2007, verifico que, na ciência do auto de infração, foram entregues ao autuado cópias dos demonstrativos às fls. 12 a 70, que originaram o lançamento dos débitos, bem como, a pedido desta Junta de Julgamento Fiscal, foram entregue os Relatórios Diários de Operações – TEF, conforme comprovam os documentos às fls. 398 e 467.

Desta forma, o autuado não ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, impugnando objetivamente os levantamentos fiscais, nem de apresentar os elementos e informações que alegou ter para comprovar a situação tributária das mercadorias arroladas nos respectivos itens da autuação, e permitir a aplicação da IN nº 56/2007, uma vez que nos demonstrativos que lhe foram entregues encontram-se especificados os documentos fiscais, cujos valores foram extraídos da escrita fiscal que se encontra em poder do autuado. Além do mais, considerando que o autuado deixou de se manifestar sobre as intimações conforme documentos às fls. 398 e 476, deve ser aplicado o que dispõe os artigos 140 e 142, do RPAF/99.

No que tange a arguição de que a imputação no item 04 não lhe é aplicável, por entender que o contribuinte responsável por recolher o tributo é o sujeito substituto, e não o substituído, visto que muito das mercadorias são oriundas de fornecedores localizados no Estado de São Paulo, os quais eram os responsáveis de reter o ICMS e repassá-los para o fisco baiano, deixo para apreciá-la por ocasião do mérito.

Sobre a preliminar de nulidade de que a antecipação parcial do ICMS para contribuinte do Regime do SIMBAHIA, é inconstitucional por violar os princípios constitucionais da isonomia, da não-cumulatividade, da razoabilidade, abstenho-me de apreciar tal arguição, já que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Assim, ficam rejeitadas as arguições de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie as disposições contidas no artigo 18, do RPAF/BA aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999.

No mérito, analisando cada item de per si, com base na documentação anexada ao processo, concluo o seguinte.

Infração 01

Exige o imposto recolhido a menor, nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA).

Foi alegado na defesa que foi aplicada a alíquota de 17% sem prévio desenquadramento de ofício do regime simplificado. Houve equívoco de interpretação ao autuado, uma vez que, em momento algum este item faz referência a desenquadramento do SIMBAHIA.

O débito encontra-se devidamente explicitado nas planilhas às fls. 12 a 14, e foi calculado pelo Regime do SIMBAHIA, cujo imposto foi calculado com base na receita bruta ajustada à alíquota de 2,50%, levando em conta a faixa de faturamento, sendo deduzido os valores recolhidos pelo autuado, encontrando, assim, os valores que foram lançados no auto de infração. Não há porque ser concedido o crédito de 8% previsto na legislação tributária, pois o levantamento não foi apurado com base em presunção legal. Quanto a alíquota de 17%, observo que foi consignado no Demonstrativo de Débito esta alíquota apenas para fim de demonstração, porém o débito foi calculado pela alíquota de acordo com a faixa de faturamento.

Mantenho o lançamento deste item, pois o autuado em sua defesa não fez qualquer referência quanto aos números consignados no levantamento fiscal, não apontando qualquer erro no mesmo.

Infração 02

O fato que ensejou a lavratura do Auto de Infração diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas por instituição financeira e administradora de Cartões de Crédito/Débito.

O débito da infração encontra-se devidamente especificado na planilha comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito” (doc.fl. 17), na qual, foram considerados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito e de débito informados pelas administradoras, as vendas apuradas na Redução Z do ECF, a diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; o crédito presumido de 8%, e finalmente, o ICMS devido.

A autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com

recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Neste processo, observo que os citados TEF-Diários e por operações, relativos a cada administradora de cartão, foram entregues através de mídia eletrônica, conforme intimação, fls. 476, devidamente assinado pelo autuado.

Na defesa fiscal, o sujeito passivo não impugnou os números apurados no trabalho fiscal, limitando-se a arguir que o estabelecimento opera com mercadorias tributadas, isentas e com fase de tributação encerrada, argumentando que deveria ser feita a proporcionalidade do débito sobre o percentual das entradas tributadas, conforme Instrução Normativa nº 56/2007.

Arguiu ainda que para ficou impedido de apresentar os elementos e informações, bem como a documentação necessária para que fossem verificadas quais as mercadorias eram sujeitas ao regime de substituição tributária. Não acolho esta alegação, pois, mediante intimação, foi atendido o pedido do autuado para entrega do CD contendo os relatórios das administradoras. Observo, que deixei de propor a realização de diligência para verificar se seria cabível a proporcionalidade, tendo em vista o disposto no artigo 147, I, “b”, do RPAF/97, pois tal diligência seria destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia, ou demonstrativo das situações tributárias das mercadorias, simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, já que o ônus da prova a ele cabia..

Desta forma, não obstante o direito do autuado de pagar o ICMS pelo regime de tributação do SIMBAHIA, embora o estabelecimento fosse optante pelo citado regime de apuração, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, o débito foi calculado corretamente pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida.

Mantido o lançamento do débito deste item, porquanto não impugnado objetivamente.

Infração 03

Neste item foi lançado imposto referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldos credores na Conta “Caixa”, conforme demonstrativos às fls.21 a 47.

O débito foi apurado através da demonstração das operações financeiras verificadas na Conta Caixa, conforme planilhas às fls. 23 a 47, nas quais, estão demonstrados os valores relativos às origens de recursos (entradas) e os pagamentos realizados (saídas), apurando-se, para cada período, os saldos devedores ou credores conforme o caso, sendo exigido o imposto sobre os saldos credores.

Na peça defensiva o autuado não apontou qualquer erro nos números ou na metodologia contábil de apuração, limitando-se a arguir que deveria ser feita a proporcionalidade do débito sobre o percentual das entradas tributadas, conforme Instrução Normativa nº 56/2007.

Quanto a esta questão, reitero o meu entendimento apresentado no item precedente, e mantenho o lançamento desta infração.

Infração 04

Reside na acusação de que o autuado deixou de efetuar o recolhimento ICMS por antecipação, no valor de R\$3.118,88, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

A infração está caracterizada nos demonstrativos às fls.48 a 51, por se tratar de aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (calçados), e relacionadas no Anexo 88, do RICMS/97. Na planilha estão discriminados cada documento fiscal, e foram identificados a partir das notas fiscais apresentadas pela empresa conforme comprovam as cópias anexadas ao processo.

Pede a nulidade deste item, por considerar que esta infração não lhe é aplicável, pois o contribuinte responsável por recolher o tributo é o sujeito substituto, e não o substituído. Diz que muito das mercadorias são oriundas de fornecedores localizados no Estado de São Paulo, os quais eram os responsáveis de reter o ICMS e repassá-los para o fisco baiano.

Não assiste razão ao sujeito passivo, tendo em vista que a mercadoria é originária dos Estados de São Paulo, Ceará e Rio Grande do Sul, está enquadrada no regime de substituição tributária, porém, não há acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e, portanto, não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar.

Ou seja, não existe acordo interestadual regulando operação de substituição tributária sobre “calçados”. A previsão, contudo, da substituição tributária interna está prevista no artigo 353, inciso II, item 32, do RICMS/97.

Assim, o contribuinte autuado é efetivamente o responsável tributário pela antecipação do imposto na condição de sujeito passivo por substituição tributária.

Mantido o lançamento.

Infração 05

A acusação é de que não foi recolhido o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições, para comercialização, de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme demonstrativos às fls. 52 a 70.

A arguição do patrono do autuado de inconstitucionalidade da antecipação parcial do ICMS, não merece ser apreciada nesta esfera administrativa, sendo que a obrigatoriedade no recolhimento antecipado nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, está prevista no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Mantenho este item, pois não foi apontado qualquer equívoco na apuração do débito.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232953.0103/07-7**, lavrado contra **R. R. PASSOS ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.021,62**, acrescido das multas de 60% sobre R\$24.681,86 e de 70%, sobre R\$7.339,76, previstas no artigo 42, I, “b”, “1”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR