

PROCESSO - A. I. Nº 129423.0027/07-1
RECORRENTE - JOÃO SANTANA NETO DE CONQUISTA (CARRETAS & CIA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0184-04/08
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 29/02/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0006-12/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0184-04-08) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/09/2007, para exigir ICMS no valor de R\$ 27.671,87, em razão do cometimento de duas irregularidades à norma tributária deste Estado. Entretanto, somente faz parte do Recurso interposto a infração apontada como número 1 que diz respeito “à falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado” (Valor histórico de R\$ 17.425,80 e multa de 50%).

Após análise das razões de defesa e de ser ouvido o autuante, 4ª JJF prolatou a sua Decisão, nos seguintes termos (fls. 134/137):

Na infração 01 está sendo exigido ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme notas fiscais relacionadas na planilha de fls. 09/10, a apuração do imposto no levantamento de fls. 13 e 14, no total de R\$ 17.425,80.

A autuação encontra-se amparada no art. 371 do RICMS/97, em 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, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação.

Após a apresentação da peça de defesa, o autuante reconheceu que algumas notas fiscais teriam sido indevidamente incluídas no levantamento efetuado e retirou-as, tais como as notas fiscais 020438 e 035931, por cobrança em duplicidade, tanto no demonstrativo de circularização, quanto no demonstrativo do CFAMT.

Assim, nesta infração, retificou o lançamento original, retirando a nota fiscal nº 176348, que teria sido cobrada em duplicidade no valor de R\$ 166,55, no mês de setembro de 2005, e a nota fiscal nº 20438, no valor de R\$ 176,46, no mês de julho de 2004, ao tempo em que elabora novos demonstrativos, fls. 112 e 113, no total de R\$ 17.082,79, no que concordo.

Quanto às notas fiscais 026.373, 026.374, 023.375, 023.376 e 023.377, o autuado comercializa peças automotivas, pneus e acessórios para carretas, ao mesmo tempo em que presta serviços de oficina em geral, reparando carretas avariadas, por exemplo, atividade na qual emprega algumas das mercadorias adquiridas, segundo suas próprias palavras, fl. 68 do PAF.

Neste caso, trata-se de atividade mista, na qual realiza a prestação de serviços e fornece peças. Sobre a primeira atividade é contribuinte do ISS, imposto de competência municipal, quanto ao emprego das peças, sobre estas incide o ICMS, havendo cumulação de impostos, no caso de serviços prestados em conjunto com mercadorias, estando o serviço previsto na LC 116/2003, com ressalva de cobrança do ICMS, no item 69 da Lista de Serviços, Anexo I do RICMS/97, “Conserto, restauração, manutenção e conservação de máquinas, veículos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto o fornecimento de peças e partes, que fica sujeito ao ICMS).” “e no item 14.01 – Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS)” da Lista de Serviços, alterada pelo Decreto 9.426, de 17/05/05. Portanto, as peças comercializadas e empregadas nas prestações de serviços são passíveis da exigência do ICMS.

Infração parcialmente procedente.

Visando cientificar o sujeito passivo dos termos da Decisão exarada pela 1ª Instância deste Colegiado, foi expedida intimação que consta à fl. 143. Ante a informação apostada pelos Correios nesta intimação de “NÃO PROCURADO”, foi expedida nova intimação, desta vez para o sócio da empresa, Sr. João Santana Neto (fl.150/151).

Tendo em vista a não interposição de Recurso Voluntário, foi o processo encaminhado para inscrição em dívida ativa e nela inscrito. Posteriormente, o sujeito passivo atravessou petição aos autos solicitando a declaração de nulidade da intimação a ele dirigida e dos atos que se seguiram, alegando de não ter sido intimado a respeito da data de julgamento, bem como, da Decisão proferida pela JJF.

Após análise das razões trazidas pela empresa, a PGE/PROFIS entendeu cabível interpor Representação a este Colegiado para que fosse reaberta a instância administrativa, devolvendo ao contribuinte o seu prazo para apresentar Recurso Voluntário.

Esta Representação foi acolhida pela 1º CJF, conforme Acórdão de nº 0232-11/09 (fls. 178/180).

O contribuinte foi intimado da Decisão da 1ª CJF (fls. 187/188). No entanto, o Procurador Assistente entendeu que deveria ser feita ao contribuinte nova intimação a respeito da Decisão prolatada (fl. 191/192), o que foi realizado (fls. 194/195).

Após esses trâmites, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 198/200). Após identificar-se e transcrever as infrações a ele imputadas, ressalta que a JJF somente excluiu da autuação as notas fiscais lançadas em duplicidade pela auditora fiscal, mantendo as demais sob o argumento de que como sua atividade comercial tem natureza mista, mesclando a prestação de serviços e o fornecimento de peças, haveria sim, exigência do ICMS.

Em seguida, afirma que esta Decisão decorreu de argumento invocado por ele próprio, o que gerou Decisão equivocada. Diz não ter pretendido alegar, efetivamente, a não incidência do ICMS na venda de mercadorias a seus clientes, quando empregadas na realização de serviços, pois na condição de empresa de pequeno porte - EPP, optante pelo regime de tributação simplificado – SimBahia – recolhe valores mensalmente, em alíquota única, dentre os quais se encontra o ICMS devido pela saída de mercadorias, assim como, o ISS incidente sobre os serviços prestados. O que defende, é que na qualidade de EPP, optante pelo regime de tributação simplificado – SimBahia – o ICMS por antecipação foi efetivamente recolhido com base nas disposições contidas no Anexo 88 combinado com o art. 353, II, do RICMS/BA. Ou seja, o recolhimento do ICMS por antecipação, no seu específico caso, não é devido como determina o art.355, incisos IV e V do RICMS/BA, pois relacionado às mercadorias destinadas ao emprego na prestação de serviços, ou mercadoria destinada ao estabelecimento do contribuinte para uso/consumo ou ativo imobilizado.

Ressalta que não se exime de entregar ao fisco a sua receita quando da venda das peças empregadas na realização de serviços, mas não estava, à época, obrigada a recolher ICMS por antecipação em relação a tais mercadorias.

Para análise do quanto alegado, o recorrente solicita que sejam analisados todos os DAE's apresentados com a defesa a fim de verificar que eles abrangem as notas relacionadas no lançamento fiscal e que não contenham a observação de não incidência do ICMS por antecipação,

como as Notas Fiscais de nºs 019.123, 019.124, 019.125, 019.126, 019.127, 020.438, 020.439, 011.980, 035.931, 078.217, 002.617, 030.648, 176.348, 032.044, 067.935, 194.823, 084.781, 084.947, 085.655, 034.053, 086.494 e 034.646.

De igual forma, devem ser excluídas as Notas Fiscais, a exemplo, as de nºs 026.373, 026.374, 026.375, 026.376, 026.377, 076.208, 076.771, 029.760, 030.649, 009.308, 002.693, 152.319, 152.322 e 082.891, que trazem a observação específica, no campo “dados adicionais”, inaplicabilidade da substituição tributária.

Em vista do exposto, diz que resta provada a inoccorrência da Infração 1, pois recolheu o ICMS por antecipação, na qualidade de EPP, quando devido. Pede a avaliação dos DAE's apresentados, a fim de que se confirme que o recolhimento do ICMS por antecipação ocorreu sempre que devido, inclusive em face de diversas notas fiscais relacionadas na autuação, excluindo-se apenas os casos acima citados.

Solicita a Improcedência do Auto de Infração.

Em manifestação (fls. 205/206), a PGE/PROFIS após descrever a infração 1 do presente lançamento fiscal, das razões expedidas pelo recorrente, das determinações emanadas do art. 355, incisos IV e V do RICMS/BA (não cabimento do recolhimento do imposto por antecipação nas hipóteses das mercadorias empregadas na prestação de serviços ou destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado), da afirmativa da própria autuante reconhecendo o emprego de parte das mercadorias adquiridas na prestação de serviços, corroborado pelo voto expendido pela JJF, vislumbra, a princípio, procedência nos argumentos do recorrente.

Assim, sugere a este Colegiado o encaminhamento dos autos para análise pela ASTEC/CONSEF, visando conferir se, efetivamente, persistem no demonstrativo de fls. 112/114, documentos fiscais relativos à aquisição de mercadorias para emprego na prestação de serviços ou mercadorias adquiridas para uso, consumo ou ativo imobilizado, como indicado às fls. 200 do Recurso Voluntário.

Em pauta suplementar da sessão de 30/6/2010 (fl. 209), esta 2ª CJF, após exame das peças que constituem o processo, na busca da verdade material e visando dar subsídio à PGE/PROFIS, encaminhou o presente Auto de Infração em diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito emitisse Parecer Técnico sobre os questionamentos elencados por aquele Órgão Jurídico (conferida se, efetivamente, persistem no demonstrativo de fls. 112/114, documentos fiscais relativos a aquisição de mercadorias para emprego na prestação de serviços ou mercadorias adquiridas para uso, consumo ou ativo imobilizado, como indicado às fls. 200 do Recurso Voluntário).

Através do Parecer ASTEC nº 206/2010, diligente fiscal informou que intimou a empresa a apresentar os dados e documentos necessários à realização da diligência. Que em visita *in loco*, constatou que ela além de realizar o comércio de autopeças para carretas faz serviços de reformas em carretas usadas e danificadas, utilizando nestes serviços mercadorias. Que, após reformadas, vende tais carretas.

Considerando as compras efetuadas para tais reformas, solicitou que o recorrente indicasse quais as mercadorias constantes das notas fiscais autuadas que foram, efetivamente, utilizadas para uso e consumo em serviços, no que foi atendido conforme fls. 215/218 dos autos. Porém, em confronto dessas notas fiscais com aquelas autuadas (fls. 112/114) constatou que as primeiras não estão incluídas na relação elaborada pelo fiscal autuante e em relação à infração 1, conforme planilha de fls. 13/14, bem como, quando da informação fiscal (fls. 112/114). Elas fazem parte da infração 2, como se constada na planilha de fls. 15/16.

Em sua manifestação (fls. 227/228), o recorrente afirma que após a diligência solicitada começava-se a se fazer justiça, já que foi reconhecido que as mercadorias apontadas às fls. 215/218 foram destinadas ao emprego na prestação de serviços ou destinadas para uso e consumo ou ativo permanente, não se aplicando, no caso, o regime da substituição tributária por força do art. 355, IV e V, do RICMS/BA.

Prossegue dizendo esperar que sejam analisados todos os DAE's apresentados com a defesa (fls. 74/107), objetivando se verificar se os mesmos abrangem as notas fiscais autuadas e que não contenham a observação da não incidência do ICMS por antecipação, como por exemplo, as Notas Fiscais n^{os} 019.123, 019.124, 019.125, 019.126, 019.127, 020.438, 020.439, 011.980, 035.931, 078.217, 002.617, 030.648, 176.348, 032.044, 067.935, 194.823, 084.781, 084.947, 085.655, 034.053, 086.494 e 034.646.

Afirma, ainda, que devem ser excluídas as Notas Fiscais n^{os} 026.373, 026.374, 026.375, 026.376, 026.377, 076.208, 076.771, 029.760, 030.649, 009.308, 002.693, 152.319, 152.322 e 082.891, pois as mesmas trazem a observação específica, no campo "dados adicionais", da inaplicabilidade da substituição tributária.

Com tais argumentos, informa que após a exclusão das notas fiscais acima relacionadas e da análise dos DAE's apresentados às fls. 74/107, e mais os que anexa, recolheu todo o ICMS que tinha por obrigação antecipar. E, acaso, esta CJF entenda que os recibos apresentados não fazem prova, ***"que se demonstre de forma explícita a quais notas fiscais se referem os DAE's exibidos pelo autuado"***.

Requer a improcedência da autuação.

Em novo Parecer à fl. 239, a PGE/PROFIS, inicialmente, observa que como o objeto do Recurso Voluntário é a infração 1 e não a infração 2, *a ausência da apresentação dos documentos pelo recorrente, conquanto devidamente intimado, inviabilizou a análise dos argumentos elencados no Recurso voluntário e que foram submetidos à diligencia fiscal*. Porém, antes de emitir Parecer conclusivo sobre a matéria, solicitava a esta CJF do CONSEF a renovação da diligencia fiscal para verificar se os DAE's apresentados pelo recorrente guardavam relação com os questionamentos levantados pela diligência de fls. 209.

Em pauta suplementar do dia 28/11/2011, esta 2ª CJF indeferiu a diligência solicitada por constatar que os DAE's apresentados não guardam relação com os questionamentos levantados e motivadores da autuação (fl. 241).

No seu Parecer conclusivo a PGE/PROFIS assim se posiciona (fls. 244/245):

Da análise do Recurso voluntário apresentado quanto ao mérito da infração 01, verificamos após a conclusão da diligencia procedida pela ASTEC que o recorrente não traz prova acerca dos argumentos expendidos em sede recursal capaz de promover a modificação do julgamento de primeira instância administrativa, com o qual nos coadunamos integralmente.

O processo administrativo fiscal assegura ao sujeito passivo tributário o direito à impugnação ao lançamento em sede administrativa, possibilitando a realização de qualquer prova em direito admitido, mormente documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

Inobstante, as provas elencadas pelo recorrente não se referem à infração 01 e, portanto, a mesma deve ser mantida.

Pelo exposto, entendemos que os argumentos do recorrente não são suficientes para modificar a Decisão recorrida, pelo que, opinamos pelo conhecimento e improvinimento do Recurso voluntário interposto."

VOTO

A Infração 1 do presente Auto de Infração, motivadora do Recurso Voluntário, diz respeito à falta do recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Na Decisão de 1º Grau somente foram excluídas as notas fiscais que no demonstrativo realizado pela autuante foram consideradas em duplicidade. Na sua peça recursal a empresa afirma de que as mercadorias consignadas em diversas notas fiscais (citadas) tiveram o imposto recolhido conforme determinações do art. 355, incisos IV e V do RICMS/BA, ou seja, quando destinadas ao emprego na prestação de serviços, ou destinada ao estabelecimento do contribuinte para uso, consumo ou ativo imobilizado, não se deve recolher o imposto por substituição tributária. Esta 2ª CJF na busca da verdade material diligenciou os autos à ASTEC/CONSEF. Fiscal estranho ao feito, *in loco* e após receber (e requeridas) as notas fiscais das aquisições de mercadorias ditas

empregadas na prestação de serviços ou destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado, constatou que as mesmas não fazem parte da autuação referente à infração ora em combate. Em assim sendo, tal argumento não pode ser considerado para elidir a ação fiscal.

No que diz respeito às cópias dos DAE's apresentadas, primeiramente ressalto que é da responsabilidade do sujeito passivo tributário a prova de que eles se referem ao imposto recolhido em relação às mercadorias autuadas e não desta Secretaria de Fazenda. No mais, ao analisar os extratos apensados às fls. 74/107, aqueles de fls. 74/75, 82, 84, 93 e 100/107, referem-se ao recolhimento da antecipação parcial que não tem qualquer pertinência com a situação em lide. Aquele de fl. 86 diz respeito ao recolhimento mensal do imposto devido por empresa enquadrada no SimBahia. Os demais tratam do recolhimento da antecipação tributária pelas aquisições de produtos consignados no Anexo 88 ou por empresa descredenciada. No entanto, em qualquer um deles consta o número da nota fiscal que o originou. Assim, caberia ao recorrente e não a Secretaria da Fazenda, ou mesmo a este Colegiado, provar que estes documentos se referiam às aquisições realizadas através das notas fiscais autuadas. No que diz respeito às cópias dos DAE's apensados às fls. 229/231, todos se referem a pagamento da antecipação parcial e não à antecipação/substituição tributária. Nos mesmos estão elencadas as notas fiscais motivadoras dos seus recolhimentos, ou seja, as Notas Fiscais de nºs 1440, 1462, 105349, 2011, 128587, 30084, 12722, 5389, 2668, 79941, 80915, 39555, 133633, 15138, 5987, 30044, 18841, 82891, 1565, 16395. Dessas notas fiscais a único autuado foi aquela de nº 32044 de 28/02/2006 (fl. 51) e demonstrativo de débito fl. 112. Mas, como anteriormente afirmado, é recolhimento da antecipação parcial e não da antecipação/substituição tributária. Sendo indevido este pagamento, pode o recorrente, dentro da norma regulamentar solicitar a restituição do indébito.

Por fim, em relação ao pedido de que sejam excluídas da autuação as Notas Fiscais de nºs 026.373, 026.374, 026.375, 026.376, 026.377, 076.208, 076.771, 029.760, 030.649, 009.308, 002.693, 152.319, 152.322 por trazerem, no campo "dados adicionais", a inaplicabilidade da substituição tributária, observo que tal condição está condicionada à norma regulamentar do Estado de origem das mercadorias. A determinação no Estado da Bahia é que, sendo as mercadorias regidas pela substituição/antecipação tributária e não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, sendo efetuado por antecipação.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo na sua totalidade a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **129423.0027/07-1**, lavrado contra **JOÃO SANTANA NETO DE CONQUISTA (CARRETAS & CIA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$27.009,54**, acrescido das multas de 50% sobre R\$17.082,79 e 70% sobre R\$9.926,75, previstas no art. 42, incisos I, "b", item 1 e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS