

A. I. N° - 179856.0019/13-1
AUTUADO - A - M BICICLETERIA LTDA.
AUTUANTE - EBENEZER DE SOUZA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 19.12.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0277-02/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. A legislação determina que o sujeito passivo responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária, é o vendedor da mercadoria, contribuinte substituto no estado da Bahia, não podendo o Fisco cobrar tal imposto do destinatário. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Reconhecimento explícito do autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**, Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 11 de junho de 2013 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$11.153,47, bem como multa nos percentuais de 50% e 60%, pela constatação da seguinte infração, verificada no período de fevereiro e junho de 2010, fevereiro, março, maio e agosto de 2011:

Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES NACIONAL) referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 30 a 34, onde destaca que durante vários anos e em várias revisões fiscais já ocorridas, em nenhum momento foi alvo de Autos de Infração, pois sempre primou pela observância das exigências legais de seu ramo de atividade, sendo tal fato demonstrativo de suas qualidades empresariais.

Ao seu entender, os termos alocados pelo Auto de Infração e ainda, o valor amostrado por estas, obrigaram-no à apresentação da defesa.

Inicialmente, entende que as notificações restam eivadas de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, as Notificações, o Auto de Infração e o Termo de Encerramento elaborados deveriam relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida, conforme preconiza a legislação tributária, devendo o Auto de Infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, e, portanto observar os seguintes requisitos:

- a. Nome e qualificação do autuado;
- b. O local, a data e a hora da lavratura;
- c. A descrição clara e precisa do fato;
- d. A descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária;
- e. A exigência a ser cumprida;
- f. A intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal;
- g. A assinatura do autuante e do autuado, quando possível;
- h. A indicação da repartição aonde correrá o processo.

Diz que o cumprimento dos requisitos acima tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao atuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento dos mesmos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa.

Ante tal falha, originou a apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais dos produtos, pois denotando que o autuante apurou, no Auto de Infração, créditos tributários já extintos, tendo em vista que os mesmos foram recolhidos tempestivamente através de GNRE – Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais, conforme explicita na tabela abaixo reproduzida:

D. Emissão	Número da N. Fiscal	Valor da Nota Fiscal	V. Apurado Auto	V. pago/GNRE
28/01/2010	36.399	1.472,65	180,22	-
17/02/2010	8.451	485,68	87,37	-
17/02/2010	8.435	830,99	149,49	-
30/06/2010	10.076	16995,79	3.057,54	2.956,11
02/02/2011	33.327	8.707,21	1.131,06	1.232,56
16/02/2011	7.012	3.942,56	512,14	788,58
23/03/2011	39131	13.727,48	1.783,20	1.736,04
18/05/2011	45.902	6.708,95	871,50	965,47
02/08/2011	399	8.185,24	1.472,52	1.420,24
18/08/2011	118.894	7.944,01	1.429,13	-

Informa que as notas fiscais de número 36.399 e 118.894 emitidas pela INDUSTRIAL LEVORIN S/A, relacionadas na tabela acima, foram tributadas conforme Protocolo 110 de 10/08/2009 que atribui, na cláusula primeira, ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes. Tendo em vista que já pagou o imposto devido a título de Substituição Tributária através da retenção destacadas nas notas fiscais e a responsabilidade pelo recolhimento é do remetente das mesmas, a cobrança do crédito tributário neste caso é indevida, ao seu entender.

Além do fato mencionado acima, inclui-se no Auto de Infração crédito tributário ausente de fato gerador originário da nota fiscal de número 6949 emitida em 15/02/2011 pela BIAPE COMERCIO E IMPORTAÇÃO LTDA. ter sido legalmente cancelada pela emitente na mesma data, conforme documentação que diz anexar, e que não houve a circulação da mercadoria, fato gerador do tributo.

Declara a ausência do comprovante de recolhimento do ICMS Substituição Tributaria referentes às notas fiscais de número 8.451 e 8.435, ambas emitidas pela TEC IMPORTS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

Feitas tais colocações, requer que o Auto de Infração com o valor histórico apurado pelo Fiscal em R\$11.153,47 (onze mil cento e cinqüenta e três reais e quarenta e sete centavos) e o valor total, incluído os acréscimos, multas e atualizações monetárias, de R\$20.130,97 (vinte mil cento e trinta reais e noventa e sete centavos) conforme demonstrativo de débito, seja julgado parcialmente procedente tendo em vista que o valor histórico apurado, conforme documentação em anexo, é de R\$237,00 (duzentos e trinta e sete reais) referente a nota fiscal 8451 emitida em 17/02/2010 com o ICMS devido de R\$87,37 (oitenta e sete reais e trinta e sete centavos) e a nota fiscal de 8435 emitida em 17/02/2010 com o ICMS devido de R\$ 149,49 (cento e quarenta e nove reais e quarenta e nove centavos), impugnando-se os valores excedentes.

Requer ainda o arquivamento deste processo em vista do recolhimento do valor reconhecido pela notificada.

Informação fiscal prestada às fls. 64 a 67 o autuante argumenta que o autuado de forma equivocada, em sua defesa, recorre à figura “da nulidade das notificações”, e que o autuante deveria relacionar todas as notas fiscais , discriminado-as uma a uma.

Ressalta que o presente processo cuida de Auto de Infração e não de Notificação Fiscal. Tal ressalva se faz necessária, tendo em vista que a autuada no decorrer de sua defesa traz equivocadamente a expressão “Notificações”.

Argumenta que de logo, percebe-se que não há procedência nas alegações da autuada no tocante às alegadas "nulidades", quando se refere à ausência de requisitos legais que o Auto de Infração deve preencher.

Aduz que do exame do Auto de Infração e dos documentos a ele acostados, verifica-se que o mesmo obedeceu a legislação tributária baiana, inclusive, todos os requisitos previstos no RPAF/99, estando, dessa forma, o procedimento e autuação fiscais dentro da lei.

Indica que a autuação fiscal foi baseada em demonstrativos de apuração de ICMS por antecipação ou Substituição Tributária de fls. 06/07, nos quais o autuante relacionou de forma discriminada as notas fiscais de aquisições de mercadorias por parte da autuada, ressaltando que os referidos demonstrativos foram entregues, consoante recibos constantes às fls. 06/07 e 26.

Além disso, informa que as notas fiscais elencadas nos referidos demonstrativos e que embasaram a autuação fiscal, se encontram devidamente comprovadas nos documentos acostadas às fls. 09 a 23, e que após análise das alegações do autuado de que efetuou recolhimentos de ICMS, através de GNRE- Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais, das NF's elencadas em tabela, inserida no corpo da sua defesa, procedeu às verificações fiscais pertinentes e concluiu quanto às NF's 36399, 8451, 8435 e 118894, que a exigência respectiva dos valores dos ICMS por antecipação ou substituição tributária, no Auto de Infração, é totalmente procedente, consoante legislação tributária baiana. Quanto às NF's 10076, 33327, 7012, 39131, 45902 e 399, também, constantes na tabela mencionada, nada tem a opor quanto às alegações da autuada, já que foram apresentados os comprovantes respectivos dos ICMS, consoante documentos de fls. 41, 44, 46, 49, 52 e 54.

Dessa forma, elaborou novo demonstrativo de cálculo de ICMS por antecipação ou substituição tributária, no qual exige do autuado o pagamento do valor de R\$351,25 (exercício 2010) e R\$1.429,13 (exercício 2011), totalizando, assim, o valor de R\$1.780,38 (Hum mil setecentos e oitenta reais e trinta e oito centavos).

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado parcialmente procedente, acatando-se em parte a alegação defensiva.

Cientificado do teor dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante (fl. 72), a empresa autuada se manifesta à fl. 74, no sentido de que *"seja considerado como quitado o valor de ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA referente às notas fiscais de número 118894 de 19/08/2011 e 36399 de 28/01/2010. Tendo em vista que compõe o valor total dessas notas fiscais o valor referente a substituição tributária, conforme descrito no campo, valor da substituição tributária dos documentos fiscais citado anteriormente"*.

Em nova intervenção (fls. 86 a 88), o autuante se posiciona no sentido de não acatamento dos argumentos trazidos na manifestação após a informação fiscal, diante do fato de que as duas notas fiscais de fls. 74, as quais alega estarem pagas com a retro-citada GNRE e traz alegações equivocadas referente às NFS 36.399 e 118894, requerendo que seja considerado como quitado o valor do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA, retirando as citadas notas do valor devido, sem uma planilha discriminatória das notas fiscais as quais tal guia se refere.

Alega que a empresa juntou os documentos GNRE, alegando que as referidas guias referem-se ao pagamento conforme às fls. 79, 80, 82 e 83, e que examinando os documentos a ele acostados, verifica que a GNRE refere-se ao pagamento do dia 10/12/2010, quando o seu débito é do dia 28/01/2010, razão pela qual o mesmo não corresponde ao pagamento das referidas notas. Quanto ao pagamento da nota fiscal 118.894, com data de 18/08/2011, a referida guia SISBB- SISTEMA DE INFORMAÇÕES BANCO DO BRASIL, datada do dia 09/09/2011, não faz referência à nota fiscal supra-citada, tampouco colaciona planilhas de cálculos acerca da GNRE juntada, especificando a quais notas tal guia se refere.

Consta às fls. 94 e 95 recolhimento de parte do valor autuado, efetuado em 24 de junho de 2013.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES NACIONAL) referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Verificando os autos, constato que se refere a mercadorias adquiridas pela empresa autuada (pneus, suporte de guidão para bicicleta, garfo de suspensão, pedal, capacetes, dentre outros), constantes dos documentos fiscais de fls. 09 a 11, 18 e 19, 24 e 25, conforme cópias acostadas ao feito.

Observo, de igual modo, que foi elaborado demonstrativo relacionando os documentos fiscais que originaram o lançamento, pelo autuante, nele constando (fls. 06 e 07) recibo firmado por pessoa que se apresenta como preposto da empresa, dando conta de ter recebido cópia do mesmo.

Dessa forma, não posso acolher a argüição preliminar suscitada pela defendant no sentido de que seja decretada a nulidade do lançamento, diante do fato de que o mesmo observou aos requisitos estabelecidos pelo artigo 39 do RPAF/99, o qual determina que o Auto de Infração conterá:

- "I - a identificação, o endereço e a qualificação fiscal do autuado;*
- II - o dia, a hora e o local da autuação;*
- III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;*
- IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:*
 - a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela;*
 - b) a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido;*
 - c) a alíquota ou, quando for o caso, o percentual de cálculo do tributo;*
 - d) o percentual da multa cabível ou a sua determinação em quantidade de Unidades Padrão Fiscal (UPF-BA);*
 - e) o valor ou as parcelas do tributo ou dos acréscimos tributários decorrentes de pagamento intempestivo, por período, com indicação precisa do valor histórico e do valor atualizado até a data da autuação;*
 - f) o total do débito levantado;*
- V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:*
 - a) em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;*
 - b) tidos como infringidos;*
 - c) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;*
- VI - outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal;*
- VII - a intimação para pagamento ou impugnação administrativa no prazo de 30 (trinta) dias, com indicação das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida;*
- VIII - a indicação da repartição fazendária onde o processo permanecerá aguardando o pagamento ou defesa;*
- IX - o nome, o cadastro e a assinatura do autuante;*

X - a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa.

§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

§ 2º Na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado.

§ 3º O débito constante no Auto de Infração, para efeito de intimação, será expresso pelos valores do tributo e pela indicação das penalidades, ficando sujeito à apuração, no momento do pagamento, dos valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos moratórios incidentes.

§ 4º O Auto de Infração poderá ser lavrado contra o contribuinte, contra o substituto tributário ou contra qualquer pessoa à qual a lei atribua a responsabilidade tributária".

Tendo sido atendidos todos os requisitos acima, não há que se falar, contrariamente ao argumentado pelo defensor, em nulidade do lançamento, motivo pelo qual rejeito tal sustentação, adentrando ao mérito da autuação.

Quanto a este, baseia-se em prova material, tendo, inclusive, o sujeito passivo trazido em sede defensiva os elementos que serviram, inclusive, para a elaboração de novos demonstrativos pelo autuante, o qual acolheu parcialmente as argüições defensivas.

Digno de nota é o fato de que, ainda que o sujeito passivo esteja na condição de optante pelo regime de apuração do denominado "SIMPLES NACIONAL", nos termos da Lei Complementar 123/06, o imposto devido a título de antecipação tributária deve ser apurado e recolhido apartadamente daqueles outros tributos e contribuições que compõem tal regime, se for o caso, conforme estabelecido no artigo 13, o qual determina:

"Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar";

Todavia, observo que o direito do Estado da Bahia, frente a cobrança efetuada, e ora discutida, não se apresenta tão cristalino como pretende crer o autuado. Isso por que a empresa autuada é simplesmente a destinatária das mercadorias, e nesta hipótese, sendo o remetente (Industrial Levorin S. A.) inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de substituto tributário, com a inscrição 38.134.434, consoante se observa nos documentos fiscais acostados ao feito, ainda que estabelecido no Estado de São Paulo, faz com que a responsabilidade pelo cálculo e recolhimento do imposto devido à Bahia seja do mesmo (remetente), e não do destinatário (autuado).

Dessa forma, se caracteriza, em relação aos documentos remanescentes de acatamento pelo autuado, típica ilegitimidade passiva, vez que, ainda que o imposto não seja recolhido pelo remetente, caberia ao fisco exigir-lo, ainda que mediante lançamento tributário, do remetente, no caso a empresa Industrial Levorin S. A.

De relação aos documentos trazidos ao feito, cuja discussão ainda permanece, as notas fiscais 118894 de 18 de agosto de 2011 e 36399 de 27 de janeiro de 2010, cujas cópias encontram-se às fls.

77 e 78, efetivamente ambos os documentos possuem imposto destacado a título de substituição tributária a ser recolhido pela empresa Industrial Levorin S/A, emitentes de tais documentos, nos valores respectivos de R\$1.550,00 e R\$171,50, o que impede a cobrança do imposto ao autuado, tornando tal cobrança nula.

Remanesce, pois, o valor devidamente reconhecido e recolhido pela autuada, razão pela qual, voto no sentido de que o Auto de Infração deve ser julgado parcialmente procedente, no valor de R\$236,86, conforme demonstrativo às fls. 33 do PAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **179856.0019/13-1** lavrado contra **A-M BICICLETERIA LTDA.**, devendo se intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$236,86**, acrescido da multa de 50% prevista no artigo 42 incisos I, alínea "b", item 01 da lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR