

A. I. Nº - 206960.0025/00-2
AUTUADO - PEIXOTO COMÉRCIO INDÚSTRIA SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - JUAREZ ANDRADE CARVALHO
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 05.07.2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0229-04/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITIÇÃO TRIBUTÁRIA. REGIME ESPECIAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Inobservância dos critérios estabelecidos. Operações realizadas em desacordo com os termos do regime especial deferido. O autuado comprova parte do pagamento do imposto por adquirentes do Estado da Bahia. Infração parcialmente elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide exige o pagamento de ICMS, no valor de R\$1.109.293,25, mais multa de 60%, que deixou de ser retido e recolhido por substituição tributária, nas operações de vendas interestaduais para microempresas, para contribuintes não inscritos ou para estabelecimentos inscritos como simplificados, nos termos do Regime Especial que foi solicitado pelo autuado e deferido pela SEFAZ, através do qual o autuado assumiu a condição de substituto tributário, para as operações que realizasse nesse Estado, com aqueles contribuintes.

O autuado apresenta defesa tempestiva (fl. 1656), através de seu advogado, que inicia por relatar os fatos o que motivaram a pactuar o Regime Especial com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia sustentando que o não cumprimento do mesmo, tem como consequência, a sua alteração ou cassação. Diz que no momento de sua assinatura, teve início e fim ao acordo assinado, porque nenhum dos dois acordantes deu cumprimento ao pactuado. Em seguida tece comentários sobre atuação de órgãos fiscalizadores e ações de autoridades fiscais, para, em seguida, alegar a nulidade do lançamento, por entender que está viciado, pelos seguintes motivos:

1. Falta de validade jurídica do Regime Especial. Argumenta que o convênio 81/93 não autoriza a instituição do Regime Especial em apreço, não existindo sequer Convênio ou Protocolo firmado entre os Estados de Minas Gerais e Bahia, que respalde a exigência do imposto sob a modalidade do presente lançamento. Identifica legislação na qual alicerça o seu entendimento da falta de aplicabilidade do Regime Especial, por falta de respaldo legal já que o convênio 81/93 autoriza a cobrança do imposto antecipadamente sobre mercadorias e, não, sobre pessoa física ou jurídica. Entende que o presente Regime Especial, um acordo de vontades entre a SEFAZ/BA e o autuado, necessita de controle e aprovação por parte da própria SEFAZ, não admitindo a valia do mesmo, que considera nem chegou a existir no mundo jurídico, pois não autorizado no ordenamento legal vigente.

2. Falta de vigência do Regime Especial. Alega que o mesmo foi implicitamente denunciado por ambos os acordantes. O autuado porque nunca o utilizou, embora o tenha solicitado. A SEFAZ/BA, porque não comunicou aos contribuintes baianos destinatários das mercadorias, que não deveriam proceder ao recolhimento do imposto normalmente.

3. Ilegitimidade Passiva. Por entender que a obrigação de recolher o imposto deve recair sobre os adquirentes, face à ausência de respaldo legal (Convênio ou Protocolo) que obrigue o autuado. Alega que os adquirentes efetuaram os recolhimentos e que o fisco somente deveria exigir o imposto que deixou de ser recolhido, dos respectivos adquirentes. Invoca “doutrina civil” e decisões do CONSEF.

No mérito, invoca o artigo 26, II, § 2º e o artigo 19, § 1º, 1, do RICMS/89 para fundamentar o seu entendimento de que a obrigação pelos recolhimentos é dos destinatários, que os fizeram. Diz que o ônus da prova cabe a quem alega, neste caso ao fisco, apresentando diversas notas fiscais com os respectivos DAES, além de extratos de pagamentos feitos pelos adquirentes baianos, demonstrando a busca pela verdade material. Transcreve ementas do CONSEF e, continuando, alega novamente a falta de valia do Regime Especial utilizando os mesmos argumentos expostos no pedido de nulidade.

Aduz que, se mantido a presente exigência, fica caracterizado o *bis in idem*, pois o imposto estará sendo exigido do remetente e dos destinatários, questionando o destino que o fisco dará ao imposto que foi recolhido pelos destinatários em 1995, face à impossibilidade de restituição do indébito para muitos dos contribuintes, a fim de que não se caracterize a dupla exigência. Afirma que não informou, nas notas fiscais que emitiu, a existência do regime especial, não eximindo, assim, os destinatários, pelos recolhimentos. Salienta que cabe ao Estado fiscalizar os destinatários, pois conhecidos do fisco.

Conclui pedindo a decretação da nulidade do lançamento ou o julgamento pela improcedência, além da determinação de perícia fiscal para constatar o alegado na presente defesa.

Os autuantes prestam informação fiscal (fl. 2.123), esclarecendo que o regime especial foi solicitado pelo autuado e concedido pela SEFAZ, atendendo ao disposto na legislação vigente à época, que citam. Salientam que a ação fiscal se baseou no referido Regime Especial, invocando ensinamentos de jurista e obra, que identifica, para afirmar a valia do citado Regime Especial. Afiram que: a) o Regime Especial é um contrato legítimo; b) não houve a alegada renúncia das partes ao mesmo; c) não se caracteriza a ilegitimidade passiva pois a exigência tem respaldo legal e, d) em relação aos DAES anexados, acatam aqueles correlacionados com o período objeto da autuação. Elaboram novo demonstrativo de débito, abatendo os recolhimentos comprovados, reduzindo o valor reclamado para R\$1.107.937,43.

O autuado se manifesta sobre a informação fiscal (fl. 2.136) contestando a validade do Termo de Acordo (Regime Especial), citando o artigo 82 do Código Civil, o artigo 6º, § 2º, da LC 87/96, “o artigo 145, III, do diploma legal retromencionado” e o artigo 26, II, § 2º, do RICMS/89. Ressalta que vem procedendo a um árduo e difícil trabalho para comprovar recolhimentos e que, aqueles já comprovados são suficientes para macular perenemente de insegurança a autuação, condenando-a à nulidade. Invoca ainda o artigo 112 do CTN e mantém os pedidos de nulidade e de improcedência, juntando mais comprovantes de recolhimentos.

Os autuantes se pronunciam sobre a manifestação do autuado (fl. 2.765), usando os mesmos termos da informação fiscal e acatando parte das comprovações de recolhimentos juntadas pelo autuado, elaborando novo demonstrativo de débito, reduzindo o valor reclamado para R\$1.106.076,31.

Na assentada de julgamento os advogados do autuado apresentaram um memorial contendo em anexo decisões administrativas, parecer sobre matéria jurídica emitido por renomado jurista e comprovações de pagamentos parcias do imposto exigido, feito pelos destinatários das mercadorias. Diante dos documentos, e em atendimento dos princípios da busca da verdade material e da informalidade do processo administrativo, a 4^a JJF resolveu solicitar diligência à PROFAZ para que se manifestasse sobre a validade jurídica do Regime Especial concedido pela SEFAZ e para que aprecie e se manifeste sobre o Parecer Jurídico e sobre o Memorial, ambos anexados pelo deficiente. Solicitou também que os autuantes analisem os comprovantes de recolhimento apresentados pelo contribuinte e, caso sejam referentes a parcelas objeto da exigência, elaborem novo demonstrativo de débito.

A PROFAZ exara parecer (fl. 2.787) que inicia negando, por questão ética e profissional, a tecer comentários sobre o Parecer apresentado pelo autuado, da lavra de dois dos maiores tributaristas deste país. Diz que o mesmo na sua essência tem valor inquestionável mas como opinativo. Pode ter sido construído ao gosto do freguês e do tamanho e importância proporcional aos honorários pagos. Por tal motivo, entende que a Procuradoria da SEFAZ também poderia construir parecer de igual valor e totalmente contrário ao apresentado pelos juristas.

Quanto ao Regime Especial assevera que foi concedido pela SEFAZ, por solicitação do autuado, que o descumpriu. Registra que, pelo descumprimento, a SEFAZ cassou o referido regime, que foi objeto de pedido de reestabelecimento feito pelo contribuinte que não foi deferido. Diante da negativa, diz que o autuado impetrhou Mandado de Segurança, fundamentado na validade jurídica do Regime Especial, tendo obtido liminar, que foi deferida sem a ouvida da SEFAZ. Conclui dizendo que junta os documentos a que se refere.

Os autuantes se manifestam sobre os DAEs apresentados na assentada de julgamento (fl. 2.789), informando que parte deles não podem ser acatados porque não consignam correspondência com notas fiscais relacionadas no Auto de Infração, ou referentes a outros exercícios que não o objeto da ação fiscal que resultou no presente lançamento. Fazem comentários sobre o procedimento e sobre a postura do autuado e refazem o demonstrativo de débito reduzindo o valor exigido para R\$1.103.875,38 (fl. 2.791).

VOTO

Inicialmente deixo de apreciar os comentários preliminares contidos na defesa sobre atuação de órgãos fiscalizadores e sobre ações de autoridades fiscais porque nada colaboram para elucidação das questões relativas à autuação, quer quanto à forma, quer quanto ao mérito.

Relativamente às preliminares de nulidade invocadas pelo autuado, que expressa seu entendimento de que o processo, por causa das referidas preliminares, está viciado, não as acato. Primeiro porque entendo não estarem configuradas quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18

do RPAF/99. Segundo, porque a fundamentação utilizada pelo autuado não encontra respaldo na legislação, nem na lógica, conforme demonstro a seguir:

1. Falta de validade jurídica do Regime Especial. Os regimes especiais para apuração e pagamento de imposto, ou para admissão de procedimentos diversos dos legalmente previstos, são determinados pela legislação tributária. O regime especial descumprido, que motivou a presente autuação, foi solicitado pelo autuado e concedido pela Administração Tributária, seguindo a rotina estabelecida na legislação. Dessa forma, algumas das alegações defensivas sobre o regime especial que deu origem à presente autuação não podem ser consideradas, conforme: a) o controle e aprovação pela própria SEFAZ se deu quando da análise para concessão do pedido e quando da sua aprovação pelos seus órgãos competentes; b) concedido dentro das regras legais, tem existência no mundo jurídico e, c) não poderia ser respaldado no Convênio 81/93, porque esta norma complementar não tem a função de estabelecer procedimentos para concessão de regimes especiais, versando sobre outro assunto.
2. O Regime Especial não foi denunciado pelas partes signatárias do mesmo. O fato do contribuinte que o solicitou não tê-lo utilizado, não caracteriza denuncia e, sim, desobediência. Quanto ao Estado, a legislação não prevê a hipótese levantada pelo advogado do autuado, segundo a qual o fisco deveria ter comunicado aos contribuintes baianos sobre o regime especial concedido ao autuado.
3. Quanto à ilegitimidade passiva do autuado, esta não se caracteriza. É que ao requerer o regime especial, opcionalmente, assumiu a condição de responsável pela retenção e recolhimento do imposto, o que descumpriu. Para o deferimento das solicitações de regimes especiais, a legislação não determina que o respaldo legal seja a existência de Convênio ou Protocolo para o fim. A doutrina e as decisões do CONSEF que alegou em seu benefício não podem ser acatadas, pois referentes a situações diversas da presente.

Corrobora o meu entendimento o posicionamento da PROFAZ, exarado em parecer, que esclareceu a validade jurídica do Regime Especial. Na mesma manifestação a especializada não concordou com o Parecer exarado por renomados juristas, e que foi apresentado pelo autuado, pelos motivos que elencou, com os quais compartilho.

Referente às alegações de mérito, também não posso aceitá-las totalmente pois, além de repetirem os argumentos para o pedido de nulidade, que não foram por mim acatados, não são suficientes para descharacterizar a condição de responsável por substituição do autuado, assumida espontaneamente pelo mesmo, quando solicitou o regime especial e teve o seu pleito atendido pela SEFAZ. Ao argumentar que o imposto deveria ser exigido dos destinatários, quer desconsiderar a sua condição de contribuinte substituto que, repito, foi requerida pelo próprio contribuinte. A ocorrência de *bis in idem* não se caracteriza e, no presente caso, o ônus da prova deve recair sobre o autuado, por ter dado causa à ação fiscal, quando descumpriu a norma de exceção que foi pelo mesmo solicitada.

Referente às comprovações parciais de recolhimentos por parte dos destinatários das mercadorias, que foram apresentadas pelo autuado quando da defesa, e acatadas pelos autuantes,

resta-me também aceita-las, pois comprovam a satisfação de parte da obrigação, desonerando o responsável tributário, no caso, o autuado.

Em outro momento, e na sessão anterior de julgamento, em que este processo foi pautado, o autuado apresentou mais comprovações de recolhimentos por parte dos destinatários, que foram acatadas parcialmente pelos autuantes. Portanto, aceito a redução do valor exigido para R\$1.103.875,38.

Relativamente aos artigos da legislação que o autuado invoca em seu benefício, não comento sobre os mesmos, pois devem ser de conhecimento dos contribuintes, já que divulgadas.

Por fim, deixo de atender ao pedido de perícia fiscal, com fulcro no artigo 147, I do RPAF/99, já que as provas contidas no processo são suficientes para a formação de minha convicção.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento, no valor de R\$1.103.875,38.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206960.0025/00-2, lavrado contra **PEIXOTO COMÉRCIO INDÚSTRIA SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.103.875,38**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II “d” do artigo 61, da Lei 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ANSELMO LEITE BRUM - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR