

PROCESSO - A. I. Nº 279116.1135/05-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESATDUAL e ZENAIDE SEIXAS BARBOSA COSTA (CONSTRUCOSTA)
RECORRIDOS - ZENAIDE SEIXAS BARBOSA COSTA (CONSTRUCOSTA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0083-02/06
ORIGEM - INFRAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 05/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0417-11/06

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos, haja vista não terem sido considerados no levantamento fiscal os descontos incondicionais e as vendas canceladas. Reduzido o débito. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Fato não negado pelo sujeito passivo. **c)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Provado que parte do valor lançado se encontrava paga. Reduzido o débito. Corrigido o percentual da multa – no caso de contribuinte do SimBahia que deixa de antecipar o imposto, a multa é a prevista no art. 42, I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO** em face do pagamento integral do débito. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e Recurso de Ofício interpostos contra a decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 30/9/05, pelo cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento de ICMS efetuado a menos, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no SimBahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 39.866,34, com multa de 50%;
2. Falta de recolhimento de ICMS, nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no SimBahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 920,00, com multa de 50%;
3. Falta de recolhimento de ICMS por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 68 e 88 [leia-se: mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária], sendo lançado imposto no valor de R\$ 2.606,85, com multa de 60%;
4. Falta de recolhimento de ICMS por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias [enquadradas no regime de substituição tributária], sendo lançado imposto no valor de R\$ 94,34, com multa de 50%.

Os membros da 2ª JJF acordaram pela Procedência Parcial pelos seguintes fundamentos:

O item 1 do presente Auto de Infração diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no SimBahia, tendo o contribuinte impugnado o lançamento, alegando que o fiscal autuante se equivocou na determinação da base de cálculo, por ignorar os descontos incondicionais e as vendas canceladas. O fiscal autuante, ao prestar a informação, reconheceu os equívocos e refez os cálculos do imposto, reduzindo o débito do item 1º para R\$ 2.279,23. Portanto, concluíram que o demonstrativo do débito do item 1º deverá ser refeito com base no quadro à fl. 551.

No caso do item 3º, o lançamento diz respeito à falta de recolhimento de ICMS por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

O recorrente, na defesa, suscitou uma preliminar pedindo a nulidade do procedimento fiscal, argumentando que a responsabilidade pelo imposto devido por força da substituição é do remetente, quando há convênio nesse sentido, de modo que o lançamento seria viciado por ilegitimidade passiva. Além disso, algumas mercadorias já estariam com o imposto pago, conforme documentos de arrecadação anexos.

Em relação à alegação de que algumas mercadorias estariam compreendidas nos Convênios ICMS 77/00, 78/00, 81/00, 82/00, 83/00 e 84/00, o exame dessa questão requer cuidado especial, porque o fiscal autuante, ao descrever o fato no Auto de Infração, por não atentar para o mandamento do art. 39, III, do RPAF, não indicou quais seriam as mercadorias, dizendo apenas que elas estariam relacionadas nos anexos 69 e 88 (esses anexos não são do Auto de Infração, como dá a entender a descrição do fato, mas sim do RICMS/89 e do RICMS/97, respectivamente). A planilha nº 6 (fls. 15-16) especifica quais as mercadorias objeto do levantamento fiscal. Tendo em vista que a aludida planilha indica o número da Nota Fiscal e seu emitente, não houve cerceamento de defesa, pois o contribuinte teria condições de identificar quais as mercadorias que estariam sujeitas ao tratamento estabelecido nos convênios a que faz alusão.

Acordaram que, em tese, a defesa tem razão ao argumentar que a responsabilidade pelo imposto seria dos remetentes, se houvesse convênio ou protocolo interestadual prevendo a responsabilidade dos mesmos, em face do princípio da territorialidade da legislação. O § 1º do art. 125 do RICMS é claro: nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente, o lançamento só pode ser efetuado em nome do destinatário (contribuinte substituído) depois de esgotadas todas as possibilidades de exigência do imposto do remetente (substituto tributário).

No entanto, entenderam que assiste razão à defesa apenas em tese, porque não foi provado que as mercadorias objeto do lançamento do item 3º integrassem o rol de convênio ou protocolo de que o Estado do remetente fizesse parte.

Assim, decidiram que resta superada a questão da alegada ilegitimidade passiva.

Quanto às mercadorias cujo imposto já havia sido pago por antecipação, atentaram que o fiscal autuante, ao prestar a informação, propôs a exclusão do débito relativo à Nota Fiscal 95126 da Indústria Cerâmica Fragnani Ltda., em face da apresentação de cópia do DAE (fl. 543).

Dada ciência do teor da informação ao recorrente, este se pronunciou reclamando que o fiscal considerou tão-somente o pagamento do imposto da Nota Fiscal 95126, não fazendo o mesmo com relação às Notas Fiscais 153733 e 154754 da mesma empresa, alegando que os pagamentos estariam devidamente comprovados nos autos.

Entretanto, os julgadores não conseguiram localizar nos autos os comprovantes a que alude o recorrente, além do constante à fl. 543.

Diante disso, mantiveram o débito remanescente, apurado na informação prestada pelo autuante, no valor de R\$ 2.503,30, determinando que o demonstrativo do débito do item 3º deverá ser refeito com base no quadro à fl. 552.

Acordaram ainda que a multa do item 3º deveria ser adequada à previsão legal, pois o fiscal, não atentando para a circunstância de que o recorrente é empresa do SimBahia, se equivocou ao enquadrar o fato no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, haja vista que a tipificação correta deve recair no art. 42, I, “b”, 1. Sendo assim, a multa do item 3º não é de 60%, mas sim de 50%.

Salientaram que, de acordo com o extrato anexo do sistema de informática, o contribuinte é inscrito como empresa de pequeno porte do SimBahia.

Outrossim, perceberam que os lançamentos dos itens 2º e 4º não foram impugnados.

Diante disso, concluíram pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Foi interposto Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item “1” do RPAF/99.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário aduzindo os seguintes argumentos:

Nulidade do Auto de Infração em virtude da ilegitimidade passiva do recorrente, pois o responsável pelo recolhimento do imposto é o remetente da mercadoria por conta do convênio interestadual firmado. Portanto, o imposto deve ser cobrado primeiramente do contribuinte substituto e o recorrente só pode ser responsabilizado se a primeira cobrança não resultou no recolhimento do imposto.

Outrossim, alega que o valor do imposto relativo às Notas Fiscais nºs 153733 e 154754 já foi recolhido e a sua cobrança representa bitributação, junta aos autos extrato dos pagamentos realizados.

Conclui requerendo a Nulidade ou a Improcedência do Auto de Infração.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, em seu Parecer emitiu opinião pelo não acolhimento da tese de ilegitimidade do recorrente, uma vez que as mercadorias listadas na planilha nº 06, fls. 15/16, não estão inclusas em qualquer convênio que estabeleça a obrigatoriedade de retenção e recolhimento do ICMS.

Em relação às Notas Fiscais nºs 153733 e 154754, opina que os documentos anexados devem ser analisados para se saber se os mesmos fazem prova do recolhimento do imposto. Diante disso, conclui pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário para que as Notas Fiscais nºs 153733 e 154754 sejam excluídas da autuação, caso seja confirmado o pagamento.

Às fls. 610/612 foram anexados aos autos Documentos do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária SIGAT que demonstram a realização do pagamento integral com base no benefício da Lei nº 10.328/06.

VOTO

Após a análise dos autos, verifico que o exame do Recurso Voluntário está prejudicado, em razão da extinção do crédito tributário, decorrente da realização do pagamento constante às fls. 610/612, nos termos do art. 156, I, do Código Tributário Nacional.

Em relação ao Recurso de Ofício, entendo que a decisão da 2ª JJF não merece qualquer reparo, pois o próprio agente fiscal responsável pela autuação reconheceu o erro na determinação da base de cálculo. Outrossim, o enquadramento da multa aplicada foi realizado em total conformidade com a legislação aplicável.

Nesse contexto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279116.1135/05-5, lavrado contra **ZENAIDE SEIXAS BARBOSA COSTA (CONSTRUCOSTA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.796,87**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 1 e 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS