

PROCESSO - A. I. Nº 299324.8674/07-0
RECORRENTE - COMERCIAL ITANHÉM LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0183-01/07
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 30/10/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0387-12/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Corrigido equívoco do lançamento original. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte ingressa com o presente Recurso Voluntário objetivando modificar tal deliberação.

O lançamento de ofício foi lavrado em 28/03/2007, e exigiu ICMS no valor de R\$2.257,22 em decorrência das seguintes infrações :

1. falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 [artigo 353, II, do RICMS/97] nos meses de janeiro, março, abril, julho a dezembro de 2003, março e dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.513,15, acrescido da multa de 60%.
2. falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, nos meses de fevereiro, abril, maio, julho, novembro e dezembro de 2003, maio, junho, julho e setembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$744,07, acrescido da multa de 70%.

Em seu voto, o Sr. relator diz que do exame das peças processuais, verificou que na peça de defesa o autuado reconheceu integralmente a infração 2, inclusive, efetuando o recolhimento do débito, conforme comprovantes anexados.

No que diz respeito à infração 1, afirma ter constatado que o contribuinte reconheceu parcialmente o cometimento da irregularidade apontada no Auto de Infração, e recolheu o débito no valor de R\$689,31. Quanto à parte impugnada, entendeu que assistia razão ao contribuinte no tocante ao ICMS no valor de R\$60,67, haja vista que restou comprovado que o valor da Nota Fiscal nº 106709, considerada pelo autuante no valor total de R\$1.267,92 com ICMS a recolher de R\$202,23, na realidade tem o valor total de R\$887,54, resultando no ICMS substituição tributária no valor de R\$141,56, conforme cópia que anexa aos autos. Registra que, o próprio autuante acatou as alegações defensivas e sugere a sua exclusão do valor do débito.

Em relação ao valor de R\$763,17 que teria sido recolhido pelos fornecedores, conforme cópias das GNREs, entendo assistir razão ao autuante, considerando que as mercadorias arroladas na autuação referentes a este item do Auto de Infração – bombons; bebidas alcoólicas; calçados e sucos – estão apenas no regime de substituição tributária interna, significando dizer que, não existe nenhuma obrigação do fornecedor em realizar a retenção e recolhimento do imposto relativo às operações subseqüentes efetuadas pelo adquirente, haja vista a inexistência de norma pactual nesse sentido.

Transcreve os art. 370 e 371 do RICMS e acrescenta que “*no presente caso, não há dúvida que a obrigação pela antecipação tributária é do adquirente, conforme se vê da leitura do artigo 371*”. “*Portanto, como o autuado estava obrigado a efetuar o pagamento do ICMS por antecipação e assim não procedeu, o autuante agiu acertadamente ao constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício*”.

Excluiu o valor de R\$60,67, pois entendeu que restou demonstrado o equívoco existente relativo à Nota Fiscal nº 106709, passando o ICMS devido neste item da autuação para o valor de R\$1.452,48.

Quanto a alegação do autuado de existência de recolhimentos efetuados pelos fornecedores, entendeu: “*que por não existir responsabilidade legal para retenção e recolhimento do imposto, em decorrência da ausência de convênio ou protocolo, ou mesmo Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia nesse sentido, tais recolhimentos não podem ser convalidados*”.

Conclui seu voto observando que “*por não ter a obrigação legal de efetuar a retenção e recolhimento do imposto, qualquer fornecedor poderá alegar que os recolhimentos foram efetuados indevidamente e dentro do prazo legal, requerer a restituição do indébito, o que certamente afetaria a convalidação*.”

Vota pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O contribuinte apresentou seu Recurso Voluntário (fl. 134), no qual demonstra seu inconformismo com o fato de ter a JJF considerado indevido o recolhimento efetuado pelos fornecedores reafirmando que não se pode desconsiderar a validade dos recolhimentos nas GNRES, onde constam as notas fiscais e como Unidade da Federação favorecida a Bahia. E acrescenta que, “*com referência informações dos fornecedores, justificam que se não fosse feito o recolhimento desta forma, jamais teriam trânsito livre nos postos fiscais, pois muitas vezes ocorriam a apreensão de mercadorias com esta obrigação tributária*”.

Diz que o recolhimento foi realizado e querer tributar pela segunda vez trata-se de bi-tributação, uma vez que não se pode provar que o autuado está causando prejuízos aos cofres públicos. Pede a “*improcedência em parte do Auto de Infração*”.

Em breve relatório expõe o até ocorrido e, preliminarmente, afirma que o lançamento se encontra revestido das formalidades legais.

Quanto ao mérito entende que, “*a hipótese é pela procedência do Recurso Voluntário, conforme a seguir demonstrado*”.

Diz que o recorrente aduziu “*que teria o autuante aplicado a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05 no lançamento em preceço. Contudo tal procedimento não foi aplicado no caso em exame*”. Acrescenta que na hipótese em exame, o cálculo do imposto devido foi feito em acordo com as diretrizes do art. 61, II do RICMS, regra geral de substituição tributária por antecipação, tal como no caso em exame. Ou seja, o valor da operação somado a MVA prevista no Anexo 88 do RICMS. Observa que não há que se falar em nulidade do lançamento por estar baseado na pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05 cuja aplicação se encontrava obstada por liminar judicial.

Conclui afirmando que “*constata-se, então o caráter eminentemente procrastinatório do Recurso em tela, circunstância esta que torna imperiosa a manutenção do julgado ora atacado, razão pela qual me manifesto pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário do autuado*”.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, manifesta-se no sentido de que as alegações do contribuinte resumem-se à infração 1. Diz que tendo sido realizado o pagamento do ICMS através das GNRES anexadas ao processo e se estas guias comprovam o pagamento do tributo o Recurso Voluntário deve ser provido.

VOTO

Como vimos, o contribuinte em seu Recurso Voluntário (fl. 134), demonstra a sua contrariedade pelo fato do sr. relator na JJF não ter considerado o recolhimento efetuado pelos fornecedores e reafirma que não se pode desconsiderar a validade dos recolhimentos nas GNRES, onde constam as notas fiscais e como Unidade da Federação favorecida a Bahia.

A JJF fundamenta sua Decisão afirmando que, em não existindo responsabilidade legal para retenção e recolhimento do imposto, em decorrência da ausência de convênio ou protocolo, ou mesmo Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia tais recolhimentos não podem ser convalidados e observa que este fato poderia levar a um pedido de restituição por parte do fornecedor sob o argumento de que o recolhimento foi indevido exatamente por não ter a obrigação legal de efetuar a retenção e recolhimento do imposto. Entende que este fato afetaria a convalidação.

O raciocínio levado a efeito pelo sr. relator e acatado pela JJF tem sentido lógico. É perceptível a possibilidade indevida deste tipo de procedimento. Por outro lado, a exigência por parte da Fazenda Estadual baiana procede, e o pagamento indevido feito pelo contribuinte deve ser objeto de um pedido de restituição em nosso Estado, evitando-se, assim, um pagamento em duplicidade.

O fato de ter sido parcialmente acolhido no trânsito de mercadorias não é argumento suficiente para o seu reconhecimento, pois a forma precária como é feita a ação fiscal desta natureza impossibilita uma apuração mais aprofundada.

Não se trata como disse o recorrente de bitributação, e sim, o pagamento de um imposto de forma indevida o que, como afirmamos, possibilitará uma restituição e a ausência de pagamento na forma estabelecida na legislação tributária em vigor.

Voto no sentido de que deva ser mantida a Decisão da JJF e, em consequência, NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

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 299324.8674/07-0, lavrado contra COMERCIAL ITANHÉM LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$2.196,55, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.452,48 e 70% sobre R\$744,07, previstas no artigo 42, II, “d”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA- RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO – REPR. DA PGE/PROFIS