

PROCESSO - A. I. Nº 120018.0054/06-4
RECORRENTE - VD VIDROS E ACESSÓRIOS PARA AUTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0125-04/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0074-12/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. O contribuinte enquadrado no regime SimBahia que solicitasse, à época dos fatos, o seu desenquadramento até o final do prazo legal, poderia deduzir o valor do imposto devido do cálculo da antecipação tributária, de acordo com o art. 2º, §4º, do Decreto nº 7.902/2001. Refeitos os cálculos. Excluída a parcela do imposto referente à jan/2001, concernente a primeira infração. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. 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, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infrações comprovadas. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão que julgou Procedente em Parte o lançamento de ofício contra si lavrado, que o contribuinte interpõe visando modificar o resultado de Primeira Instância.

O Auto de Infração lavrado em 28/12/2006, exige ICMS no valor de R\$30.008,78, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o 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, no valor de R\$16.422,72.
2. Recolheu a menos o 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, no valor de R\$1.377,01.
3. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, no valor de R\$12.209,05.

Em seu voto o Sr. relator, inicialmente, em relação à argüição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalta que o artigo 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

No que concerne a infração descrita no item 1 comenta que a alegação do autuado de que teria direito a um crédito de ICMS no mês de janeiro de 2001, referente ao SimBahia no valor de R\$1.105,49, de acordo com o artigo 2º, II, § 4º do Decreto nº 7886/2000 se contrapõe a do autuante

que aduz : na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo ao exercício de 2001, não consta que o autuado tenha direito a crédito sobre o valor pago como SimBahia e acrescenta que o Decreto citado pelo autuado não possui nenhuma ligação com o assunto em pauta, conforme transcreveu o artigo 2º do Decreto nº 7.886/00. Diante de tais posições o Sr. Relator posiciona-se a favor do autuante, uma vez que o dispositivo legal arguindo pela defesa não tem qualquer relação com a operação objeto da autuação. Para um melhor entendimento transcreve o dispositivo citado pela defesa.

Diz também que não pode ser acolhido o argumento defensivo de que não tem conhecimento das demais operações, uma vez que, nos exercícios de 2002 a 2004, as notas fiscais que não foram lançadas no livro Registro de Entradas foram captadas no sistema CFAMT e tratam de notas fiscais emitidas por fornecedores habituais do autuado. Entendeu que a infração em tela deveria ser mantida na autuação.

Quanto à infração descrita no item 2 onde é imputado ao autuado o recolhimento a menos o 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, do RICMS/Ba, embora o autuado em sua defesa tenha aduzido que gerou a guia pelo sistema da SEFAZ, recolhendo o valor correto isto não restou provado. Observa o Sr. Relator que tal argumento não é capaz de elidir a autuação, pois embora o DAE tenha sido emitido pela internet, os valores são informados pelo próprio contribuinte, não tendo a SEFAZ qualquer influência nos dados informados pelo autuado. E conclui: *“Assim, se o contribuinte informar os valores corretos, o DAE será emitido corretamente. Caso os valores sejam informados de forma incorretos, o ICMS vai ser recolhido em valor menor que o devido, ficando o contribuinte sujeito a cobrança da diferença mediante Auto de Infração, como procedeu corretamente a autuante no caso em lide.”*

Quanto à infração descrita no item 3 - *“falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento”* o Sr. Relator fez as seguintes considerações: o autuado assevera que exerce atividade mista, pois realiza também prestação de serviço, adquirindo junto aos fornecedores indicados no levantamento fiscal, resinas, colas, borrachas, adesivos, arames, cordas de nylon, tudo para ser utilizado, na oficina para prestação de serviço em veículos automotivos como colagem, instalação, reparação e manutenção das borrachas de sustentação dos pára-brisas, vidros, laterais, acessórios plásticos, dentre outros serviços. Não havendo qualquer venda dessas mercadorias aplicadas na prestação de serviço. Salienta que o RICMS, no artigo 7º, transcrito, veda expressamente à exigência da diferença de alíquotas para os casos em que o contribuinte adquira mercadorias a serem aplicadas na prestação de serviço, inclusive quando se tratar de exercício de atividade mista, transcrevendo o citado dispositivo e uma Ementa do CONSEF, Acórdão JJF Nº 0254/00. Concluiu acolhendo o argumento defensivo e votando no sentido de que a infração deveria ser excluída da autuação.

Votou, no que foi acompanhado pelos demais membros da JJF pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$17.799,73, devendo ser homologado o *quantum* já recolhido.

O autuado apresentou seu Recurso Voluntário, às folhas 261 a 268, impugnando o lançamento tributário argumentando que se equivocou ao citar o artigo. 2º, II, § 4º do Decreto nº. 7.886/2000 quando na verdade se trata do artigo. 2º e seguintes do Decreto nº 7.902 de 07/02/2000 que prevê a hipótese de que se o contribuinte enquadrado no Simbahia e que se desenquadrar até 30/03/2001, poderá deduzir o valor do imposto pelo Regime SimBahia, do cálculo da antecipação tributária. Transcreve o artigo 4º, II, § 4º do Decreto nº. 7.902/2001. Assim, entende que deve ser considerado para dedução, no mês de janeiro/2001, o valor pago a título de SimBahia tendo em vista que foi solicitado o desenquadramento em 08/02/2001, antes do prazo final previsto no decreto. Ressalta que o equívoco não pode gerar prejuízo para o contribuinte. Invoca o princípio da verdade real e o respeito à lei quando do lançamento.

No que diz respeito aos demais meses, repete o argumento de que desconhece as transações realizadas em seu nome. Volta a aduzir que a autuante tomou as notas fiscais de entrada não escrituradas e presumiu simplesmente que as mercadorias haviam entrado na empresa sem o devido registro contábil. Argumenta novamente que, somente um levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, no exercício fiscalizado, poderia indicar se houve ou não a entrada de tais mercadorias sem devida escrituração. Salienta outra vez o fato de que as operações comerciais são realizadas através de meios de comunicação de alta tecnologia, como telefone, telex, fax, e até pela “internet”, ficando difícil para o fornecedor verificar se é realmente o contribuinte quem está comprando.

Ressalta outra vez que é terceiro de boa-fé, presunção esta conferida pela Constituição de 1988, só a má-fé é que deve ser objeto de prova cabal, tecendo comentários sobre a atividade de lançamento e transcrevendo comentários doutrinários e jurisprudenciais administrativos a respeito do assunto.

Quanto à infração 2, repete o quanto aduzido na impugnação e reafirma que de acordo com a Portaria nº 339/2001, o recolhimento do ICMS poderá ser no momento do recebimento das mercadorias, quando transportadas por empresa credenciada. Segundo, o artigo 4º, em seu § 4º, será emitido o TRGM, em duas vias, inclusive através do sistema de internet. Assim, entende que não se verificou qualquer erro ao gerar a guia pelo sistema da SEFAZ, recolhendo o valor correto, transcrevendo voto do Ministro Luiz Fux do STJ sobre o tema da “boa-fé”.

Ao finalizar, requer que seja julgado Improcedente o Auto de Infração.

Encaminhado o PAF à PGE/PROFIS para emissão de Parecer Opinitivo, a Sr^a. procuradora solicitou uma diligência para que fosse recalculado o imposto (ICMS por antecipação -janeiro de 2001) cobrado no item 1 da infração 1 do lançamento em exame, abatendo-se o valor do imposto paga pela empresa a título de Simbahia naquele período”. Em resposta a solicitação informamos que consultado o Sistema de Dados da SEFAZ foi possível constatar que o contribuinte efetuou o pagamento de R\$1.105,49 devendo este pagamento ser considerado para fins de dedução do valor autuado no mês de janeiro/2001 aplicando-se a disposição contida no § 4º do artigo 4º do Decreto Estadual nº 7.902/2001.

Em retorno a Sr^a. procuradora após breve análise sobre o até aqui ocorrido, salienta que o lançamento se encontra revestido das formalidades legais e quanto ao mérito inicialmente reconhece o direito do contribuinte ao benefício previsto no artigo 2º do Decreto nº 7.902/01 e que alcança o mês de janeiro de 2001. Quanto aos demais meses a simples negativa de que não teria efetuado as operações registradas nos documentos fiscais que lhe foram apresentadas não elide a infração. Entende a Sr^a. procuradora que deve ser mantido lançamento.

Quanto à infração 2 opina no sentido de que mesmo tendo sido o DAE emitido pelo Sistema da Sefaz as informações que serviram de base para sua geração foram fornecidas pelo contribuinte e se o fez de forma equivocada deve prevalecer o valor real apurado posteriormente quando da ação fiscal.

Conclui seu Parecer opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que seja reformado o acórdão apenas quanto ao mês de janeiro relativo à infração 1, abatendo-se do ICMS ali cobrado o valor do Imposto Recolhido a título de SimBahia naquele período, nos termos supra-expostos, mantendo-se o restante da Decisão.

VOTO

Como vimos no relatório acima, o contribuinte foi acusado de ter cometido três infrações à lei do ICMS. Na primeira delas deixou de recolher o 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, no valor de R\$16.422,72. Em seu Recurso aduz que se equivocou ao citar o artigo. 2º, II, § 4º do Decreto nº 7.886/2000 quando na verdade se trata do artigo 2º e seguintes do Decreto nº 7.902 de 07/02/2000 que prevê a hipótese de que se o

contribuinte enquadrado no SimBahia e que se desenquadrar até 30/03/2001, poderá deduzir o valor do imposto pelo Regime SimBahia, do cálculo da antecipação tributária. Transcreve o artigo 4º, II, § 4º do Decreto nº 7.902/2001. Assim, entende que deve ser considerado para dedução, no mês de janeiro/2001, o valor pago a título de SimBahia tendo em vista que foi solicitado o desenquadramento em 08/02/2001, antes do prazo final previsto no decreto. Ressalta que o equívoco não pode gerar prejuízo para o contribuinte. Invoca o princípio da verdade real e o respeito à lei quando do lançamento. A Decisão da JJF limitou-se a identificar que o dispositivo mencionado não era aplicado ao contribuinte. Creio que a percuciência da Srª. procuradora conduziu a realização de uma breve diligência onde restou comprovado que o autuada tinha razão. Foi possível constatar que o contribuinte efetuou o pagamento de R\$1.105,49 devendo este pagamento ser considerado para fins de dedução do valor autuada no mês de janeiro/2001 aplicando-se a disposição contida no § 4º do artigo 4º do Decreto Estadual nº 7.902/2001. A conclusão da Srª. representante da PGE/PROFIS, que acompanhamos, é no sentido de que o lançamento se encontra revestido das formalidades legais e quanto ao mérito reconhecemos o direito do contribuinte ao benefício previsto no artigo. 2º do Decreto nº 7.902/01 e que alcança o mês de janeiro de 2001. Quanto aos demais meses como sugere o Parecer, a simples negativa de que não teria efetuado as operações registradas nos documentos fiscais que lhe foram apresentados não elide a infração. Concordar com a Decisão da JJF e com a Srª. procuradora no sentido de que a penalidade aplicada corresponde a infração cometida em virtude do não pagamento do imposto por presunção de saídas prevista na lei do ICMS. Embora respeitemos os comentários doutrinários sobre a atividade de lançamento bem como a jurisprudência administrativa citada a respeito do assunto não vemos como não manter a Decisão da JJF.

Em relação à infração descrita no item 2 - recolheu a menos o 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, no valor de R\$1.377,01 – não vemos como acolher os argumentos do recorrente já aduzidos quando da impugnação sobre a Portaria nº 339/2001. Ora, o DAE emitido pelo Sistema da SEFAZ é feito com base nas informações fornecidas pelo contribuinte e se o fez de forma equivocada deve prevalecer o valor real apurado posteriormente quando da ação fiscal. Creio dispeciendo acrescentar algum comentário. Concordamos com a Decisão da JJF e acompanhamos o opinativo da PGE/PROFIS pela manutenção da Decisão. Interessante, porém inaplicável ao presente feito, o brilhante voto do Ministro Luiz Fux do STJ sobre o tema da “boa-fé”.

Concluo votando no sentido de que seja PROVIDO PARCIALMENTE o Recurso Voluntário, reformando-se o acórdão apenas quanto ao mês de janeiro relativo à infração 1, abatendo-se do ICMS ali cobrado o valor de R\$1.105,49 referente ao imposto recolhido a título de SimBahia naquele período, de acordo com os termos já expostos, mantendo-se o restante da Decisão.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE PARTE** o Auto de Infração nº 120018.0054/06-4, lavrado contra **VD VIDROS E ACESSÓRIOS PARA AUTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.694,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

DERALDO DIAS DE MORAES NETO- REPRE DA PGE/PROFIS