

PROCESSO	- A. I. N° 281078.0004/08-5
RECORRENTE	- UNIÃO COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (UNIÃO ATACADO)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0239-02/09
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 22/12/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0375-12/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Ficou comprovado que o autuado realizou operações para o Estado da Bahia com produtos enquadrados no Regime de Substituição Tributária, conforme dispõe o Convênio ICMS 74/94 (Tintas e vernizes), o Protocolo ICM 18/85 (Pilhas e baterias elétricas), o Protocolo ICM 19/85 (Discos e Fitas) e o Protocolo ICMS 45/91 (Sorvetes), e não efetuou ou efetuou a menos o destaque, bem como o recolhimento do ICMS, concernente ao regime de substituição tributária. Imputações não elididas. Decisão recorrida mantida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário com o objetivo de reformar a Decisão proferida em Primeira Instância administrativa, que julgou o Auto de Infração em lide totalmente procedente, sendo objeto do presente Recurso as seguintes infrações contra a legislação do ICMS deste Estado:

As infrações 1 a 4 imputa ao sujeito passivo a falta de retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, sendo que a primeira infração se refere às mercadorias tintas e vernizes; a segunda se refere a pilhas e baterias elétricas; a terceira se refere a discos e fitas e a quarta se refere a sorvetes.

A quinta e última infração acusa o autuado de deixado de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição tributária em suas notas fiscais de saídas e não recolheu o respectivo ICMS ou o recolheu a menos.

A JJF ao analisar a impugnação interposta pelo sujeito passivo, afastou a preliminar suscitada pelo autuado e no mérito julgou Procedente o Auto de Infração com os seguintes fundamentos.

“...Ficam, de forma preliminar, rejeitadas as nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, ou seja, o autuado realizou operações para o Estado da Bahia com produtos enquadrados no Regime de Substituição Tributária, conforme dispõe o Convênio 74/94 (Tintas e Vernizes), o Protocolo 18/85 (Pilhas e baterias elétricas), o Protocolo 19/85 (Discos e Fitas) e o Protocolo 45/91 (Sorvetes), e não efetuou ou efetuou a menos o destaque do ICMS ST, descumprindo a obrigação tributária de retenção e consequente recolhimento do ICMS, através do Regime de Substituição Tributária.

Quanto à infração 05 se refere ao imposto retido nas notas e recolhido a mesmos. Assim, o autuante considerou todos os valores de ICMS ST retidos nas notas fiscais de saídas para o Estado da Bahia (Anexo 2 A), deduzidas dos valores de ICMS ST, retidos nas operações de devoluções de mercadorias (Anexo 2 B) e, por fim, foram abatidos os recolhimentos de ICMS ST, extraídos do Sistema INC da SEFAZ (código de receita 1187), que resultou no demonstrativo de débito apurado no Anexo 2, à fl. 20 dos autos. Não há, portanto, óbices ou

irregularidades na apuração do imposto efetuada pelo autuante.

Verifico, assim, que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, conforme consta às fl. 155 e 156; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. O PAF, portanto, está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal, cabendo, assim, a regularidade formal do lançamento.

A legislação prevê que nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da unidade federada destinatária, conforme art. 372 do RICMS/97, e não foi realizada pelo autuado a retenção ou foi retido e recolhido a menos o imposto devido a este Estado, em desacordo com o estabelecido na legislação e nos já citados acordos interestaduais....”

O sujeito passivo inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, ingressou com presente Recurso Voluntário, argumentando em sede de preliminar a nulidade do Auto de Infração aduzindo o cerceamento de sua defesa, pois segundo o autuado não constou no lançamento a indicação das notas fiscais que tiveram o ICMS retido e não recolhido. Disse, ainda, que a descrição da acusação por si só não é suficiente para caracterização da infração, sendo necessária a descrição do fato gerador, e que a apuração do imposto no presente caso não poderia ser mensal como lançou o auditor fiscal, mas individualizada por operação.

No mérito em relação às infrações 1 a 4 aduziu que a infração não merece prosperar e que as operações foram efetuadas nos termos da legislação de regência, bem como, seguiu as orientações do Convênio ICMS 74/94 e do Protocolo ICM 45/91, e outros de regência às mercadorias a que se refere o Auto de Infração, não podendo ser a impugnante penalizada de forma contrária à legislação.

Quanto à infração 5 sustentou que o auditor fiscal não utilizou do montante do DAE para o seu abatimento sobre o ICMS/ST devido nas operações do período. Os DAE's foram recolhidos indevidamente com encargos e a sua compensação deve seguir o mesmo procedimento, e não apenas o valor principal.

Disse que o procedimento adotado na fiscalização fere o instituto da compensação, além de causar dilapidamento do patrimônio do recorrente e o enriquecimento sem causa do Estado.

Afirmou que se utilizou de DAE's recolhidos a mais no mês de janeiro para quitação de débitos oriundos de operações no ano calendário de 2004 e que ao compulsar os DAE's relacionados no anexo 2C, do Auto de Infração, constata-se que há valores a serem contabilizados no lançamento.

Ao final, pugna pelo Provimento do seu Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida e julgar Nulo o Auto de Infração. Requer a suspensão da exigibilidade tributária com fundamento no art. 151 do CTN.

A PGE/PROFIS, ao se manifestar sobre o Recurso Voluntário, após relatar os principais fatos ocorridos no PAF, afasta a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, aduzindo que o horário da lavratura da autuação não é elemento imprescindível, principalmente nesse caso em que não se trata de fiscalização de trânsito, nem se discute horário de recolhimento do tributo.

No mérito, afirma que o contribuinte apenas se limita em afirmar que procedeu de forma correta, sem, contudo, trazer os elementos de prova. Disse, ainda, que o autuante se baseou nos documentos fiscais de saída de mercadorias sujeitas a ST, comparando com os recolhimentos respectivos, e caso o contribuinte entenda que houve recolhimento a mais, a título de juros e multa indevidos, deve a empresa requerer restituição à INFRAZ, na forma prevista no RPAF.

Ao final opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Compulsando os autos, pode-se facilmente constatar que reparo algum carece a decisão recorrida. Inicialmente, sustenta o sujeito passivo pela nulidade do auto de infração, aduzindo, para tanto que o seu direito foi cerceado, uma vez que o levantamento levado a efeito pela

fiscalização não indicou especificadamente as notas autuadas, exigindo-se o imposto de forma mensal.

Ao contrário do quanto afirmado pelo recorrente, não vislumbro no presente caso nenhuma violação ao direito de defesa, isto porque o fiscal autuante indicou nos papéis de trabalho, em anexo ao auto de infração todas as notas fiscais em que se está exigindo o imposto, carecendo, portanto, de fundamento a tese sustentada pelo autuado.

Ressalte-se, ainda, que o presente processo administrativo preenche todos os requisitos constantes no art. 18 do RPAF, não havendo, portanto, nenhum vício no lançamento que pudesse macular a ação fiscal. Com esses fundamentos afasto as preliminares.

No mérito da autuação, observo que o sujeito passivo apenas nega a ocorrência do cometimento das infrações, sem colacionar aos autos documentos ou argumentos jurídicos que pudessem causar a reforma do *decisum*.

Através da documentação acostada ao Auto de Infração, pode-se constatar que as infrações encontram-se devidamente caracterizadas, e que o sujeito passivo não efetuou o recolhimento do imposto na forma prevista em Lei.

Como bem destacaram os julgadores de primeira instância administrativa, “*a legislação prevê que nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da unidade federada destinatária, conforme art. 372 do RICMS, e não foi realizada pelo autuado a retenção ou foi retido e recolhido a menos o imposto devido a este Estado, em desacordo com o estabelecido na legislação e nos já citados acordos interestaduais*”.

Quanto à alegação do recorrente de que recolheu o imposto a mais no mês de janeiro para a quitação de débitos oriundos do ano calendário de 2004, não há como se acatar tais alegações, isto porque a legislação pertinente à matéria, apenas permite que o auditor fiscal considerasse, para efeitos de apuração contábil, o valor recolhido em relação à obrigação principal. Caso existam valores recolhidos a mais, cabe ao autuado requerer a restituição do imposto através de procedimento próprio regulado pelo RPAF.

Diante de tais fundamentos, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

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 o Auto de Infração nº 281078.0004/08-5, lavrado contra UNIÃO COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (UNIÃO ATACADO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$100.441,71, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.214,58 e 150% sobre R\$99.227,13, previstas no art. 42, incisos II, alínea “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS