

PROCESSO - A. I. Nº 281078.0004/08-5
RECORRENTE - UNIÃO COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (UNIÃO ATACADO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0239-02/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 22/12/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 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 ter 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 JF 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 INFAZ, 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 afastos 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