

**A. I. N°** - 2801780004/08-5  
**AUTUADO** - UNIÃO – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - CLÁUDIA AZEVÊDO SILVA  
**ORIGEM** - IFEP/COMÉRCIO  
**INTERNET** - 11.08.2009

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0239-02/09**

**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 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 bem como o recolhimento do ICMS, concernente ao regime de substituição tributária. Imputações não elididas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/12/2008, exige do autuado ICMS no valor de R\$100.441,71, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

- 1 – deixou de proceder à retenção do ICMS e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. ICMS no valor de R\$91,76. Consta que o autuado deixou de efetuar a retenção nas vendas e transferências, dos produtos constantes do Convênio 74/94 (Tintas e vernizes), realizadas com contribuintes localizados no Estado da Bahia;
- 2 - deixou de proceder à retenção do ICMS e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. ICMS no valor de R\$3,16. Consta que o autuado deixou de efetuar a retenção nas vendas dos produtos constantes do Convênio 18/85 (Pilhas e baterias elétricas), realizadas com contribuintes localizados no Estado da Bahia;
- 3 - deixou de proceder à retenção do ICMS e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. ICMS no valor de R\$40,30. Consta que o autuado deixou de efetuar a retenção nas vendas dos produtos constantes do Convênio 19/85 (Discos e fitas), realizadas com contribuintes localizados no Estado da Bahia;
- 4 - deixou de proceder à retenção do ICMS e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. ICMS no valor de R\$1.079,36. Consta que o autuado deixou de efetuar a retenção nas vendas e transferências dos produtos constantes do Convênio 45/91 (Sorvetes), realizadas com contribuintes localizados no Estado da Bahia;
- 5 - deixou de proceder ao recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado 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. ICMS no valor de R\$99.227,13.

O autuado apresenta a impugnação, às fls. 158 a 167, afirmando que em momento algum agiu de má fé ou com dolo, no desempenho de suas atividades, não podendo ser penalizada de forma contrária aos princípios balizares do direito.

Em suas preliminares de nulidade, alega que às infrações imputadas não merecem prevalecer porquanto eivado de vício formal, haja vista que não indica o diploma legal das infrações cometidas, suscitando, apenas, a penalidade imposta, impossibilitando a impugnante de efetuar uma defesa ampla, prevista no RICMS.

Registra, ainda, que o auto de infração, instrumento destinado a formalizar o débito, só deve ser lavrado obedecendo ao princípio Constitucional da legalidade, nos termos da legislação, caso contrário seja irregular, e nessa condição nulo.

Aduz que a existência de cerceamento da defesa por parte da impugnada, conquanto não discrimine as notas fiscais às quais se funda o AI debatido, bem assim acerca de carecer este de razoabilidade, vez que a apuração de ICMS não é imposto de incidência mensal como defendido alhures, mas ao contrário, deve incidir ele sobre operações individuais.

Sustenta que não se pode efetuar uma defesa ampla e efetiva, em virtude de ter-se procedido ao Fisco em sua autuação a uma fundamentação global das infrações outrora cometidas.

Ressalta que, como a ocorrência do fato gerador é por operação, o crédito deve ser apurado por operação, se o fato gerador fosse complexo, como é o caso do ICMS normal, poderia a apuração ser global, entretanto, a inadimplência apurada de forma global não coaduna com o fato gerador que é simples e não complexo, cerceando o direito da ampla defesa da impugnante.

Quanto ao mérito, em relação às operações tipificadas como infrações 1 a 4, esclarece que as operações foram efetuadas nos termos da legislação de regência, conforme dispõe o Convênio 74/94, Protocolo 45/91 e outros a que referem o auto, devendo o referido auto ser de plano cancelado.

Alega, também, que a infração 5 não pode prosperar, tendo em vista que o fiscal não utilizou do montante do DAE para o abatimento sobre o ICMS ST devido nas operações do período. Diz que a compensação efetuada pelo auditor utilizou apenas o valor principal do DAE, contudo, deveria utilizar os valores com encargos, recolhidos indevidamente pela autuada, dessa forma, ferindo frontalmente o instituto da compensação. Transcreve parte do Anexo 2 C do auto, justificando que se fosse compensado o montante dos acréscimos pagos não utilizados pelo auditor, a infração não prosperaria e ainda sobraria saldo.

Por fim, requer que seja procedente a presente impugnação, que o referido auto de infração seja anulado de pleno direito, e a exigibilidade tributária seja suspensa, nos termos do art. 151 do CTN.

O autuante apresenta a informação fiscal, às fls. 186 a 189 dos autos, afirmando que em momento algum da impugnação da autuada, os demonstrativos com seus valores, planilhas e relatórios juntados a este PAF e cópias entregues a autuada foram questionados quanto a sua veracidade. O que está sendo argüido é a nulidade do auto de infração.

Informa que o trabalho foi desenvolvido dentro das normas legais do Convênio ICMS nº 81/93 e dos demais Convênios e Protocolos ICMS relativos às mercadorias enquadradas na Substituição Tributária comercializadas com este Estado, conjuntamente com a Lei Complementar nº. 87/96, Lei Estadual nº 7.014/96 e RICMS/BA.

Entende restar claro que o Auto de Infração foi lavrado obedecendo ao princípio da legalidade, tendo em vista que todas as infrações levantadas foram baseadas na legislação vigente.

Consigna que todas as infrações foram devidamente enquadradas na legislação estadual, nos Convênios e Protocolos ICMS, com o detalhamento dos artigos, das Cláusulas, parágrafos e incisos para melhor esclarecer ao contribuinte, não prosperando a alegação da autuada de que o auto de infração está eivado de vício formal, por não indicar o diploma legal da infração cometida.

Argumenta, em relação às infrações 1 a 4, que embora o autuado afirme que as operações foram efetuadas nos termos da legislação de regência, não apresentou qualquer prova que fundamente esta afirmação, portanto, se ela realizou operações para o Estado da Bahia de produtos enquadrados na 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 itas) e o Protocolo 45/91 (Sorvetes), e não efetuou o destaque do ICMS ST, ela cometeu a infração de falta de retenção e conseqüente recolhimento do ICMS ST com relação aos produtos referidos nos respectivos Convênios e Protocolos.

Quanto à infração 5, afirma que o autuado se diz impedida de efetuar uma defesa ampla, tendo em vista que as operações são individuais e o levantamento do débito foi feito por apuração mensal. Argumenta que, como no período fiscalizado a empresa esteve inapta, ela estava obrigada a efetuar o recolhimento do ICMS ST por operação, mas isso não significa que o levantamento do débito devesse ser feito identificando as notas fiscais que não tiveram o ICMS ST recolhido. Prossegue afirmando que, como o ICMS é um imposto de apuração mensal, fato incontestável inclusive pelo próprio contribuinte admitido no PAF, para a apuração do débito da infração 5, foram consideradas 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 página 20 deste PAF. Ressalta que em nenhum momento a empresa comprova que o levantamento está incorreto ou por não ter ocorrido a operação de venda ou por não ter considerado alguma GNRE paga.

Consigna que o impugnante faz afirmação equivocada, quando diz que a fiscal deixou de considerar valores pagos no mês de janeiro de 2004. A própria impugnante afirma que foram considerados os valores principais das GNRES para totalizar os recolhimentos do mês. É claro que foram considerados os recolhimentos pelo valor principal, caso as GNRES tivessem sido recolhidos indevidamente com encargos como o contribuinte afirma, caberia a ele comprovar o fato, o que não o fez. Assim, reproduz o que diz os art. 73, 74 e 143 do RPAF:

“Art. 73. Serão restituídas, no todo ou em parte, a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente, as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade, observados os prazos de prescrição e decadência.

§ 1º É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

§ 2º A restituição total ou parcial do tributo deverá ser acompanhada da devolução, na mesma proporção, das multas e dos acréscimos tributários pagos a mais ou indevidamente.

Art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda:

- I - indicação do valor da restituição pleiteada;
- II - indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, e prova de nele estar enquadrado;
- III - cópia do documento relativo ao recolhimento a mais ou indevido;
- IV - outras indicações e informações necessárias ao esclarecimento do pedido.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Conclui que, conforme dispõe o RPAF/BA, caso tivesse ocorrido o recolhimento a maior de encargos, caberia a impugnante solicitar a restituição do imposto pago indevidamente por meio de petição, dirigida à autoridade competente e também seria necessário que se apresentasse meios de provas de que os encargos foram pagos indevidamente, mas apesar da alegação do contribuinte, não foi apresentada qualquer prova deste fato.

Finaliza ratificando todos os termos contidos na autuação, solicitando que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

#### **VOTO**

Foi imputado ao autuado, através do presente lançamento de ofício, 07 infrações, todas relativas ao imposto devido pelo regime de substituição tributária interestadual, com base nos acordos interestaduais indicados pelo autuante.

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.

Cabe razão ao autuante quando não considerou os valores pagos por multa ou juros para deduzir do imposto devido pelo autuado, pois caso tivesse ocorrido o recolhimento a mais de encargos, caberia a impugnante solicitar a restituição do imposto pago indevidamente por meio de petição, dirigida á autoridade competente e não deduzir do valor devido relativo aos fatos geradores em questão. Verifico, contudo, que apesar da alegação do contribuinte, não foram apresentados elementos materiais que comprovem tais arguições.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 2801780004/08-5**, lavrado contra **UNIÃO – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$100.441,71**, acrescido da multa de 60% sobre R\$2.214,58 e 150% sobre R\$99.227,13 previstas no art. 42, inciso II, alínea “e” e inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA