

A. I. N° - 129118.1202/08-7
AUTUADO - ITABIRA AGROINDUSTRIAL S/A
AUTUANTES - ELÍSIA MEDEIROS PINTO DE FREITAS e MARTA HELENA DOS S. FERNANDES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 18.11.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0316-05/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com cimento de qualquer espécie, classificado na posição 2523 da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria - Sistema Harmonizado (NBM/SH), entre contribuintes do ICMS situados nas unidades federadas signatárias do Protocolo ICMS 11/85, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas ou na entrada para o uso ou consumo do destinatário. O autuado comprovou pagamento prévio de parte do débito. Infração parcialmente elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2008, exige ICMS no montante de R\$ 51.155,09, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, em função da falta de recolhimento do ICMS retido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subseqüentes nas vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado.

O sujeito passivo, através de advogada regularmente constituída (instrumento de mandato à fl. 70) ingressa com peça de defesa às fls. 45 a 51.

Com referência aos meses de agosto e fevereiro de 2008, argumenta a improcedência da autuação, pois o tributo exigido já havia sido pago através dos documentos de fls. 74 e 75. No tocante ao mês de fevereiro, informa que quando do pagamento foi gerada uma guia com vencimento para 11/02/2008, enquanto o correto seria 11/03/2008.

Citando dispositivos da Constituição Federal, da Lei complementar 87/96 e do CTN, além de doutrina e jurisprudência, assevera que a multa aplicada possui o caráter confiscatório, motivo pelo qual entende que não pode prosperar, registrando que não se alegue que ao julgador administrativo não compete deixar de aplicar ato legislativo eivado de inconstitucionalidade.

Conclui pleiteando a improcedência do Auto de Infração.

As autuantes ingressam com informação fiscal às fls. 77 a 80. Sublinham que não houve pagamento ou impugnação quanto aos valores que não dizem respeito a fevereiro e agosto de 2008. Após consignarem o motivo pelo qual foi lavrado o Auto de Infração com o seu respectivo valor e relatarem os diversos aspectos abordados na impugnação, passam a aduzir as suas razões.

Relatam que iniciaram os trabalhos de fiscalização em 31/10/2008, realizando os levantamentos preliminares das informações relativas ao autuado. Afirmam terem elaborado um Termo de

Início de Fiscalização, enviado por fax e e-mail em 11/11/2008 (fl. 08), e por Aviso de Recebimento em 18/11/2008 (fl. 10). Constataram que o sujeito passivo efetuou recolhimento no dia 19/11/2008, após o início da ação fiscal, referente à competência de agosto de 2008, no valor de R\$ 5.019,88.

No tocante ao recolhimento de fl. 74, relativo ao mês de fevereiro de 2008, informam terem feito os cálculos dos acréscimos legais e verificado que ainda resta um valor a pagar de R\$53,94.

Por fim, ressaltam que estamos a tratar de ICMS retido por substituição e não repassado aos cofres públicos, o que caracteriza apropriação indébita – devendo, portanto, ser mantida a autuação na sua inteireza, sendo julgadas totalmente procedentes as exigências em liça.

Às fls. 88 a 90 as autuantes apresentam aditamento à informação fiscal. Pontuam que já haviam acolhido as razões de defesa concernentes a fevereiro de 2008 e que solicitaram informações relativas ao recolhimento intempestivo à DARC (Diretoria de Arrecadação), atendidas somente após a prestação da informação fiscal. Ponderam que o valor do imposto apurado em fevereiro de 2008 foi integralmente recolhido no dia 19/03/2008 com os acréscimos legais. Assim, entendem que deve ser excluído do Auto de Infração o valor de R\$ 116,35, relativo ao precitado mês, sendo julgadas parcialmente procedentes as exigências objeto da presente lide.

VOTO

Uma vez que o sujeito passivo argüiu efeito confiscatório de multa e conseqüente inconstitucionalidade da mesma, cumpre decidir inicialmente sobre tal alegação, posto que enseja preliminar de nulidade. Quanto a tal efeito da multa aplicada, fico tolhido de manifestar-me a respeito, em face do disposto no artigo 167, inciso I do RPAF-BA/99, que não atribui ao órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS, com fundamento nas cláusulas 1ª e 5ª do Protocolo ICMS 11/85, em função da infração e falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subseqüentes nas vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado.

Nas operações interestaduais com cimento de qualquer espécie, classificado na posição 2523 da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria - Sistema Harmonizado (NBM/SH), entre contribuintes do ICMS situados nas unidades federadas signatárias do Protocolo ICMS 11/85, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas ou na entrada para o uso ou consumo do destinatário. Conforme ATA DE ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA, à fl. 55, o autuado tem como objeto social a pesquisa e a lavra de jazidas minerais para produção e venda de cimento, cal, produtos derivados e correlatos. Possui, por conseqüência, a obrigação de reter e recolher o imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária referente às operações internas subseqüentes nas vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado, fato que não ocorreu e resultou na lavratura deste Auto de Infração.

O sujeito passivo impugnou apenas os lançamentos referentes a fevereiro e agosto de 2008, não tendo se manifestado sobre os demais períodos. Nos termos do art. 140 do RPAF/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Por outro lado, o ato administrativo preparatório do lançamento possui uma particularidade processual, pois a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99). Portanto, reputo procedentes os lançamentos referentes aos períodos de 12/2006, 10/2007, 11/2007, 01/2008, 09/2008, 10/2008 e 11/2008.

Conforme o teor do documento de fl. 10, formalmente, o início da ação fiscal se deu no dia 18/11/2008. Portanto, nenhum valor pago após esta data produz efeitos no sentido de determinar a improcedência do lançamento, tão somente deve ser homologado, no caso de o Auto de Infração ser julgado total ou parcialmente procedente. Desta forma, o pagamento relativo a agosto de 2008 (fl. 75), realizado um dia após o início da ação fiscal, terá serventia apenas para a mencionada homologação, restando ao contribuinte recolher os devidos acréscimos legais.

Da análise dos elementos constantes dos autos, em especial do cotejo entre os documentos de fls. 20 e 74, constato que a exigência referente ao mês de fevereiro de 2008 é improcedente, vez que o imposto foi devidamente recolhido no dia 19 de março deste mesmo ano, como reconhecido pelas autuantes no aditamento da informação fiscal.

Assim, acato as argumentações apresentadas pelas autuantes no referido aditamento, sendo que deve ser retirada do auto de infração a cobrança concernente a fevereiro de 2008, no valor de R\$ 116,35. Infração parcialmente elidida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 51.038,74, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ªJunta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **129118.1202/08-7**, lavrado contra **ITABIRA AGROINDUSTRIAL S/A.**, devendo ser intimado autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$51.038,74**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA