

A. I. Nº - 207090.0012/03-1
AUTUADO - INDEBASA INDÚSTRIA DE DESCARTÁVEIS DA BAHIA S/A.
AUTUANTES - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 08. 07. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0238-04/04

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. O auditor da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia somente é competente para lavrar Auto de Infração em relação a tributos devido a este Estado, não tendo competência exigir tributos de outra unidade da Federação, sendo nulas às infrações 1, 2 e 3. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS COM MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO.** Autuado não comprovou o pagamento do imposto exigido. **b) IMPOSTO RETIDO A MENOS.** Os demonstrativos anexados aos autos comprovam que o imposto foi retido a menos, e por isso, são devidas as diferenças apuradas. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 54 e 60R. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES REALIZADAS.** Descumprimento de obrigação acessória. A legislação estabelece aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Rejeitadas as arguições de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 09/12/2003, exige imposto e multa no valor total de R\$332.060,04, decorrente das seguintes irregularidades:

1. Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento do imposto, no valor de R\$ 30.922,22, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Contribuinte efetuou vendas de fraldas descartáveis, ao estado do Mato Grosso do Sul (MS), deixando de reter e recolher o ICMS devido por substituição.
2. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$ 40.447,32, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Contribuinte efetuou vendas de fraldas descartáveis, a diversos estados do Brasil, retendo, porém deixando de recolher o ICMS devido por substituição.
3. Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento do imposto, no valor de R\$2.020,90, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Contribuinte efetuou

vendas de fraldas descartáveis, a diversos estados do Brasil, retendo, porém recolhendo a menos ICMS devido por substituição.

4. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$ 20.684,13, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Contribuinte efetuou vendas, dentro do Estado da Bahia, de fraldas descartáveis, retendo, porém deixando de recolher o ICMS devido por substituição.
5. Reteve e recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$1.729,50, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Contribuinte efetuou vendas, dentro do Estado da Bahia, de fraldas descartáveis, retendo e recolhendo a menos ICMS devido por substituição.
6. Multa no valor de R\$236.255,97, por deixar de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura. O contribuinte, emitente de NF por processamento de dados e também de livros fiscais por processamento de dados, apesar de regularmente intimado, apresentou arquivos magnéticos incompletos entre outubro/00 e julho/02 e deixou de apresentá-los, durante o período de agosto/02 a fevereiro/03.

O autuado, às fls. 625 a 640, impugnou o lançamento tributário, inicialmente em relação às infrações 01, 02, 03, 04 e 05, argumentando que a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade do crédito tributário à terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigação (art. 128 do CTN). Uma dessa modalidade de transferência de sujeição passiva é a substituição tributária, pela qual é imputado ao contribuinte substituto a responsabilidade, antecipadamente, pelo cálculo e pagamento do montante do tributo da operação própria e das sucessivas, desobrigando os contribuintes subseqüentes do seu recolhimento. Matéria que a CF/88 outorgou à Lei Complementar, que por sua vez delegou à lei ordinária de cada estado a competência para disciplinar a substituição tributária.

Assegura que, cada unidade federativa, somente tem competência para disciplinar obrigações tributárias ocorridas internamente, em seu estado. Sobre as operações interestaduais, a substituição tributária somente é legítima e válida quando expressamente for objeto de Convênio celebrado entre os estados (art. 100 do CTN).

Sustenta que a autuante lavrou Auto de Infração supostamente apontando falta de recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo, sobre vendas de fraldas descartáveis realizadas para contribuintes localizados em diversos estados do Brasil. Ocorre que a autuante não observou que esses referidos estados destinatários das vendas realizadas, não são signatários de Convênio para a substituição tributária, conforme passou a especificar.

1. Ceará - o Estado do Ceará, supostamente pelo qual a impugnante deveria ter recolhido o ICMS por substituição tributária sobre as notas fiscais emitidas de n^{os} 897, 1128, 1129, 1587, 1588, 1730, 1924, 1925, 2059, 2058, 2060, 596 e 595, não é signatário do Convênio n^o 76/94, nem de suas posteriores alterações.
2. Goiás - O mesmo ocorre para as operações realizadas ao Estado de Goiás, abarcadas nas notas fiscais de n^{os} 1896, 1897, 2084, 2087, 2089. Desta feita, pelo Despacho n^o 10/00, publicado no DOU de 31.05.2001, o qual foi transcrito à folha 628, também é denunciado pelo referido estado.
3. Distrito Federal – a improcedência da imposição tributária pela autuante, fruto da omissão da aplicação correta da legislação tributária, também atinge as operações realizadas para o Distrito Federal, amparadas nas notas de números: 1892, 1893, 1894, 1895, 2088. É que também para o Distrito Federal não se aplica o citado Convênio ICM 76/94, conforme Despacho n^o 29/00, de 12.12.00, do Secretário-Executivo da COTEPE/ICMS, transcrito à folha 629.

Aduz que os estados são livres e competentes para consentirem ou não com a estipulação da substituição tributária em operações interestaduais. Acaso tenham expressamente denunciado a aplicação de um convênio – como no caso se deu acerca do convênio ICMS nº 76/94 – devem os demais estados acatarem e obedecerem tal vontade, sob pena de estar se exacerbando os limites de sua competência legal e a independência dos entes federativos. Assim, requereu que a autuação seja cancelada particularmente sobre as vendas realizadas para o Ceará, Goiás e Distrito Federal, destacando que as normas dos referidos estados que denunciam o Convênio ICMS nº 76/94, eram validas e abrangentes aos períodos autuados.

Em relação ao Estado do Mato Grosso do Sul, afirma que a autuante extrapolou os limites de sua competência, pois as vendas realizadas para o referido estado foram destinadas a contribuinte que detinham o reconhecimento do direito pela sua própria SEFAZ – conforme Processo N^{os} 11/030353/2001, 11/022687/2001 e 11/022688/2001 – a recolherem o ICMS por sua conta e risco, sem a aplicação da substituição tributária. Dessa forma, o ICMS foi pago diretamente pelos próprios contribuintes ao Estado do Mato Grosso do Sul, sem substituição. Se alguma irregularidade houver sobre essas operações, cabe ao estado do MS apurar e não ao estado da Bahia, isentando a impugnante de qualquer responsabilidade.

Esclarece que chegou a proceder a retenção do ICMS por substituição tributária contra contribuintes do MS, conforme NF nº 1884 apurada na fiscalização inclusive com recolhimento a maior do imposto, quando foi informada da referida decisão administrativa, pelo que foi compelida a cancelar a nota fiscal nº 1884 e substituí-la pela nota de no. 1889 sem a ST. Sendo que esse procedimento não trouxe prejuízo ao erário porque o recolhimento do ICMS, sobre esta operação, já houvera sido recolhido até a maior, conforme atesta a autuante.

Ainda em relação às vendas para MS, amparada nas notas fiscais n^{as} 1956 a 1962, destaca que a autuante não apurou nenhum crédito tributário contra a impugnante.

Quanto as notas fiscais 000382, 000384, 00299 e 00302 junta cópia do pagamento do ICMS (GNRE's), respectivamente para os estados da Paraíba, Pernambuco, Sergipe e Rio de Janeiro.

Relativamente as demais vendas para outros estados e para o estado da Bahia, argumenta que sempre cumpriu com suas obrigações tributárias.

Sobre a infração 06, diz que é improcedente, requerendo a nulidade da infração, por entender que a mesma não contém uma descrição precisa e detalhada da infração para que o autuado possa exercer amplamente o seu direito de defesa. Questiona quais foram os dados incompletos e quais informações fiscais entende a autuante que não foram prestadas.

Diz que, devido a falhas no sistema SINTEGRA, a auditora fiscal não conseguiu ler os arquivos perfeitamente, embora tenham sido devidamente entregues, conforme comprovante que anexou.

Quanto ao cálculo da multa, também requereu a nulidade do Auto de Infração, alegando não ter sido informado pela autuante de como foi apurada a base de cálculo da multa aplicada, prejudicando o direito de defesa da impugnante.

Argumenta que, afora a nulidade do presente ponto, a impugnante, durante o período autuado, adquiriu diversos equipamentos e maquinários para formação de seu parque industrial, bem como materiais de uso e consumo que não se constituem em mercadorias.

Ao finalizar, requer a realização de diligência, a nulidade da autuação e, caso as preliminares não sejam suficientes para fulminar o presente Auto de Infração, que seja cancelado.

Na informação fiscal, fls. 673 a 676, a autuante assim se pronunciou.

Infração 01 – Argumenta que o Convênio 76/94 não exclui o estado do Mato Grosso do Sul (MS), nem aquele estado posteriormente denunciou tal Convênio (folha 27). Assim, em seu entendimento,

a legislação de outro estado não tem poder para revogar Convênios (incluindo as Portarias de quaisquer estados, inclusive Sergipe, apesar do alegado pelo contribuinte na folha 6 e 32), ou ainda a nossa legislação estadual. Mantendo todos os itens da infração.

Infração 02 – Diz que, consoante alegação do contribuinte, os estado do Ceará, Goiás e o Distrito Federal, optaram pela sua exclusão do Convênio 76/94.

Afirma que, indevidamente, algumas notas fiscais destinadas a tais estados constaram do levantamento fiscal. Assegura que tais notas foram excluídas do novo levantamento acostado às folhas 677 a 686.

Assevera que também foram consideradas as GNRE, fls. 651, 652 e 653, que não haviam sido apresentados por ocasião da fiscalização. Assim, os valores foram devidamente abatidos do novo levantamento fiscal, mencionado no parágrafo anterior.

Em seguida opinou pela reabertura do prazo de defesa e requereu a exclusão das ocorrências 04, 05 e 06, do Demonstrativo de Debito das folhas 05 e 06.

Infração 03 – assim, como na infração 02, diz que, consoante alegação do contribuinte, os estado do Ceará, Goiás e o Distrito Federal, optaram pela sua exclusão do Convênio 76/94.

Afirma que, indevidamente, algumas notas fiscais destinadas a tais estados constaram do levantamento fiscal. Assegura que tais notas foram excluídas do novo levantamento acostado às folhas 677 a 686.

Assevera que também foram consideradas as GNRE, fls. 651, 652 e 653, que não haviam sido apresentados por ocasião da fiscalização. Assim, os valores foram devidamente abatidos do novo levantamento fiscal, mencionado no parágrafo anterior.

Assim, requereu pela alteração das seguintes ocorrências..

Ocorrência 17 – novo valor R\$ 0,01;

Ocorrência 18 – excluída;

Ocorrência 19 – novo valor R\$ 0,01;

Ocorrência 21 – novo valor R\$ 379,29;

Ocorrência 23 – excluída;

Ocorrência 24 – excluída;

Mantendo as demais ocorrências da Infração 03.

Infrações 04 e 05 – Sustenta que o autuado defende-se de maneira genérica, sem apresentar elementos que possam elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, não indicando quais valores não concorda. Sendo o pedido de diligência meramente protelatório. Mantendo todas as ocorrências das infrações.

Infração 06 – Argumenta que, conforme art. 683, § 1º, I; 686, I, § 5º.; 708A e 708 B, do Dec. 6.284/97, devidamente citados na autuação, desde que o contribuinte escrete livros fiscais por processamento de dados (fls. 238 a 357 e 529 a 602) e emita notas fiscais (fls. 43 a 237) deve preencher mensalmente, com dados válidos, os registros 54 (item mercadoria); registro 75 (descrição da mercadorias), além do registro 53 (substituição tributária), sendo o preenchimento obrigatório.

Salienta que, conforme se vê na Relação dos Arquivos recepcionados (fls. 607 a 610 – obtidos do sistema da SEFAZ em 09.12.03) os referidos registros estão zerados (sem preenchimento). O registro 53 apenas foi preenchido em junho e outubro.

Quanto a base de cálculo, diz que foi apurada sobre as entradas e saídas de mercadorias.

Ao finalizar, requer pela procedência em parte da autuação.

O autuado foi chamado a se manifestar, sobre os novos demonstrativos acostado na Informação Fiscal, porém, em sua nova manifestação, fls. 688 a 701, reiterou os argumentos da defesa anterior.

A autuante, à folha 817, ratificou os termos da Informação fiscal, prestada às folhas 673 a 686.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo esta 4ª JF decidido que o mesmo encontrava-se em condição de ser instruído, devendo ser redistribuído ao relator.

VOTO

Inicialmente, em relação ao pedido de diligência formulado pelo autuado esclareço que, o PAF foi submetido a Pauta Suplementar, tendo a 4ª JF decidido que os elementos constantes nos autos são suficientes para formação da convicção dos julgadores em relação a presente lide.

Quanto ao pedido de nulidade suscitado pelo sujeito passivo, em relação à Infração 6, por entender que falta uma descrição precisa e detalhada da infração e pela falta de como se apurou a base de cálculo, o mesmo não poder ser acolhido, pois o Auto de Infração foi lavrado utilizando o sistema automatizado da SEFAZ, sendo a descrição da irregularidade a padrão utilizada para a referida ocorrência. Em relação ao valor da base de cálculo, o mesmo foi apurado mediante a soma das operações de saídas e entradas omitidas nos arquivos magnéticos, independente da natureza da operação, conforme demonstrativo à fl. 528.

Em relação às Infrações 1, 2 e 3, a autuante exige imposto por ter o contribuinte efetuado vendas de fraldas descartáveis, ao estado do Mato Grosso do Sul (MS), deixando de reter e recolher o ICMS devido por substituição (Infração 1); efetuado vendas de fraldas descartáveis, a diversos estados do Brasil, retendo, porém deixando de recolher o ICMS devido por substituição (Infração 2) e efetuado vendas de fraldas descartáveis, a diversos estados do Brasil, retendo, porém recolhendo a menos ICMS devido por substituição (Infração 3).

Assim, a auditora da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia autuou o contribuinte por imposto devido a diversos estados do País, ou seja, nas infrações 1, 2 e 3, não existe nenhum imposto devido ao Estado da Bahia.

Devemos analisar preliminarmente se o Auditor Fiscal do Estado da Bahia tem competência para reclamar imposto em nome de outros estados da Federação.

O Código Tributário do Estado da Bahia em seu artigo 107, estabelece que:

“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais.

§ 2º A lavratura de autos de infração para exigência de tributos, acréscimos e multas é privativa dos Auditores Fiscais.”

Entendo que, quando a legislação acima se refere a “tributos estaduais”, trata exclusivamente dos tributos devidos ao Estado da Bahia, por ser de competência exclusiva de cada Estado da Federação legislar, arrecadar e fiscalizar os tributos do seu próprio Estado.

Logo, às infrações 1, 2 e 3 são nulas em conformidade com o disposto no inciso I, do art. 18, do RPAF/99, o qual determina que são nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente.

Relativamente às Infrações 4 e 5, o autuado é acusado, respectivamente, de ter efetuado vendas, dentro do Estado da Bahia, de fraldas descartáveis, retendo, porém deixando de recolher o ICMS devido por substituição e de ter efetuado vendas, dentro do Estado da Bahia, de fraldas descartáveis, retendo e recolhendo a menos ICMS devido por substituição.

Observo que o fato apurado nas referidas infrações encontra-se disciplinado no Art. 353, II, item 13.6 do RICMS, haja vista que se trata de operação com fraldas descartáveis, mercadoria enquadrada na substituição tributária, devendo o autuado realizar retenção e o recolhido do imposto devido.

O autuado ao se defender, alega que sempre cumpriu com suas obrigações tributária e solicita diligência. Não indicou qualquer tipo erro no levantamento realizado pela autuante, não questionou nenhuma nota fiscal incluído ou seus valores. Também não comprovou o recolhimento do imposto levantado na ação fiscal.

De acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e 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).

Desta forma, às infrações 4 e 5 devem serem mantidas nos valores consignados na autuação.

Quanto à infração 6, onde o autuado é acusado de apresentar arquivos magnéticos incompletos entre outubro/00 e julho/00 e deixou de apresentá-los, durante o período de agosto/02 a fevereiro/03, apesar de regularmente intimado.

Em sua defesa o autuado alega que entregou os arquivos corretos e que devido a uma falha do sistema SINTEGRA a autuante não pôde ler o referido arquivo. Tal argumento não tem nenhuma procedência, pois seria muita ingenuidade acreditar que o sistema somente apresente falha ao ler os dados do autuado, pois o mesmo é utilizado pela SEFAZ para processar todos os dados dos contribuintes do Estado da Bahia. Ademais, mais uma vez, o autuado simplesmente faz alegações sem apresentar qualquer elemento de prova para elidir a imputação. Assim, entendo que a infração restou caracterizada.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para exigir imposto no valor R\$22.413,63, além da multa na importância de R\$236.255,97.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207090.0012/03-1**, lavrado contra **INDEBASA INDÚSTRIA DE DESCARTÁVEIS DA BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$22.413,63**, acrescido das multas de 150% sobre R\$20.684,13 e 60% sobre R\$1.729,50, previstas no art. 42, inciso V, “a” e II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$236.255,97**, prevista no inciso XIII-A, “g” do mesmo artigo e lei citados, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR