

A. I. N° - 279738.0156/07-3

AUTUADO - SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

AUTUANTE - ILDEMAR JOSÉ LANDIN

ORIGEM - IFEP COMÉRCIO

INTERNET - 17/04/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0069-03/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO RETIDO. Infração caracterizada. Refeitos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Não acolhida a argüição de decadência pois o lançamento está em consonância com o prazo previsto pela Lei 3.956/81 (COTEB). Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/06/2007 e exige ICMS retido e não recolhido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$78.994,02, acrescido da multa de 150%.

Consta, na descrição dos fatos no Auto de Infração, que o contribuinte reteve o ICMS “mas recolheu a menor em virtude de erro nos valores de devoluções” tendo ocorrido, no exercício de 2002, ausência de registros dessas devoluções nos registros dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, e divergência sobre as devolução indicados nas Guias de Informação do ICMS Substituição Tributária - GIAS ST. Consta, ainda, que nos exercícios de 2003 a 2005 houve divergência parcial entre os dados de devolução constantes nos arquivos magnéticos do SINTEGRA e nas GIA ST. Que, assim, o crédito foi reclamado com base, exclusivamente, nos dados de devoluções existentes nos arquivos magnéticos do SINTEGRA do autuado, com exceção do exercício de 2002, no qual não houve devolução.

Estão anexados ao Auto de Infração, dentre outros documentos: Termo de Intimação (fl. 10) para que o autuado retifique, em seus arquivos magnéticos do SINTEGRA, os registros de notas fiscais atinentes aos exercícios de 2004 e de 2005; cópias da GIA ST 2002 (fls. 16 a 27), 2003 (fls. 35 a 47), 2004 (fls. 54 a 65), e 2005 (fls. 73 a 84); demonstrativos do Levantamento Fiscal dos exercícios de 2002 (fls. 12), 2003 (fl. 30), 2004 (fl. 49) e 2005 (fls. 67); “Relação de DAEs” emitido pelo Sistema INC/SEFAZ, com recolhimento do ICMS devido por substituição tributária relativo aos exercícios de 2002 (fls. 14/15), 2003 (fls. 15 e 34), 2004 (fl. 51) e 2005 (fls. 69/70); demonstrativos dos valores referentes ao ICMS retido que contam nos arquivos magnéticos do SINTEGRA, nos exercícios de 2002 (fl. 13), 2003 (fl. 31), 2004 (fl. 50) e 2005 (fl. 68).

O autuado, por intermédio de advogada com Procuração à fl. 106, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 90 a 104, na qual afirma ser pessoa jurídica que tem como objeto social a fabricação e comercialização de tintas, vernizes e solventes, sujeitando-se à Substituição Tributária – ST quando da realização de operações destas mercadorias neste Estado, cumprindo com suas obrigações principal e acessória quanto à remessa da Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária – GIAS-ST, tendo sentido-se surpreendida com a autuação em função de recolhimento a menos do imposto em virtude de divergências constantes

entre os arquivos magnéticos enviados pelo SINTEGRA e as GIAS-ST, com relação, especificamente, às devoluções de mercadorias. Que buscou esclarecer a situação com o Fisco, apresentando a documentação na qual se verificaria a extinção do crédito reclamado e o encerramento da ação fiscal. Que também procedeu à retificação das GIAS-ST do período autuado, “conforme verificado e anexado ao Auto de Infração pelo próprio Auditor Fiscal.”, mas que o Fisco, entendendo equivocadamente, realizou o lançamento de ofício. Descreve a imputação e a capitulação legal.

Passa a falar acerca da decadência da autuação, expondo que foram considerados os períodos de apuração compreendidos entre janeiro/2002 a novembro/2005, mas que teria ocorrido a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos anteriores a 13/07/2002, porque a ciência do Auto de Infração deu-se em 13/07/2007. Cita os artigos 147, 149, 156 e 150 do Código Tributário Nacional – CTN, transcrevendo este último em parte. Traslada Acórdãos do STJ às fls. 94 e 95. Pede que seja declarada a extinção do crédito tributário relativo aos fatos anteriores a 13/07/2002, determinando-se também a extinção do respectivo processo administrativo fiscal.

Expõe seu posicionamento acerca da verdade material como princípio fundamental do processo administrativo fiscal. Cita ensinamentos de Gabriel Lacerda Troianelli. Transcreve Acórdão deste CONSEF à fl. 96.

Repete que as devoluções foram objeto de emissão das notas fiscais de devolução, e que das mesmas foi dado conhecimento ao autuante, tendo sido ignoradas quando da lavratura do Auto de Infração. Diz que as retificações não se faziam necessárias, em virtude de as devoluções terem ocorrido como informado por ele, impugnante, mas que efetuou as retificações por boa-fé.

Pede a declaração de nulidade do Auto de Infração em virtude de ofensa ao princípio da verdade material. Diz que não teria ocorrido o recolhimento a menos do ICMS em razão de devolução de mercadoria. Fala que a planilha de conciliação de débitos (fls. 204 a 213) comprovaria o que afirma, e que o autuante, mesmo anexando-as ao processo, efetuou o lançamento de ofício. Reconhece em parte o débito atinente a outubro de 2002, e requer a extinção do crédito tributário, citando o artigo 156, inciso I, do CTN. Repete que as devoluções ocorreram e que os destinatários das mercadorias emitiram as respectivas notas fiscais de devolução. Aduz que se a instância julgadora tiver dúvidas, converta o processo em diligência para que os fatos sejam esclarecidos.

Passa a falar sobre os anos-calendários de 2003 a 2005, repetindo que houve a emissão das notas fiscais de devolução, pelos destinatários das mercadorias, referentes às operações apuradas relativas a estes exercícios. Diz ter apurado valores de devolução superiores àqueles verificados pelo Fisco. Que “nem sempre, as devoluções das mercadorias por seus destinatários ocorrem no mesmo período de apuração, muitas vezes meses após ou, ainda, no ano-calendário posterior”, mas que não haveria prejuízo para o Fisco. Que ele, autuado, só deduziu da base de cálculo do ICMS-ST os valores derivados de efetivas emissões de notas fiscais de devolução. Que a devolução não precisa ocorrer, necessariamente, no mesmo período de apuração em que foi emitida a nota fiscal objeto de retenção e de recolhimento do imposto, fato que não depende dele, impugnante, mas dos destinatários, “mas a sua ocorrência concede direito ao contribuinte integrar a nota fiscal de devolução no período em que foi emitida, não acarretando prejuízos ao fisco.”

Passa a discorrer sobre a multa aplicada, afirmando que o Fisco aplicou o percentual de 150% referente a descumprimento de obrigação principal, mas que o imposto retido teria sido recolhido. Repete que efetuou as retificações das GIAS-ST por boa-fé. Que ele, autuado, pode sofrer a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, e não sobre descumprimento de obrigação principal. Copia os parágrafos 7º e 8º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, à fl. 102, e o artigo 23, inciso III, do Regimento Interno do CONSEF, aduzindo que, aplicando-se tais dispositivos, caso não acatados os argumentos anteriores, seja reduzida, ou cancelada, a multa aplicada, afirmando não ter agido com dolo, fraude, ou simulação.

Pede, sucessivamente, a nulidade do lançamento em razão da decadência de parte do crédito tributário, decretando-se a extinção do crédito tributário de ICMS, determinando-se a extinção do presente PAF; a nulidade do Auto de Infração em razão de ofensa ao princípio da verdade material; a improcedência da acusação fiscal, por inexistirem diferenças a reclamar, porque estariam comprovadas as devoluções; redução ou cancelamento da multa

O autuante presta informação fiscal às fls. 221 a 223, expondo que a decadência quanto aos tributos devidos, relativamente a todo o período de 2002, só ocorreria a partir de 01/01/2008, nos termos da jurisprudência, e conforme teor de trecho que copia, do jurista Leandro Paulsen.

Aduz que o contribuinte reconheceu o débito no valor de R\$1.026,80, conforme GNRE à fl. 216, o que resultou em um total recolhido de R\$5.624,81, incluindo juros e multa. Afirma que na fiscalização a um contribuinte localizado em outro Estado da Federação o arquivo magnético do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA é fundamental para a análise das notas fiscais, porque na Bahia dispõe-se apenas das notas fiscais capturadas pelo Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT, que são consideradas a título de amostragem para efeito de conferência de cálculos, e da verificação de veracidade das informações passadas pelos arquivos magnéticos.

Que as notas fiscais de devolução, mesmo as que constam nas GIAS-ST, não fornecem subsídios suficientes para que o Fisco possa assegurar a fidedignidade das informações, sendo imprescindível a comparação com os dados dos arquivos magnéticos, além da circularização junto a clientes do contribuinte fiscalizado, para que se possa afirmar que as notas fiscais foram, efetivamente, objeto de devolução.

O autuante afirma ter realizado diversos contatos com o contribuinte e que foi estabelecido termo final de prazo para término do trabalho, sob pena de autuação dos valores divergentes, mas que os arquivos não foram refeitos de forma a contemplar, integralmente, as devoluções para conferência e que, por não ter convicção acerca das citadas devoluções, fez o lançamento de ofício reclamando todas as diferenças que não tinham lastro nos arquivos do Sistema SINTEGRA, o que teria resultado correto, porque “o próprio contribuinte ao fazer seus levantamentos, descobriu falhas nas devoluções e recolheu aos cofres públicos, o valor de R\$5.684,21.”

O contribuinte volta a pronunciar-se às fls. 227 a 231, repetindo os argumentos defensivos relativos à decadência do período anterior a 13/07/2002, transcrevendo julgados do STJ às fls. 228 a 230, e citando os artigos 150, §4º, e 173, inciso I, ambos do CTN. Reitera as demais alegações quanto à improcedência da autuação, aduzindo que a falha existente já fora por ele, autuado, sanada. Conclui pedindo o cancelamento do lançamento fiscal, sendo considerada procedente a impugnação.

Às fls. 244 e 245 esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal – JJF, diante dos fatos e da documentação acostada aos autos; na busca da verdade material; e com base no artigo 147, § 1º, do RPAF/99, deliberou por converter o processo em Diligência à INFRAZ de origem, para que o autuante intimasse o contribuinte para que o mesmo apresentasse as notas fiscais de devolução, e seu livro Registro de Entradas, relativos a todo o período objeto da autuação, bem como os documentos de arrecadação estadual referentes ao período de janeiro de 2002 a julho de 2003, anexando cópias de todos esses documentos aos autos; confrontasse os documentos apresentados pelo contribuinte com os demonstrativos das diferenças apuradas que foram acostados ao Auto de Infração, elaborando, caso necessário, novos demonstrativos. Determinou, ainda, que a Inspetoria Fazendária de origem entregasse ao contribuinte a nova documentação acostada ao processo em cumprimento à Diligência, concedendo-lhe o prazo de dez dias para pronunciar-se, caso desejasse.

O autuante pronunciou-se à fl. 246, anexando novos demonstrativos às fls. 247 a 251, aduzindo que, em cumprimento à diligência, o contribuinte foi intimado, mas exibiu ao Fisco não cópias autenticadas das páginas do seu livro Registro de Entradas – LRE, e sim listagens tiradas em seu

computador, do registro de notas fiscais de entrada. Que, como foram feitas consultas telefônicas, junto a alguns contribuintes, acerca da veracidade das devoluções, e nenhuma delas foi negada, o Fisco partiu do princípio de que as informações seriam verdadeiras e passou a classificar as notas fiscais por mês e por exercício, uma vez que os documentos lhe foram entregues de forma desorganizada, além do fato de que alguns continham dados ilegíveis, ou estavam com a paginação incompleta, sem os dados relativos ao ICMS-ST. Que, quanto a estas notas fiscais com paginação incompleta, procedeu a consultas ao SINTEGRA, para verificar os dados do ICMS-ST, que são lançados apenas na última página de cada nota fiscal. Que, na maioria dos casos, os valores de ICMS retido coincidiam com aqueles apresentados nas GIAS-ST, mas que vários meses continuaram com diferenças a recolher. O autuante anexou, às fls. 247 a 251, os demonstrativos do levantamento fiscal realizado, e às fls. 252 a 568 cópias de documentos fiscais do contribuinte.

Intimado, conforme documentos de fls. 569 e 570 (volume II), o contribuinte pronunciou-se às fls. 572 e 573 expondo que, diante das afirmações do autuante, pede pelo cancelamento da ação fiscal. Requer a alocação do pagamento já realizado, no valor de R\$5.624,81 (GNRE à fl. 574, co valor principal de R\$1.026,80). Afirma que o valor de R\$1.028,80 não se refere a devolução comprovada, e já foi quitado, não havendo débito a favor da SEFAZ. Aduz que há iliquidez, incerteza e imprecisão no lançamento, e pede pela extinção do PAF. Requer a decretação de sua nulidade. Reitera os termos das impugnações anteriores. Conclui pedindo o arquivamento do processo administrativo.

Às fls. 581 e 582, diante dos fatos e da nova documentação acostada aos autos quando do cumprimento da Diligência de fls. 242 e 243, esta 3ª JJF, na busca da verdade material, e com base no artigo 148, inciso III, do RPAF/99, deliberou por converter o processo em Diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal designado, com base nas notas fiscais acostadas às fls. 253 a 568 deste processo, verificasse se haviam sido corretamente excluídos, no novo levantamento fiscal de fls. 247 a 251, os débitos relativos a todas as operações que estavam acobertadas por notas fiscais de devolução, permanecendo apenas aquelas em que persistisse a não comprovação de regularidade das operações praticadas pelo contribuinte, verificando inclusive, quanto às operações que resultaram no débito lançado para o mês de outubro de 2002 (fl. 12), se os documentos acostados às fls. 253 a 568 comprovavam a correição da exclusão deste débito de outubro de 2002 no novo demonstrativo, à fl. 247. A partir desta análise elaborasse, se necessário, novo demonstrativo do débito da Infração 01. Determinou também que a Inspetoria Fazendária de origem entregasse ao contribuinte e ao autuante a nova documentação acostada ao processo em cumprimento à Diligência, concedendo-lhe o prazo de dez dias para pronunciarem-se.

Em cumprimento foi exarado o Parecer ASTEC/CONSEF nº 213/2008, às fls. 583 a 589, expondo que, em atendimento à diligência solicitada, após exames nas notas fiscais acostadas às fls. 253 a 568, e no demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 247 a 251, e GIAS-ST de fls. 15 a 85, a partir dos dados destes documentos, constatou que o contribuinte comprova parte das alegações defensivas relativas à devolução de mercadorias, com os documentos acostados. Que assim, com base nos dados que ele, diligente, registra detalhadamente por exercício fiscalizado, às fls. 584 a 588, elaborou o demonstrativo de débito de fl. 589, apurando que persiste o débito de R\$13.706,25 para o exercício de 2002; de R\$1.202,20 para o exercício de 2003; de R\$12.856,01 para o exercício de 2004; e de R\$2.507,99 para o exercício de 2005, totalizando o débito a ser lançado de ofício, na presente ação fiscal, no montante de R\$30.272,45.

O contribuinte, por intermédio de advogada com Procuração à fl. 599, voltou a pronunciar-se no processo às fls. 593 a 598, expondo que restou demonstrado, no Parecer ASTEC/CONSEF, que a maioria dos débitos apurados na ação fiscal não merece prosperar, tendo sido reduzido de R\$78.994,02 para R\$30.272,45 o montante apurado. Volta a argüir a decadência dos débitos atinentes ao período anterior a 13/07/2002. Elabora tabela à fl. 595, aduzindo que a soma no valor de R\$10.121,94 deveria ser retirada da autuação. Afirma que, tendo sido recolhido o valor do débito relativo a outubro/2002, o diligente não o poderia ter mantido na diligência. Em relação ao

exercício de 2003, aduz que ele, autuado, acostou os documentos por amostragem, e que o restante da documentação poderia ser apresentado à Fiscalização, caso concedido a ele, contribuinte, um prazo razoável. Exercícios de 2004 e de 2005, afirma que são indevidos, conforme já exposto em suas explanações anteriores. Pede a conversão do processo em nova diligência, em busca da verdade material. Elabora tabela à fl. 597, discriminando valores que alega que deveriam ser excluídos, resultando o débito, que classifica como o remanescente ainda a ser objeto de discussão, por não ser também devido, de R\$19.043,26. Repete os pedidos das explanações anteriores, em relação a nulidade e improcedência da autuação, com extinção do crédito tributário exigido e arquivamento do processo.

O autuante manifestou-se, à fl. 600, afirmando concordar com o teor do Parecer ASTEC/CONSEF nº 00213/2008.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo porque encontram-se no processo todos os seus pressupostos de validade, tendo sido identificados o autuado, o montante e os fatos geradores do débito exigido. Assinalo, ainda, que mesmo em situação de ocorrência de decadência em relação a débito tributário lançado de ofício, inexiste previsão legal para que tal situação implicasse em nulidade do lançamento fiscal, pelo que também rejeito o pedido neste sentido.

O princípio da verdade material foi devidamente respeitado neste processo, inclusive com a realização de duas diligências para a apuração do débito, após reexame dos documentos apresentados pelo contribuinte. Indefiro o pedido de nova diligência, uma vez que os dados acostados ao processo são suficientes para a formação do meu convencimento. Ademais, caberia ao contribuinte apresentar, juntamente com a impugnação, todos os documentos de que necessariamente dispusesse, para comprovar suas alegações defensivas.

Quanto à alegação de decadência dos débitos atinentes ao período anterior a 13/07/2002, rejeito a preliminar de decadência suscitada, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 29/06/2007, com ciência do autuado em 13/07/2007, e considerando que o artigo 150, § 4º do CTN, estabelece:

art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativo, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

E o artigo 107-B do COTEB, que incorporou o artigo 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do artigo 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos ao exercício de 2002,

cujos fatos geradores ocorreram neste exercício, só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2008. Face ao exposto, concluo que não se operou a decadência em relação a qualquer débito lançado no presente Auto de Infração, ao contrário do que alega o contribuinte.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado para a exigência do recolhimento de ICMS retido e não recolhido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado constando, na descrição dos fatos no Auto de Infração, que o contribuinte reteve o ICMS “mas recolheu a menor em virtude de erro nos valores de devoluções”.

Por oportuno, esclareço que o débito reconhecido pelo sujeito passivo, referente a outubro/2002, foi incluído no levantamento do fiscal diligente em razão de tratar-se de débito cujo lançamento de ofício é procedente, devendo constar no levantamento fiscal. Porém, uma vez recolhido aos cofres públicos, o valor deverá ser homologado, e não será de novo cobrado do sujeito passivo, quando da exigência do débito remanescente.

Na busca da verdade material, com a realização de duas diligências, a primeira pelo autuante, e a segunda por fiscal estranho ao feito, tendo sido devidamente analisados todos os documentos acostados ao processo pelo sujeito passivo, restou comprovado que parte das devoluções que o mesmo informou em suas GIAS-ST de fato ocorreu, pelo que foi reduzido o débito original de R\$78.994,02 para R\$30.272,45.

Quanto ao pedido de redução, ou cancelamento da multa aplicada, tratando-se de multa por descumprimento de obrigação principal, em obediência ao disposto no artigo 159 do RPAF/99, a dispensa, ou a redução do percentual indicado no Auto de Infração poderá ser requerida à Câmara Superior deste CONSEF, não podendo ser apreciado tal pleito nesta instância julgadora, por não estar incluído em nossa esfera de competência, tal como definida no mencionado Regulamento.

Nestes termos, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$30.272,45, tal como lançado no demonstrativo de débito elaborado pelo preposto fiscal designado pela Coordenação da ASTEC/CONSEF, à fl. 589 destes autos, devendo ser homologado o valor recolhido, conforme GNRE de fl. 574.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279738.0156/07-3, lavrado contra **SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.272,45**, acrescido da multa de 150% prevista no artigo 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 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 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR