

A. I. N° - 108529.1204/08-7
AUTUADO - JM INDÚSTRIA COMÉRCIO E LOGÍSTICA LTDA. (K2 IND COM E LOGÍSTICA LTDA)
AUTUANTES - GILMÁRIO MACEDO LIMA e JOÃO KOJI SUNANO
ORIGEM - INFEP COMÉRCIO
INTERNET 18.11.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0320-05/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Excluídas as parcelas do ICMS que já se encontravam pagas e os fatos geradores realizados por outro estabelecimento da empresa. Mantida a exigência fiscal em relação aos fatos geradores cuja prova de pagamento não foram anexados aos autos. Acatada a revisão efetuada pelos autuantes. Afastadas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 29/12/2008, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 1.063.602,44, em razão da seguinte irregularidade: *“Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia”. “A empresa na qualidade de sujeito passivo por substituição deixou de efetuar o recolhimento do ICMS retido por substituição tributária e Fundo de Pobreza, conforme discriminação do relatório de Notas Fiscais, em anexo (ao Auto de Infração), nas vendas efetuadas para este Estado”*. Exercícios autuados: 2003, 2004, 2005 e 2007 (mês de agosto).

O autuado, através de seus advogados, ingressou tempestivamente com a sua defesa, anexada às fls. 155/168 dos autos. Inicialmente fez um breve histórico sobre o funcionamento do estabelecimento autuado, afirmando ter iniciado suas atividades em 02/01/2004, ocasião em que emitiu a Nota Fiscal nº 1. Juntou também cópias do livro Registro de Saídas devidamente registrado no órgão competente. Disse ser usuário do sistema eletrônico de processamento de dados para emissão de documentos fiscais, que passaram a ser utilizados somente a partir do exercício de 2004. Declarou que durante o período que esteve em funcionamento emitiu Notas Fiscais de nºs 1 a 14.043, sendo que a última nota fiscal foi emitida em 18/03/2005.

Em seguida, invocou a aplicação do art. 18 do RPAF, para pedir a anulação do lançamento em relação a todos os exercícios fiscalizados, por cerceamento do direito de defesa. Declarou que desconhecia as notas fiscais relacionadas nas folhas 1, 2, 3 de 16 e na folha 16 de 16, todas integrantes do Auto de Infração, cujas cópias não teriam lhe sido entregues.

Destacou ainda a existência de outro estabelecimento da empresa que foi objeto de autuação do mesmo teor por prepostos da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Afirmou que várias notas fiscais que foram identificadas como emitidas pelo estabelecimento autuado pertencem a esse outro estabelecimento (doc. 08 da defesa). Quanto à única nota fiscal apontada para o exercício de 2007, de nº 15.111 disse que a mesma não faz parte da sequência de numeração dos documentos emitidos pelo estabelecimento, declarando ainda não ter conhecimento da mesma. Afirmou que não recebeu cópia da mesma e que na data de sua emissão já não funcionava mais, pois se encontrava em processo de baixa.

Diante do quadro acima, entende que os vícios do lançamento são insanáveis, razão pela qual reiterou o pedido de nulidade. Transcreveu em seguida lições doutrinárias de Direito Tributário,

para afirmar que o presente Auto de Infração está revestido de falta de liquidez e certeza, além de haver duplicidade de autuação por parte dos agentes fiscais. Mencionou haver também afronta aos princípios da segurança jurídica, legalidade, transparência, moralidade e eficiência da administração pública.

No mérito, declarou que as discussões ficam limitadas aos exercícios de 2004 e 2005. De início disse ser imprescindível para a solução da lide a realização de diligência ou perícia para a apuração dos fatos controversos do processo. Declarou reconhecer ter encontrado dificuldades para a localização das guias de pagamento das operações interestaduais relativas ao imposto recolhido por substituição tributária. Argumentou estranhar a fiscalização não realizar o mínimo de esforço para conferir os recolhimentos que já possui em seus bancos de dados. Informou que mediante solicitação ao departamento apropriado – GEARC -, foi fornecido relatórios do SIGAT e relação dos recolhimentos efetuados pelo estabelecimento, que foram anexados autos, contemplando os valores pagos nos exercícios de 2004 e 2005 (doc. 10), incluindo também relatórios do SIGAT e DAEs com recolhimento para o Fundo de Pobreza (docs. 11 e 12). Afirmou que nos respectivos relatórios onde consta à expressão “falta DAE”, é por que recolhimento do Fundo de Pobreza foi efetivado com a identificação dos estabelecimentos destinatários, razão pela qual não foi possível solicitar a comprovação de pagamento junto à SEFAZ-BA. No entanto disse que os pagamentos foram efetuados já que as mercadorias ao ingressarem no território baiano não passariam pelos postos fiscais sem o pagamento integral do ICMS-ST lançado nos documentos fiscais.

Declarou também que em relação a algumas notas fiscais não foi possível identificar o pagamento, pois as cópias dos respectivos documentos não lhe foram entregues, não podendo sobre elas se manifestar. Pediu que seja determinado o fornecimento de cópia das mesmas.

Em seguida discorreu que o processo administrativo ter por objetivo buscar a verdade material, razão pela qual sustenta a necessidade de realização de diligência, visto que a administração pública não pode gravar o contribuinte com exigência infundada e contrária à legislação. Citou lições doutrinárias do tributarista prof. Paulo Ayres Barreto. Afirmou que os destinatários com as inscrições estaduais no Estado da Bahia, de nºs 51752686, 57251884, 64537116 e 62857529 podem ser objeto da diligência em relação aos pagamentos de ICMS que não conseguiu comprovar, sob pena de cerceamento do direito de defesa e impedimento à apuração da verdade, princípios que norteiam o processo administrativo fiscal da Bahia (art. 2º, do RPAF/99). Reiterou o pedido de entrega de cópias das notas fiscais que compõem os demonstrativos da autuação.

Ao concluir, requereu o processamento da presente impugnação e a conseqüente extinção do crédito tributário decorrente da autuação ou a sua conversão em diligência para a adoção das providências acima solicitadas. Pediu ainda que o impugnante seja intimado no endereço de seus advogados e procuradores, para a ciência dos atos praticados e diligências designadas.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 921/928 dos autos. Fizeram inicialmente uma síntese acerca das alegações defensivas. Em seguida, antes de ingressarem no exame das questões levantadas pelo impugnante, rechaçaram a afirmação do autuado de que a fiscalização não desenvolveu um mínimo esforço para conferir os recolhimentos efetuados pela empresa bem como que a conduta do fisco não foi pautada na legalidade e sim na praticidade em detrimento da apuração da verdade real. Declararam que essas afirmações não condizem com a verdade, pois no curso da ação fiscal foram trocados “e-mails” entre os auditores e prepostos da empresa solicitando informações e comprovantes de pagamento do ICMS destacado nas notas fiscais de remessas de mercadorias para o Estado da Bahia, além, da realização de uma “diligência” ao Estado do Rio de Janeiro para verificações junto à empresa, conforme atesta os documentos de fls. 9 e 10 deste PAF. Afirmaram que agiram em cumprimento da cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/91, cujo conteúdo transcreveram.

Disseram que a empresa autuada é uma atacadista do ramo de bebidas (cervejas) e que o Auto de Infração foi lavrado em razão da mesma, à época da realização da fiscalização, não ter conseguido comprovar o pagamento do ICMS-ST sobre as vendas efetuadas para o Estado da Bahia. Registraram que no documento anexado pela defesa (fls. 259/302) não existe a discriminação da notas fiscais a que se refere o pagamento. Em razão disso, foi feita verificação *in loco*, mas devido à desorganização da empresa não foram obtidas as GNERs referentes às operações de vendas para este Estado.

Na análise de mérito, no que pertine às infrações dos exercícios de 2003 e 2007, informaram que os demonstrativos que serviram de lastro para a apuração do imposto foram obtidos de terceiros e que encaminhados este relatórios para análise da autuada os mesmos não sofreram críticas. Da mesma forma quando da visita à empresa no Rio de Janeiro. Somente após a análise dos argumentos da defesa é que os autuantes constataram que as informações prestadas através de arquivos magnéticos, para o SINTEGRA, se encontravam com erros, no CNPJ da empresa que efetuou as vendas. Diante desse equívoco foram excluídos pelos autuantes os lançamentos referentes aos exercícios de 2003 e 2007.

Quanto aos exercícios de 2004 e 2005, informaram que os relatórios foram elaborados com base nas informações prestadas pela própria JM Ind. Com. e Logística Ltda., CNPJ nº 04.660.550/0008-64. Que de posse das GNREs e DAEs apresentados na defesa após a lavratura do Auto (docs. fls. 304/919), efetuaram o “batimento” das notas fiscais chegando então ao novo valor do ICMS devido. Houve, portanto, a exclusão dos valores comprovadamente recolhidos.

Em relação à afirmativa defensiva de que em algumas notas fiscais não foi possível informar o pagamento porque não foram identificadas as notas fiscais como de emissão da autuada, os autuantes declararam não podem acatar esse argumento haja vista que as notas fiscais foram extraídas dos arquivos magnéticos enviados pelo próprio contribuinte e que as mesmas estão inseridas na numeração emitida pelo mesmo, não tendo o defensor produzido prova em contrário.

Em seguida, na informação fiscal foi apresentado um “espelho” com os valores do ICMS devido mês a mês, compreendendo o período de janeiro a dezembro de 2004 e de janeiro, fevereiro e março de 2005, totalizando a cifra, em valores históricos, de R\$ 476.239,27.

Ao finalizar a informação fiscal pediram que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

Cientificado da informação fiscal (doc. fls. 1142), o contribuinte ingressou com contra-razões, anexadas às fls. 1145 a 1149. Pontuou que por ocasião da visita ao estabelecimento no Rio de Janeiro foi apresentado aos agentes fiscais todos os documentos comprobatórios, posteriormente anexados na impugnação, e, que os agentes não fizeram o mínimo esforço para conferir os recolhimentos efetuados, inclusive com a utilização dos recursos técnicos que dispunham. Reiterou que a conduta da fiscalização foi pautada na praticidade e não na legalidade. Juntou planilha com a indicação das notas fiscais que afirma já se encontrarem pagas e que não foram excluídas pelos autuantes. Disse ser suficiente a apresentação das planilhas e que as GNREs poderão ser apresentadas a qualquer momento caso o julgador entenda ser necessário. Reafirmou que o lançamento em lide está repleto de irregularidades, incorrendo em falta de liquidez e certeza. Apontou existir inconsistência no novo trabalho apresentado pelos autuantes em relação às Notas Fiscais nºs 8535 e 5136, visto que a impugnante apresentou GNREs e DAEs comprovando o recolhimento do ICMS, mas que tais provas foram desconsideradas. Disse que essa situação acarreta enriquecimento ilícito em favor do Estado, além de configurar uma nulidade.

Mais à frente, arguiu a “prescrição” dos fatos geradores ocorridos entre 01/06/2003 a 28/12/2003, visto que o Auto de Infração fora lavrado em 29/12/2008, acarretando a nulidade já requerida na peça de defesa originária..

Em suma, reiterou os termos da sua defesa administrativa, formulando pedidos de nulidade ou improcedência do lançamento e a conseqüente extinção do crédito tributário.

VOTO

Ab initio cabe enfrentar a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa levantada pelo contribuinte na peça impugnatória. Não vislumbro neste processo o alegado vício visto que o levantamento fiscal foi efetuado a partir das informações fornecidas pelo próprio contribuinte em seus arquivos magnéticos, gerados através do SINTEGRA, de forma que os equívocos apontados na defesa, com a apresentação dos correspondentes documentos são passíveis de correção, não implicando em nulidade absoluta do lançamento de ofício. Logo, inexistente a falha processual apontada pelo impugnante, não tendo o autuante incorrido em nenhuma das hipóteses de nulidade, previstas na legislação processual, em especial, no art. 18 do RPAF/99.

Da mesma forma, não se faz necessária a realização de diligências saneadoras para a solução da presente lide administrativa, visto que a documentação apresentada no curso da instrução processual é suficiente para a formação do convencimento desta corte julgadora. Há, portanto elementos de prova em abundância, compreendendo cópias documentos de arrecadação e notas fiscais, demonstrativos e planilhas que servem à elucidação das questões postas pelas partes, conforme será detalhado no exame de mérito da autuação.

O presente Auto de Infração foi lavrado para imputar ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de cervejas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Aplicou-se ao caso as normas do Protocolo ICMS 11/91, que dispõe sobre a substituição tributária interestadual nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo. O Estado da Bahia é signatário do citado Protocolo, cujas regras se encontram inseridas na legislação tributária interna do Estado.

De plano há que se reconhecer a improcedência da exigência fiscal em relação aos exercícios de 2003 e 2007, isto porque os próprios autuantes, ao se manifestarem em relação a esses dois períodos, acolheram as argumentação da defesa, conforme foi registrado no relatório que integra este voto, a seguir reproduzido. *“Na análise de mérito, no que pertine às infrações dos exercícios de 2003 e 2007, os autuantes informaram que os demonstrativos que serviram de lastro para a apuração do imposto foram obtidos de terceiros. Após a análise dos argumentos da defesa é que os autuantes constataram que as informações prestadas através de arquivos magnéticos, para o SINTEGRA, se encontravam com erros, no CNPJ da empresa que efetuou as vendas. Diante desse equívoco foram excluídos os lançamentos referentes aos exercícios de 2003 e 2007”*.

Logo, restou demonstrada que a apuração do ICMS por substituição tributária de 2003 e 2007 estão relacionadas ao CNPJ de outro estabelecimento da empresa, que segundo consta dos autos, foi objeto da lavratura de outro Auto de Infração mencionado na peça defensiva.

Fica, dessa forma, prejudicado o exame da preliminar de “prescrição”, argüida pela defesa, que em verdade quis fazer referência ao instituto da decadência, em relação aos fatos geradores ocorridos entre 01/06/2003 a 28/12/2003, visto que estas parcelas são indevidas, por tratarem de operações efetuadas por outro estabelecimento da mesma empresa.

Quanto à alegação de pagamentos efetuados, a partir das planilhas anexadas na defesa e nas contra-razões à informação fiscal, a tese defensiva não pode ser acolhida. A prova do pagamento nos impostos lançados por homologação, a exemplo de ICMS, é do devedor, visto que este último antecipa os atos de lançamento e quitação do tributo, para posterior verificação pela autoridade fiscal competente. Importante registrar que os autuantes ao longo da ação fiscal empreenderam diversas atividades no sentido de obter junto ao contribuinte as guias de pagamento do ICMS-ST e a parcela destinada ao Fundo de Pobreza, em relação aos exercícios de 2004 e 2005, não logrando êxito integral. Somente a partir das GNREs e DAEs apresentados na peça impugnatória (docs.

anexados às fls. 304/919), os autuantes fizeram a verificação de alguns pagamentos relacionados com as notas fiscais objeto da autuação que não foram apresentados à época da ação fiscal. Foram deduzidas as parcelas do ICMS que já se encontravam recolhido aos cofres estaduais.

A partir desses dados os autuantes elaboram demonstrativo com o valor do débito residual, compreendendo o período de janeiro a dezembro de 2004 e de janeiro, fevereiro e março de 2005, totalizando a cifra, em valores históricos, de R\$476.239,31, conforme reproduzido abaixo:

MÊS/ANO	ICMS ST DEVIDO	FUNDO POBREZA	TOTAL DEVIDO
jan/04	13.706,60	2.098,32	15.804,92
fev/04	5.106,13	792,73	5.898,86
mar/04	1.754,29	398,87	2.153,16
abr/04	6.269,14	973,29	7.242,43
mai/04	17.048,86	2.646,86	19.695,72
jun/04	23.344,62	3.624,28	26.968,90
jul/04	0,00	272,36	272,36
ago/04	8.244,87	1.280,03	9.524,90
set/04	61.468,81	9.543,11	71.011,92
out/04	57.123,08	8.662,12	65.785,20
nov/04	59.234,31	9.196,21	68.430,52
dez/04	84.465,97	12.985,37	97.451,34
jan/05	45.221,22	7.020,65	52.241,87
fev/05	3.809,91	591,49	4.401,40
mar/05	25.380,79	3.975,02	29.355,81
TOTAL	412.178,60	64.060,71	476.239,31

Acato os valores apresentados pelos autuantes, visto que as deduções estão respaldadas em provas documentais.

Quanta à alegação defensiva em relação a algumas notas fiscais em que não foi possível informar o pagamento porque não foram identificadas como de emissão da autuada, os autuantes declararam não poderem acatar esse argumento haja vista que as notas fiscais foram extraídas dos arquivos magnéticos enviados pelo próprio contribuinte e que as mesmas estão inseridas na numeração emitida pelo mesmo, não tendo o defensor produzido prova em contrário. Portanto, em concordância com os autuantes, entendo desarrazoada a tese do impugnante.

Nas contra-razões à informação fiscal o contribuinte juntou planilha com a indicação das notas fiscais que afirma já se encontrarem pagas e que não foram excluídas pelos autuantes. Disse ser suficiente a apresentação das planilhas e que as GNREs poderão ser apresentadas a qualquer momento caso o julgador entenda ser necessário. Reafirmou que o lançamento em lide está repleto de irregularidades, incorrendo em falta de liquidez e certeza. Apontou existir inconsistência no novo trabalho apresentado pelos autuantes em relação às Notas Fiscais n^{os} 8.535 e 5.136, visto que a impugnante apresentou GNREs e DAEs comprovando o recolhimento do ICMS, mas que tais provas foram desconsideradas. Disse que essa situação acarreta enriquecimento ilícito em favor do Estado, além de configurar uma nulidade.

Não acato os argumentos defensivos, visto que planilha não é prova de pagamento de tributo. Registre-se que na citadas planilhas, anexadas às fls. 1159 a 1161, há diversas operações com a indicação de que “Falta DAE”. Em outras palavras: inexistente nos autos a prova do pagamento do ICMS referente a diversas operações de remessa de mercadoria para o Estado a Bahia. As operações cujos pagamentos foram comprovados foram excluídas do Auto de Infração pelos autuantes.

Em relação às Notas Fiscais de n^{os} 8535 e 5136, que o autuado expressamente afirma que não foram deduzidos os pagamentos efetuados, não assiste razão o reclamo da defesa. A partir da leitura da planilha, que compõe o Anexo II da informação fiscal (Relatório das Notas Fiscais – Exercícios de 2004 e 2005), se verifica, às fls. 949 e 951, respectivamente, que os recolhimentos relacionados a esses documentos foram considerados pelos autuantes.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108529.1204/08-7, lavrado contra **JM INDÚSTRIA COMÉRCIO E LOGÍSTICA LTDA. (K2 IND COM E LOGÍSTICA LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$476.239,31**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício, desta 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, 27 de outubro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR