

A. I. Nº - 279694.1105/06-7
AUTUADO - KEIKO DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - OTÁVIO AUGUSTO LABORDA FERNANDES e RUBENS MINORU HONDA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 03.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0001-05/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. PRODUTO ENQUADRADO NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. No caso de constatada a retenção a maior ou indevida, por não ser o autuado o titular do crédito e sim o Estado da Bahia, caberia ao substituto tributário o recolhimento do ICMS-ST e ao substituído solicitar a restituição do indébito fiscal, junto à SEFAZ. Exigência parcialmente subsistente, após exclusão de operação para contribuinte localizado em outro Estado e consideração de crédito de período anterior; **b)** FALTA DE RETENÇÃO E CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO ICMS-ST. Exigência comprovada em parte, após exclusão do valor recolhido; **c)** RETENÇÃO A MENOS DO ICMS-ST. Comprovado o correto recolhimento de parte da exigência. Infração subsistente em parte. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/12/2006, exige do autuado ICMS no valor de R\$4.874,42, conforme documentos às fls. 8 a 38, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher o ICMS retido, no valor de R\$ 2.748,76, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Trata-se de ICMS ST retido e não recolhido referente à venda de reatores, nos meses de janeiro e novembro de 2001, outubro de 2002, setembro de 2004, junho e agosto de 2005.

INFRAÇÃO 2 – Deixou de proceder à retenção do ICMS, no valor de R\$ 1.042,30, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Trata-se de ICMS ST não retido referente à venda de reatores, nos meses de dezembro de 2002 e março de 2005.

INFRAÇÃO 3 – Procedeu à retenção a menor do ICMS, no valor de R\$ 1.083,36, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de maio, julho e novembro de 2002; agosto, setembro, novembro e dezembro de 2004, e janeiro de 2005.

O autuado, às fls. 81 a 92, apresenta, tempestivamente, peça impugnatória ao lançamento de ofício, conforme provam os documentos às fls. 72 a 75 e 183 a 186 dos autos, na qual preliminarmente arguiu a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que cabe apenas ao agente fiscal constatar e descrever a infração, pois o CTN prevê essa apuração por meio de procedimento do lançamento no qual cabe ao agente propor a aplicação da penalidade cabível, ou

seja, tem que fazer apenas o relatório circunstanciado e a capitulação e não a aplicação da penalidade, uma vez que, se assim fizer, estará usurpando a função privativa do órgão judicante. Cita art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, no qual dispõe que “*aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”, do que concluiu que “*Ninguém poderá ser acusado e ao mesmo tempo condenado sem defesa*”, pois o fiscal pode propor, mas não impor multa.

Diz que, no presente Auto de Infração, ocorreu o cerceamento de defesa da impugnante, visto que sequer foi dada ao contribuinte qualquer oportunidade de contraditório ou ampla defesa para demonstrar a impropriedade da autuação sofrida, do que reproduz Instrução Normativa da Receita Federal.

No mérito, afirma que o suposto crédito relativo à Nota Fiscal nº 037237, emitida em 18/01/2001, não pode mais ser constituído, visto que sobre ele operou-se a decadência, do que cita o art. 173, I, do CTN e requer revisão do Auto de Infração no que diz respeito a este ponto da autuação.

Em relação à Nota Fiscal nº 043855, emitida em 30/11/2001 e destinada ao Supermercado Rondelli Ltda a venda de 60 reatores eletrônicos, sustenta o apelante que a improcedência da autuação ocorre por duas razões: pela caracterização da decadência, visto que a autuação se deu em lapso posterior a 5 anos, e ainda pelo fato de não haver erro na contabilização do imposto, pois como pode ser verificado na leitura no campo Dados Adicionais da própria nota, a mercadoria destina-se a consumo próprio do adquirente, o que significa sujeição ao regime de diferencial de alíquota, no valor de R\$ 59,98, do qual foi pago o valor de R\$ 40,78. Requer revisão.

Inerentes às Notas Fiscais de nºs 050505, 050520, 050531, 050535, 050536 e 051042, afirma que, conforme Gias anexas, todos os valores foram recolhidos corretamente. Requer revisão do lançamento.

No tocante às Notas Fiscais de nºs 069803, 7011, 072393, 073083, 071960, 068768, 051444, 0511 e 052359, afirma o impugnante que foram recolhidas corretamente, do que requer revisão.

Em seguida, o apelante passa a enumerar as demais notas fiscais e a afirmar que recolheu corretamente ou a maior o imposto, como também a requerer revisão do lançamento, do que junta documentos como prova de suas alegações, às fls. 104 a 169 dos autos.

Por fim, alega ser ilegal a cobrança de multa equivalente a 150% do valor do débito, por ser absolutamente extorsiva, configurando-se verdadeiro confisco ao patrimônio do contribuinte.

Na informação fiscal, apresentada às fls. 171 a 175, os autuantes aduzem, quanto à preliminar de nulidade que:

1. O Estado de São Paulo era signatário do Protocolo ICMS 17/85 à época do período fiscalizado;
2. A empresa autuada é contribuinte regularmente inscrito sob nº 49.285.345 CS no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia na condição de Substituto Tributário, estando, portanto, subordinado ao cumprimento das normas dispostas no citado Protocolo, bem como as do Convênio ICMS 81/93 que estabelece as normas gerais da substituição tributária nas suas operações mercantis para o Estado da Bahia com os produtos a eles vinculados;
3. A ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente onde se fundamenta a autuação;
4. Foi lavrado Termo de Início de Fiscalização com a devida ciência do autuado em 26/10/2006, conforme documento à fl. 39, bem como credenciamento da Secretaria do Estado dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo, conforme Credencial PFC-11-SÉ nº 088/2006, documento à fl. 37;
5. Descrição dos fatos, bem como enquadramento e tipificação da multa no próprio Auto de Infração.

Quanto ao mérito, em relação à alegada decadência, os autuantes aduzem que, pelas mesmas razões citadas pelo autuado, o exercício de 2001 encontrava-se ainda dentro do prazo legal de fiscalização, sendo correto e devida a cobrança do ICMS-ST relativo à Nota Fiscal nº 37237, bem como as demais notas fiscais emitidas neste exercício.

Inerente à Nota Fiscal de nº 43855, dizem que o autuado reteve o valor do ICMS-ST de R\$ 100,76 (fls. 70) e, portanto, este deveria ter sido o valor recolhido. Esclarecem que o contribuinte, após emissão da referida nota fiscal e após já ter cobrado do destinatário, entendeu que o valor do ICMS-ST era menor e assim decidiu lançar tal diferença (R\$ 40,78) como “ICMS de ressarcimento” e deduzir do valor devido, conforme se observa na GIA às fls. 69. Entendem que, caso o valor do ICMS-ST retido tivesse sido realmente a maior que o devido, somente o destinatário da mercadoria poderia, através de processo regular, ter solicitado a restituição do valor pago a maior.

Em relação às Notas Fiscais de nºs 050505, 050520, 050531, 050535, 050536 e 051042, verificam que nos próprios documentos, às fls. 72 a 77, que o contribuinte retém um valor e após já ter cobrado do destinatário, entende que o valor do ICMS-ST era menor e assim decide lançar tal diferença (R\$ 384,44) como “ICMS de ressarcimento”, deduzindo do valor devido à referida diferença, conforme se observa na GIA às fls. 71. Quanto à nota fiscal 51042, o contribuinte faz o mesmo processo no mês seguinte no valor de R\$ 549,94, conforme se observa na GIA-ST às fls. 139. Aduzem que, caso o valor do ICMS-ST retido tivesse sido realmente maior que o devido, somente o destinatário da mercadoria poderia, através de processo regular, ter solicitado a restituição do valor pago a maior.

Inerente à Nota Fiscal nº 69803 e 70114, documentos às fls. 89 e 93, idem ao anterior, conforme cópia da GIA-ST às fls. 94, observando-se a devolução indevida de R\$ 122,33.

Quanto à Nota Fiscal nº 72393, os autuantes reconhecem como venda a contribuinte para consumo próprio, sendo que o valor correto relativo à infração 3 no mês de dezembro/2004 é de R\$ 118,78.

No mês de agosto de 2005, em relação à infração 1, os autuantes aduzem que, embora a defesa não tenha relação com a irregularidade em questão, verificaram que o valor reclamado de R\$ 1.349,25 e lançado na GIA-ST relativa ao período de 08/2005 como crédito de período anterior (fl. 12), refere-se a ICMS de devoluções de mercadorias ocorridas em 03/2005 (fl. 120). Portanto, reconhecem como correto o valor recolhido no mês.

Também reconhecem como correto o recolhimento do contribuinte relativo às Notas Fiscais de nºs 47156 e 48018.

Quanto às Notas Fiscais de nºs 70054, 70282 e 70435, entendem que o valor correto passa a ser, respectivamente, R\$ 29,67, R\$ 117,41 e R\$ 100,62, perfazendo o total em setembro de 2004 de R\$ 247,70.

Em relação à Nota Fiscal de nº 76417, reconhecem como correto o recolhimento do contribuinte.

Por fim, quanto à multa, aduzem que a tipificação, bem como os seus cálculos são feitos automaticamente pelo sistema da SEFAZ em estrito cumprimento à legislação pertinente, não cabendo à fiscalização qualquer intervenção ou decisão discricionária. Pedem que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, do que anexam documentos às fls. 176 a 178 dos autos.

Por decisão desta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, às fls. 198 e 199 dos autos, o PAF foi convertido em diligência à Inspetoria de origem para que o contribuinte fosse intimado da revisão efetuada pelos autuantes na informação fiscal, com a entrega dos correspondentes demonstrativos, e, após a manifestação do contribuinte, para os autuantes elaborarem demonstrativos de débito, no mesmo formato do Auto de Infração, com o valor residual do lançamento.

Às fls. 204 a 209 dos autos, o contribuinte anexa nova manifestação, do que apensa documentos às fls. 212 a 227 dos autos, na qual aduz não concordar com os novos apontamentos realizados quanto às notas fiscais e respectivos valores nos seguintes termos:

- Nota Fiscal nº 37237, diz ser improcedente o valor exigido de R\$ 40,16, pois o produto é uma luminária, conforme alíquota IPI 15%, produto que não se encontra sujeita ao ICMS substituição

tributária, cujo valor foi destacado erroneamente na nota fiscal. Entretanto, conforme GIA ST, referente ao período de 01/2001, o referido valor foi informado como ressarcimento;

- Nota Fiscal nº 43855, diz que ocorreu erro no cálculo do imposto, pois a referida nota fiscal, emitida em 30/11/2001, encaminhada ao Supermercado Rondelli Ltda (Teixeira de Freitas), foi expedida em decorrência de compra para consumo próprio. Afirma que o cálculo elaborado pelo fisco está incorreto, pois o valor destacado na nota fiscal está errado, tendo o autuado realizado a correção devida e dado desconto ao adquirente, informando na GIA, apuração de 11/2001, o procedimento. Salienta que no caso de consumo não se computa o IVA de 40% no cálculo do ICMS ST. Assim, consigna o valor da mercadoria de R\$ 571,20 mais IPI de R\$ 28,56, que à alíquota de 17% resulta o ICMS de R\$ 101,95, cujo valor menos o ICMS interno SP destacado de R\$ 41,98, resta a cobrar o valor de R\$ 59,97, segundo o recorrente;
- Notas Fiscais de nºs 50505, 50520, 50531, 50535, 50536 e 51042, o autuado aduz que os erros foram comunicados como ressarcimento, conforme documentos anexados à manifestação;
- Nota Fiscal nº 69803, diz que o erro no cálculo do imposto foi devidamente comunicado, do que anexa documento;
- Nota Fiscal nº 74587, com exigência de R\$ 782,96, diz que foi devidamente pago na GIA normal. Entende que tais pontos deveriam ser julgados a seu favor, do que requer a apreciação específica. Reitera suas alegações de que já havia operado a decadência e da ilegalidade da multa imposta, do que pede a reforma do Auto de Infração.

À fl. 233 dos autos, o PAF foi novamente convertido em diligência para que os autuantes se pronunciassem sobre os documentos e alegações trazidas aos autos pelo contribuinte.

Em nova manifestação, às fls. 235 a 237 dos autos, os autuantes, após tecerem algumas considerações sobre o processo, informam que o autuado apresenta os mesmos documentos e argumentos anteriores, conforme a seguir:

- Nota Fiscal nº 37237 (fl. 205), dizem que o autuado alega se tratar de luminária, mercadoria não sujeita à substituição tributária. Contudo, aduzem que a forma confusa de o autuado descrever o item e a devida retenção os leva a crer se tratar efetivamente de reator. Assim, entendem devida a exigência;
- Nota Fiscal nº 43855 (fl. 206), dizem que o autuado reteve o valor do ICMS-ST de R\$ 100,76 (fl. 70) e, portanto, este deveria ter sido recolhido. Porém, após a emissão da referida nota fiscal e de ter cobrado do destinatário, o autuado entendeu que o valor do ICMS-ST era menor e assim decidiu lançar tal diferença (R\$ 40,78) como “ICMS de ressarcimento” e deduzir do valor devido, conforme se observa na GIA à fl. 69. Ressaltam que a alegação de que a operação seria para consumo não foi comprovada e que a cobrança foi baseada no conteúdo da própria nota fiscal. Entendem que, mesmo que se tratasse de operação para uso do destinatário, o contribuinte deveria solicitar a restituição através de processo no qual apresentaria as provas da sua alegação;
- Notas Fiscais nºs 50505, 50520, 50531, 50535, 50536 e 51042 (fl. 206), os autuantes verificam nos próprios documentos, às fls. 72 a 77, que o contribuinte retém um valor e após já ter cobrado do destinatário entende que o valor do ICMS-ST era menor e assim decide lançar tal diferença (R\$ 384,44) como “ICMS de ressarcimento” deduzindo do valor devido a referida diferença, conforme se observa na GIA à fl. 71. Quanto à nota fiscal nº 51042, o contribuinte faz o mesmo processo no mês seguinte, no valor de R\$ 549,94, conforme se observa na GIA-ST à fl. 139. Sustentam que, caso o valor do ICMS-ST retido tivesse sido realmente maior que o devido, o contribuinte deveria solicitar a restituição através de processo próprio no qual apresentaria todas as provas da sua alegação.
- Nota Fiscal nº 69803 (fl. 206), aduzem não considerar o lançamento contestado pelo autuado;

- Nota Fiscal nº 74587 (fl. 206), acatam as argumentações do contribuinte e apresentam novo demonstrativo de débito, no qual retiram o débito correspondente;
- Com referência à alegada decadência, que impediria a cobrança do débito referente à Nota Fiscal de nº 37237, informam que foi obedecido o disposto no art. 173, I, do CTN.
- Quanto à ilegalidade da multa, dizem que sua tipificação, assim como seus cálculos, são feitos automaticamente pelo sistema da SEFAZ, em estrito cumprimento à legislação pertinente, não cabendo à fiscalização qualquer intervenção ou decisão discricionária.

Assim, ratificam a autuação, retirando apenas do demonstrativo apresentado na contestação o valor cobrado da Nota Fiscal nº 74587, do que anexam demonstrativos às fls. 238 e 239 dos autos.

Instado a se manifestar sobre o resultado da diligência o autuado apresenta manifestação, às fls. 242 a 246 dos autos, na qual aduz que não concorda com a permanência da autuação fiscal com relação às questões que não foram apreciadas quando da análise fiscal sob enfoque, a saber:

- Nota Fiscal nº 37237- diz que informa corretamente a nomenclatura técnica do produto e, conforme demonstra a simples leitura do referido documento fiscal, trata-se de uma lâmpada luminária circular, produto este que não se encontra sujeito ao ICMS substituição tributária, consoante documentação anexada à presente manifestação. Assim, o valor de R\$ 40,16 é improcedente, sendo indevido o ICMS substituição tributária destacado no documento fiscal;
- Notas Fiscais nºs 50505, 50520, 50531, 50535, 50536 e 51042, aduz que da análise da GIA, já juntada aos autos, na mesma foi informada com detalhamento de informações acerca dos resarcimentos e, em momento algum, os autuantes se manifestaram no sentido de existência de erro naquelas operações, do que ainda ressalta que o recolhimento do ICMS foi a maior.
- Dos valores atingidos pela decadência relativo à Nota Fiscal de nº 37237, emitida em 18/01/2001, com prazo decadencial contado a partir de 01/01/2002, cujo prazo “prescricional” dar-se-ia em 01/01/2006, nos termos do art. 173, I, do CTN, ou seja, do primeiro dia útil de 2002 até o primeiro dia de 2006 e não no último dia de 2006. Portanto, se o lançamento foi realizado em dezembro/2006, é cristalino que o mesmo foi atingido pela decadência.
- Da ilegalidade da multa imposta sob argumento falho de que é o sistema informatizado que realiza o cálculo da multa e que o referido sistema não pode ser alterado.

Por fim, pede a reforma do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o débito, no montante de R\$ 4.874,42, relativo a três irregularidades.

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração, pois entendo que o lançamento preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual a exerceu em sua plenitude, inclusive se insurgindo sobre determinadas notas fiscais e anexando todos os documentos que entendeu necessários à fundamentação de suas alegações, conforme se pode constatar às fls. 81 a 169 dos autos, quando da sua impugnação ao Auto de Infração, e às fls. 204 a 229 e 242 a 267 dos autos, quando das reiteradas manifestações após ciência do resultado das diligências realizadas.

Há de se ressaltar que, conforme preceitua o art. 142 do CTN, cabe ao autuante propor a aplicação da penalidade cabível, conforme ocorrido no lançamento do crédito tributário, sendo de competência do órgão julgador a aplicação da penalidade cabível nos termos da lei.

Sendo assim, não ocorreu qualquer cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Também, rejeito a preliminar de mérito de decadência, arguida pelo autuado sob o argumento de que já havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário

relativo às Notas Fiscais n^{os} 037237 e 043855, emitidas em 18/01/2001 e 30/11/2001, respectivamente, do que cita o art. 173, I, do CTN. E rejeito a preliminar de decadência suscitada, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 19/12/2006 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

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.

Por sua vez, o art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 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, conforme a legislação tributária do Estado da Bahia, o prazo à homologação do lançamento é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Portanto, como o crédito constituído sob alegação foi relativo ao exercício de 2001, o prazo inicial é a partir de 1º/01/2002 e se finda em 31/12/2006. Logo, só haveria operado a decadência se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2007, contudo, como o Auto de Infração foi lavrado em 19/12/2006, legítimo o direito de se constituir o crédito tributário.

Quanto ao pedido para realização de revisão, o mesmo foi atendido quando se fez necessário, tendo o autuado se pronunciado sobre o resultado das citadas revisões em respeito ao princípio do contraditório e do pleno direito de defesa, encontrando-se os autos em condições de julgamento diante das provas processuais constantes dos mesmos.

No tocante às multas aplicadas às infrações, especialmente a relativa ao percentual de 150% do valor do débito, a qual aduz o apelante ser extorsiva, configurando-se verdadeiro confisco ao patrimônio do contribuinte, há de se esclarecer que se tratam penalidades legalmente previstas às infrações apuradas, não sendo de competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade da legislação, muito pelo contrário deve obediência à mesma. Ademais, no caso do percentual expressivo acima, decorre em razão do fato de o contribuinte ter sido acusado de arrecadar o imposto do seu cliente para repassar à Fazenda Estadual, na qualidade de substituto tributário, sem, contudo, o fazer, o que caracterizaria uma apropriação indébita.

No mérito, em relação à primeira infração, inerente à falta de recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$ 2.748,76, na qualidade se sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado da Bahia, inerente ao ICMS ST retido e não recolhido nas vendas de reatores, verifica-se, à fl. 8 dos autos, que tal exigência decorre das Notas Fiscais de n^{os} 37237, 43855, 50505, 50520, 50531, 50535, 50536, 51042, 69803, 70114, 76417, como também do crédito do período anterior inexistente na GIA-ST (Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária) referente ao mês de agosto/2005, às fls. 21 a 35 dos autos.

De tais documentos, após considerações das razões de defesa, os autuantes excluem os valores relativos à Nota Fiscal nº 76417, destinada ao Estado do Espírito Santo e não da Bahia, e o referente ao mês de agosto/2005, por constatar que o valor reclamado de R\$ 1.349,25, lançado na GIA-ST relativo ao período de 08/2005 como crédito de período anterior, refere-se a ICMS de devoluções de mercadorias ocorridas em 03/2005. Assim, reduzem o débito exigido para R\$ 1.137,65, consoante demonstrativo à fl. 253 dos autos, do que concordo com tais exclusões.

Quanto às demais notas fiscais, independentemente das alegações do autuado, verifica-se que os valores consignados nos documentos fiscais como “VALOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO”, retidos pelo autuado na qualidade se sujeito passivo por substituição, não foram recolhidos em todo ou em parte, sendo corretamente objeto desta exigência fiscal, pois, uma vez retido o imposto a terceiros para repasse ao erário estadual, não caberia ao substituto tributário refazer suas contas ou reajustar suas operações, por não ser o titular do direito do crédito e sim o Estado da Bahia. No caso de constatada a retenção a maior ou indevida, mesmo assim, caberia ao substituto tributário o recolhimento do ICMS-ST e ao substituído solicitar a restituição do indébito fiscal, junto à SEFAZ.

Sendo assim, considero a infração 1 parcialmente procedente no valor de R\$ 1.137,65, conforme demonstrado à fl. 253 do PAF, após exclusão dos valores relativos aos meses de junho e agosto/2005.

No tocante à segunda infração, por ter o autuado deixado de fazer a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$ 1.042,30, relativo às Notas Fiscais de nºs 52359 (fl. 36) e 74587, o sujeito passivo comprovou o recolhimento do ICMS-ST relativo à Nota Fiscal de nº 74587, conforme documentos às fls. 220 a 224 dos autos, fato reconhecido pelos próprios autuantes.

Assim, remanesce o valor de R\$ 259,34, relativo ao mês de dezembro/2002, sendo procedente em parte a infração.

Por fim, inerente à terceira infração, por ter o contribuinte realizado a retenção a menor do ICMS-ST, no valor de R\$ 1.083,36, relativo às Notas Fiscais de nºs 47156, 48018, 51176, 51444, 68768, 70054, 70282, 70435, 71960, 72393 e 73083, conforme demonstrado à fl. 9 dos autos, os autuantes reconhecem como correto o recolhimento efetuado, relativo às Notas Fiscais de nºs 47156 e 48018, e apresentam novo demonstrativo, à fl. 239 dos autos, com o valor remanescente para a infração 03 de R\$ 874,51, não tendo o autuado apresentado qualquer impugnação ao valor levantado, às fls. 242 a 246 dos autos, do que se supõe ter acatado tacitamente o valor remanescente apurado. Assim, procede em parte a infração 3, no valor de R\$ 874,51, conforme demonstrado à fl. 239 dos autos.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 2.271,50.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279694.1105/06-7, lavrado contra **KEIKO DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.271,50**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.133,85 e 150% sobre R\$1.137,65, previstas, à época, no art. 42, incisos II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de janeiro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR