

A. I. Nº - 124157.1134/12-8
AUTUADO - AGASSETE COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 27.09.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0199-02/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A legislação atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Negado o pedido de diligência. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/10/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$17.803,05 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de retenção do imposto e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado, folhas 31 a 47, mediante advogado habilitado nos autos impugnou o lançamento tributário arguindo nulidade da autuação entendendo que o Demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Aduz que, conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo, portanto observar os seguintes requisitos: a. Nome e qualificação do autuado; b. O local, a data e a hora da lavratura do auto; c. A descrição clara e precisa do fato; d. A descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária; e. A exigência a ser cumprida; f. A intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal; g. A assinatura do autuante e do autuado, quando possível; h. A indicação da repartição aonde correrá o processo.

Diz que o cumprimento dos requisitos acima tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa. Ante esta falha, originou a apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais, pois denota que o autuante auferiu valores aleatórios.

Acrescenta que além dos erros citados acima, no tocante a indevida lavratura do Auto de Infração, verifica-se que o autuante não observou a existência de que o material adquirido pela empresa Magazine Luíza, que é papel personalizado para insumos, ou seja, para seu próprio uso de expediente normal da empresa, e não para revenda, não podendo ser imposto nenhuma tributação neste sentido. Assim, verifica que esta irregularidade por si só eiva de nulidade os autos de infração lavrados, pois desobedece ao Art. 142 do CTN, o qual transcreve.

Aduz que a igualdade constitucional que previsional a plena defesa, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as notificações aqui objeto, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, cerceando a plena defesa, citando jurisprudência sobre o tema.

Além da nulidade acima mencionada, salienta que outra nulidade, pois as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

Em vista dos fatos acima alocados, entende que se torna primordial a declaração de nulidade dos autos de infração e consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais. Se assim não entendido, permite-se a notificada requerer as diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

Ao tratar do mérito, aduz que é empresa constituída no Estado de São Paulo há vários anos, tendo destaque nacional na comercialização de produtos para consumidor final.

Entende que as notificações não têm esteio tributário e ainda, que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Aduz que a exigibilidade do tributo enfocado pela notificação restará suspensa visto o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo Art. 151 do CTN, este ainda em vigor.

Assegura que são várias as agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta. Ademais, habitualmente as leis são confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói nosso País. Tal fato pode ser observado no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresa nacionais, no tocante a importação e consequente sujeição à tributação do não menos confuso ICMS.

Salienta que ao proceder a comercialização de produtos, a empresa é obrigada a recolher a alíquota de ICMS sobre o valor da mercadoria, por antecipação tributária do regime de Pequena Empresa do Simples Nacional, para depois creditar-se deste valor em seus livros fiscais. Ou seja, a Receita Estadual neste caso pode ser comparada as grandes instituições financeiras, que "trabalham" com o dinheiro dos correntistas, pois o ICMS sobre a importação é cobrado da empresa antecipadamente, ou seja, na entrada do produto no país, momento no qual a Receita utiliza-se do montante arrecadado.

Ressalta que o valor alocado pelas notificações e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor. As multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a notificada, o qual não consta nos autos de infração. Assim os autos de infração esbarram na inexistência de liame legislado entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo essa ausência de liame restar declarada judicialmente, transcrevendo o artigo 630 do Decreto nº 33.118 de 14 de março de 1991, citando doutrina sobre o tema.

Frisa que a onerosidade atribuída ao débito é facilmente verificada quando da análise das planilhas aqui anexadas, nas quais o tributo devido pela notificada foi corrigido de acordo com os índices preconizados em lei, somando-se ao total corrigido com juros, as multas pela infração, expurgando assim a capitalização e a cascata financeira.

Destaca que: *Afinal, o sistema tributário, apesar do gigantismo, ineficiência e inoperância do Estado, não pode penalizar o contribuinte por tal, restando infratora do Direito as penalidades intentadas, seja multa, seja juros extremamente onerosos e contrários aos critérios legais.*

Argumenta que Leis por Leis, já tivemos o Código de Hamurabi, que ordenava a morte dos nascidos monstruosos e da decapitação dos Eunucos, a Lei da Derrama, esta fiscal e arrecadatária

e que, ao final, provocou o grito de Independência ou Morte, e no Brasil, a retenção dos cruzados, para diminuir a inflação, o Finsocial e a que permitiu a renovação da casa da DINDA. Assim, a penalidade da multa, se mantida a notificação, o que, vistas as provas anexadas, entendemos não viável, precisa e deve ser reduzida aos parâmetros legais e convencionais, transcreve o Art. 96 do CTN.

Reitera que a venda especificamente deste produto foi feita para consumidor final, haja vista que os produtos adquiridos na Autora pela empresa Magazine Luiza S/A, são papeis "COM TARJA AZUL E PRATA" específicos para uso de consumo pela referida empresa que é do especificamente do "RAMO DE VENDA DE ELETRODOMESTICOS", portanto este material é exclusivo para o seu próprio usos como material de expediente e de rotina da empresa destinatária para seu "ativo permanente", e não para revenda; é certo que a Autora, ao emitir a referida Nota Fiscal, já recolheu de forma antecipada o valor do imposto de IPI no valor de R\$3.057,26, bem como o ICMS devido no valor de R\$4.280,16, descritos no corpo da mencionada NF, no campo cálculo do imposto, transcrevendo o § 2º, Inciso IV do artigo 1º do RICMS/BA.

Salienta que por outro lado, a própria norma regulamentar ao tratar da não aplicação da diferença de alíquota, traz no bojo do seu artigo 7º, entre outras, a seguinte hipótese:

"artigo 7º - Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

I - nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas."

Argumenta que face aos termos acima, podemos concluir que, no caso em questão, não poderá haver a cobrança da diferença de alíquota, assim na situação em foco, o papel adquirido, é considerado para uso de consumidor final ou de insumo próprio, e não se trata de material para revenda a outro consumidor. Portanto, desde já, comprova-se a ilegalidade do presente lançamento tributário, uma vez que a lei aplicável ao presente caso é a lei vigente a época da ocorrência do fato impositivo, conforme o disposto no artigo 144 do Código Tributário Nacional.

Aduz que o artigo 150, inciso III, letra "a", do Texto Constitucional, ao dispor sobre o princípio da irretroatividade da lei tributária, assim disciplina:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado"

Diz que o princípio da irretroatividade da lei determina que a lei que institui ou aumenta tributos somente poderá atingir fatos impositivos ocorridos posteriormente ao início de sua vigência. Desde já se constata a nulidade do lançamento tributário ora questionado, tendo em vista a violação do princípio da irretroatividade da lei tributária, uma vez que a autoridade administrativa esta pretendendo a cobrança do ICMS com a aplicação da alíquota disciplinada em lei posterior a ocorrência do fato impositivo. Por outro lado, o artigo 144 do Código Tributário Nacional é expresso em determinar: "Art. 144. O lançamento reporta-se a data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada", citando doutrina sobre o tema.

Destaca que o art. 170 do C.T.N. estipula em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública, sendo que para o reconhecimento do direito líquido e certo, a sentença não é suficiente, devendo ainda ser feito o reconhecimento do crédito por ato administrativo. Posteriormente foi editada a lei 8383/91, que em seu art. 66, estabeleceu que "Nos casos de pagamento indevido, ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor

no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes." Essa norma não se refere à compensação como forma de extinção imediata de crédito tributário, e sim, autoriza a compensação de valores pagos indevidamente, com valores objetos de obrigações tributárias. Dirige-se ao contribuinte, a quem autoriza expressa e claramente a utilização dos valores pagos indevidamente, para compensação com tributo da mesma espécie, relativo a período subseqüente, sendo ainda, usado no âmbito do lançamento por homologação, independente de autorização de quem quer que seja, citando jurisprudência sobre o tema.

Conclui que face ao exposto, por fim reitera o pedido para que seja abatido do valor devido do ICMS deste auto de infração, com o valor que já foi devidamente recolhido e pago aos cofres da SEFAZ no mesmo período.

Reitera que não vulnerou a empresa quaisquer normas da legislação estadual, muito menos cometeu ato irregular, para sujeitar às cominações que se lhe venha impingir a notificação Fiscal em referência. Toda ação fiscal há de ser instaurada em consonância com os princípios da moralidade, legalidade e eficiência, que devem reger os atos da administração pública direta, indireta e fundacional, nos termos estabelecidos no caput do artigo 37 do Pacto Fundamental, respeitando os direitos individuais, toda matéria tributária traçada pela Constituição do País.

O lançamento que ora se hostiliza, quer impor apenamento indevido. Neste caso, dúvida não existe quanto à inexistência de prática ilícita.

Ao final, requer que;

"Seja regularmente distribuída e conhecida a presente DEFESA ESCRITA, sendo processada pelo órgão competente, e após,

Seja, face a nulidade das notificações pelos motivos acima desfilados, declarada a NULIDADE das notificações objeto, destinando-a ao arquivo administrativo suportando, posteriormente, o notificante, os custos havidos pela notificada na produção da presente defesa escrita, ou ainda,

Se assim não entendido,

Seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante ao material vendido pelo Autuado ao Magazine Luíza, para uso de consumo, comprovando as alegações de erro na quando da lavratura do auto, aqui alocadas, e ainda,

Seja adentrado no mérito da presente defesa, constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se a aqui notificada de todo o andamento do processo administrativo para. Regular exercício da ampla defesa.

Assim colocada a questão e, em síntese, considerando:

a) a imprevalência do Auto de Infração na forma pretendida na fundamentação desta defesa, por inócua e inprobatória a ilicitude indicada na autuação sob hostilidade;

b) a indevida instauração da ação fiscal, posto que os referidos impostos já foram efetivamente pagos. Restando apenas diferença a pagar.

Seja deferido o benefício do abatimento do valor da multa, tendo em vista o reconhecimento de alguns itens descritos na fundamentação acima, para pagamento após o trânsito em julgado deste processo."

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 59 a 63, aduz que o autuado realizou compra de produtos tributados pelo ICMS elencados na Substituição Tributária sob o manto do Protocolo ICMS 109/09, tendo como origem o Estado de São Paulo, que é signatário do mencionado protocolo, deixou de efetuar o lançamento e o consequente recolhimento do imposto relativo ao DANFE nº 008.566, destinados a contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Transcreve o art. 10, §§3º e 4º, art. 32 e art. 42, incisos II, alínea "e", todos da Lei nº 7.014/96, além das Cláusulas primeira, terceira e quarta, do Protocolo ICMS 109/09 e o art. 332, inciso III, alínea "a" do RICMS/12.

Na sua conclusão aduz que ficou demonstrado que o autuado descumpriu exigências contidas na legislação ao deixar de efetuar o lançamento e o consequente recolhimento do ICMS devido por Substituição Tributária.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência da falta de pagamento do imposto referente à antecipação tributária das mercadorias (artigos de papelaria), constantes no DANFE nº 000.008.566, de 05/10/2012. Mercadorias procedentes do Estado da São Paulo, signatário do Protocolo ICMS 109/2009, e o remetente não efetuou a retenção nem o respectivo pagamento espontâneo do ICMS.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. De igual modo, aponta claramente o nome e qualificação do autuado; o local, a data e a hora da lavratura; descrição clara e precisa do fato; a descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária; a exigência a ser cumprida; a intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal; a assinatura do autuante; a intimação do autuado e a indicação da repartição aonde correrá o processo.

No tocante a alegação de que o produto objeto da autuação seria material de uso e consumo do estabelecimento destinatário, cabe salientar que não se trata de questão de nulidade e sim de mérito da autuação, a qual será analisada no momento certo neste voto.

No tocante a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obervo que estão previstos na legislação tributária estadual, mas especificamente no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no Art. 102, da Lei Estadual nº 3.956/81, Código Tributário do Estado da Bahia, e suas alterações posteriores.

Logo, entendo que não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Superadas as questões preliminares, no mérito, observo que o Protocolo ICMS 109/2009, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com artigos de papelaria, prevê na sua Cláusula primeira que fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, 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 relativo às operações subsequentes.

No mesmo sentido, de acordo com a cláusula do referido Protocolo ICMS 109/2009, acima mencionada, o autuado deveria efetuar a retenção do imposto nas operações interestaduais, mas o defendente não apresentou qualquer comprovação capaz de elidir a autuação fiscal, sendo devido

o imposto apurado, tendo em vista a previsão contida na cláusula primeira do mencionado Protocolo.

Observo que a ação fiscal foi realizada no Posto Fiscal, portanto, na fiscalização de trânsito de mercadorias, sendo dado conhecimento ao detentor das mercadorias em situação irregular, sem que tenha apresentado o comprovante de recolhimento do imposto devido.

Cabe registrar que a nota fiscal foi emitida como mercadoria para revenda, tendo inclusive destacado a alíquota de 7%. Caso fosse para consumidor final a alíquota interna do estado de origem. Por outro lado, a defesa não apresentou nenhuma prova de sua alegação de que se trata de material para uso e consumo do estabelecimento autuado.

Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Em relação ao pedido do autuado para abater o crédito fiscal, devo ressaltar que o autuante já considerou os valores do imposto destacados nos documentos fiscais, conforme demonstrativo da base de cálculo acostado à folha 09 dos autos.

Face ao exposto, entendo que está comprovado o cometimento da infração apontada, sendo devido o imposto exigido no presente lançamento, considerando as regras estabelecidas no Protocolo ICMS 109/2009, atribuindo ao remetente a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, para fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Quanto ao pedido de isenção da multa e dos acréscimos moratórios, também não acato por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 124157.1134/12-8, lavrado contra **AGASSETTE COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.803,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR