

A. I. N° - 281066.0003/13-8
AUTUADO - PST ELETRÔNICA LTDA.
AUTUANTES - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LÚCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 13/12/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0313-03/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Prova de recolhimento de parte do imposto e ajustes realizados pelas autuantes na informação fiscal, reduzem o valor da exigência fiscal. Infração parcialmente subsistente. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RETIDO. Contribuinte não contesta a acusação fiscal. Infração caracterizada. Não acatado pedido de redução da multa. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 18/03/2013, exige crédito tributário no valor de R\$24.718,27 em razão das seguintes irregularidades:

1. deixou de proceder a retenção do ICMS e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no estado da Bahia, referente a retenção nas vendas de produtos previstos no Protocolo 41/08, nos meses de maio e setembro de 2008, novembro de 2009, novembro de 2010, maio, junho, agosto, outubro a dezembro de 2011, no valor de R\$24.438,48 acrescido da multa de 60%;
2. deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no estado da Bahia, referente a nota fiscal 114.951 em maio de 2008, no valor de R\$279,79, acrescido da multa de 150%.

O Autuado ingressa com defesa fls.36/61. Registra a tempestividade da impugnação. Esclarece que é sociedade industrial incentivada, sediada na Zona Franca de Manaus, que se dedica a fabricação de equipamentos para sinalização e alarme. No desenvolvimento de suas atividades a empresa realiza a venda de tais equipamentos para diversos estados da Federação, dentro os quais, se inclui o estado da Bahia.

Sobre o auto de infração reproduz as irregularidades que lhe foram imputadas, com a tipificação legal e a multa aplicada.

Afirma que o entendimento da fiscalização fazendária do estado da Bahia, não se coaduna com a ordem jurídica vigente, não restando outra opção senão a de impugnar o presente Auto, para que seja totalmente cancelada a cobrança incorretamente aplicada.

Diz que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Menciona que no processo administrativo, para que o sujeito passivo possa efetivamente exercer o seu direito ao contraditório e a ampla defesa, é indispensável que o Auto de Infração descreva

de forma clara e precisa a origem e a natureza do crédito tributário; o valor relativo a cada mês ou período e o dispositivo legal em que se fundamenta a autuação.

Nesse sentido transcreve o art. 39 do RPAF/99, o art. 142 do CTN e doutrina de Leandro Paulsen, para afirmar que o auto de infração, ora impugnado, é nulo de pleno direito, uma vez que a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias não se apresentou de forma clara, precisa e sucinta, bem como não se verifica na intimação para pagamento ou impugnação administrativa a indicação das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida.

Reproduz o art. 18 e 39 do RPAF/99, para afirmar que está impossibilitada de exercer, de forma plena, o seu direito ao contraditório e a ampla defesa, pois em seu entendimento, o que se verifica é que o Auto de Infração apresenta carência de informações que são obrigatórias para validade e eficácia do mesmo, conforme legislação vigente.

Menciona que tal vício é que torna prejudicada a discussão acerca de seus fundamentos, evidenciando-se a nulidade de pleno direito da Autuação, posto que desprovida de requisito essencial para a validade das decisões administrativas. Aduz que não pode subsistir a autuação do modo como consubstanciada, pois o lançamento impugnado padece de irregularidade formal, haja vista não possuir os elementos necessários a possibilitar a defesa da Impugnante.

Quanto ao mérito, afirma que foi autuada pela suposta não-retenção e não-recolhimento de ICMS-Substituição no período compreendido nos anos de 2008 a 2011, nos termos do Protocolo 41/08.

Explica que a adoção do Regime de Substituição Tributária em operações interestaduais dependerá de Acordo específico celebrado pelos Estados interessados e que o contribuinte substituto, para cálculo e recolhimento do ICMS da Substituição Tributária, observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria, no caso em comento, do estado da Bahia.

Observa que com fundamento na Cláusula Primeira do Protocolo 41/08, tem-se que, nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste Protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, 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.

Salienta que dentre as várias orientações que estão contidas no referido Protocolo, está exposto nas cláusulas sexta e sétima que a vigência se dará a partir da data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir de 1º de maio de 2008, exceto em relação ao parágrafo único da cláusula sexta, que produzirá efeitos a partir de 1º de junho de 2008. Reproduz as cláusulas mencionadas.

Aponta que tanto é verdade, que o próprio Decreto Estadual da Bahia de nº 11.039 de 05/05/2008, define o início da vigência do Protocolo ICMS 41/08 em relação às operações interestaduais que destinem peças, componentes e acessórios a contribuintes localizados no estado da Bahia.

Assevera que em total desrespeito aos acordos firmados entre as unidades da Federação, o Estado da Bahia, deixando de observar o início da vigência dos efeitos do Protocolo ICMS 41/08, foi autuado em relação a fatos geradores ocorridos em 31/05/2008, data anterior a vigência do Protocolo, conforme se observa no Demonstrativo das Infrações supostamente cometidas. Elabora planilha com as notas fiscais que mostram tal ocorrência.

Diz que o próprio artigo 125 e 352 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia /1997 dispõe que o pagamento antecipado do imposto, a ser efetuado pelo contribuinte ou pelo responsável, será exigido antes da saída de mercadoria efetuada por contribuinte não inscrito, ou seja, mesmo a fiscalização da Bahia, sabendo que a data da ocorrência do fato gerador, qual seja, 31/05/2008,

conforme consta no próprio Auto de Infração e nas notas fiscais é anterior a vigência do Protocolo 41/08, deu um tratamento tributário diferenciado, desigual e totalmente incompatível com o que a citada legislação pretendia alcançar.

Transcreve decisões do CONSEF julgando infrações insubstinentes, que em seu entendimento guardam semelhança com a presente questão.

Conceitua a Substituição Tributária e o momento de sua ocorrência. Aduz que o artigo 40 do Regulamento do ICMS/97 dispõe que são sujeitos passivos por substituição, as pessoas que se enquadram nas situações do inciso II, que reproduz. Define contribuinte consoante o inciso I, parágrafo único, do artigo 121 do CTN, como sendo aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador e que realiza, com habitualidade ou em volume que caracteriza intuito comercial, operações e prestações sujeitas ao ICMS, conforme previsto no artigo 4º da Lei Complementar nº 87/1996.

Informa que não basta a inscrição no cadastro de contribuinte do Estado de destino das mercadorias, para caracterizar a condição de contribuinte do estabelecimento destinatário. Diz que a inscrição é elemento que exterioriza ou formaliza a condição de contribuinte, mas não necessariamente significa que a pessoa inscrita seja contribuinte do imposto, uma vez que este somente existirá juridicamente se praticar aquelas situações definidas como fato gerador do ICMS.

Aduz que quando o cliente não é contribuinte do ICMS, seja pessoa física ou jurídica, não cabe a aplicação da substituição tributária pelo simples fato de não haver operação subsequente. Embora este entendimento não esteja expressamente previsto na legislação baiana, ele vai ao encontro do § 7º, do art. 150, da Constituição Federal, que transcreve.

Diz ser justamente a situação da Impugnante, pois as vendas realizadas nos meses de novembro/2009, setembro/2010, maio, junho, agosto e dezembro/2011, o foram para pessoa física não contribuinte do ICMS, conforme se observa nas notas fiscais que relaciona.

Observa que novamente a fiscalização equivocou-se ao exigir o ICMS - Substituição Tributária nestas operações de vendas realizadas para pessoa física residente no Estado da Bahia, tendo em vista que não cabe a aplicação da substituição tributária pelo simples fato de não haver operação subsequente. Lembra que a própria Cláusula Primeira do Protocolo 41/08, legislação utilizada pela Autuante, dispõe que as operações devem ser realizadas entre contribuintes e, nesse sentido, como as pessoas físicas destinatárias são consumidores finais da mercadoria e, portanto, não contribuintes do ICMS, não há que se falar em cobrança deste imposto. Menciona ser este o entendimento do Conselho de Fazenda da Bahia (CONSEF) nos termos de julgado Acórdão JJF Nº 0368-04/10 que transcreve.

Ressalta ter utilizado corretamente a alíquota interna do ICMS vigente no Estado do Amazonas, para as vendas destinadas a consumidor final, qual seja 17% (dezessete por cento), referente à unidade da Federação onde se localiza, recolhendo-a integralmente, conforme se observa nas notas fiscais que anexa.

Informa que quanto aos demais itens elencados no Auto de Infração, quais sejam, outubro, novembro e dezembro/2011, efetuou corretamente o recolhimento do ICMS-Substituição Tributária, nos termos da legislação, conforme comprovantes de pagamento (Guia Nacional de Recolhimento de Tributos – GNRE) em anexo.

Quanto as notas fiscais nº 127413 e nº 75609, diz que por erro de lançamento do CFOP, o qual deveria constar 6401 e não 6101, o ICMS- Substituição Tributária deixou de ser recolhido, em virtude de erro na parametrização do sistema. No entanto, após corrigir o erro de CFOP, providenciou o recolhimento do ICMS-ST, conforme faz prova os comprovantes dos recolhimentos devidamente efetuados (Doc. 10 e 11).

Frisa que ainda que não fossem acatados os argumentos formulados, o que se admite apenas para efeitos de argumentação, deve-se reconhecer o caráter confiscatório das multas aplicadas, isto porque as multas de 60% e 150%, respectivamente, sobre o valor do imposto, ferem não só o princípio constitucional da vedação ao confisco, previsto no artigo 150, IV, como também os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Sobre a matéria transcreve jurisprudência e doutrina.

Conclui que apesar de a multa ter a finalidade de desestimular as condutas infracionais, ela não pode ser fixada em patamares que, além de violarem a ordem jurídica vigente, acabam atingindo o direito de propriedade do contribuinte.

Finalmente requer: (i) seja acolhida a Impugnação em seu caráter suspensivo; (ii) sejam julgados totalmente improcedentes os termos do Auto de Infração; (ii) seja permitido provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, inclusive através de prova pericial e documental.

As Autuantes em informação fiscal fls.165/169, inicialmente reproduzem as infrações imputadas ao autuado e sintetizam as alegações defensivas.

Dizem que os trabalhos de fiscalização recaíram sobre a verificação da ocorrência de pagamento do ICMS-ST retido nas notas fiscais e incidentes sobre operações com mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária e que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente onde se fundamenta a autuação.

Quanto à alegação de que o Auto de Infração não possui os elementos necessários à defesa do contribuinte, entendem que houve um equívoco por parte do autuado já que às fls.11/19 discriminaram inclusive por nota fiscal, os valores cobrados no lançamento fiscal. Informam ainda, que às fls. 02 a 04, o Auto de Infração discrimina as infrações com a data de ocorrência do fato gerador, a determinação da mercadoria tributada e seu enquadramento legal e o cálculo do montante devido. Quanto ao pagamento com as reduções das multas estão informadas na fl.04.

Dizem que todas as informações necessárias à defesa estão constantes no Auto de Infração, tanto que o impugnante apresenta defesa a cada item da exigência fiscal.

Quanto à alegação de que não se respeitou a previsão de vigência prevista no Protocolo nº 41/08 para cobrança da substituição tributária a partir de 1º de junho de 2008, acatam a impugnação do contribuinte e diminuem o valor de R\$17.522,41 do Auto de Infração referente a maio/2008.

Sobre a alegação de que as notas fiscais de nº 6166, 32.961, 54.744, 54745, 59025, 59259, 64094, 64368, 69868, 69869, 70991, 71073 e 75635 foram destinadas a consumidor final, esclarecem que de fato, nas notas fiscais não constam CNPJ e sim CPF. Contudo, pela assiduidade das compras e quantidade das mercadorias adquiridas, fica evidenciado tratar-se de mercadorias que serão sujeitas a venda posterior, o que caracteriza os adquirentes como contribuintes do ICMS. Mencionam que a legislação específica, Lei 7.014/96, em seu artigo 5º, conceitua contribuinte nesse sentido, portanto não acatam essa alegação e ratificam os valores cobrados.

Acatam a alegação do autuado de que realizou a retenção e o recolhimento das notas fiscais de nº 71605, 71975, 93633 e 75903, reduzindo o Auto de Infração em R\$ 3.574,42.

Informam ainda, que sobre o recolhimento do valor cobrado em setembro de 2008, como ICMS-ST não retido, sem o valor da multa correspondente, entendem que a autuação está correta já que o contribuinte havia tomado conhecimento do Auto de Infração.

No que tange às multas, a alegação da autuada de que as mesmas não podem exceder os justos limites, pois, 60% e 150% são exageradas, frisam que não lhes cabe discutir Leis e sim cumpri-las na íntegra, com lisura e competência, de forma que de sua aplicação resulte uma ação fiscal acurada e criteriosa e isso afirmam que foi feito e está comprovado no presente PAF.

Concluem dizendo ter convicção que a Lei é para todos, não cabendo nenhuma deferência a esse ou aquele contribuinte do ICMS, e que as obrigações com o recolhimento do referido imposto são de caráter principal, portanto, qualquer contribuinte legalmente obrigado à retenção, há que se submeter ao RICMS/BA e cumprir o que neste se rege, sabendo que do seu descumprimento resulta uma sanção.

Ratificam a autuação realizada na forma regulamentar, acatam as alegações do contribuinte que foram devidamente comprovadas e anexam novo demonstrativo ao Auto de Infração que reduz o valor originalmente cobrado. Opinam pela procedência parcial da autuação.

Ao tomar ciência da informação fiscal, fls. 174/175, o autuado volta a se manifestar fls. 177/182. Diz que sua intervenção é tempestiva. Reproduz os itens da autuação, o enquadramento legal e a multa aplicada. Resume os termos da informação fiscal.

Afirma que face às considerações trazidas pelas Autuantes, manifesta sua concordância com aqueles argumentos, sobre não terem acatado a alegação referente às notas fiscais relacionadas a adquirente pessoa física. Afirma concordar que após decisão do CONSEF, seja intimada a recolher os débitos referentes a estas operações.

Sobre as notas fiscais nº 127413 e 75609, nos valores de R\$49,21 e R\$ 997,94 (Doc. 10/11), sejam reconhecidos por este Conselho de Fazenda, os quais apenas não foram pagos com o acréscimo da multa de 60%, porque o site que emite a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE – não calcula valor de multa, mas tão somente de juros, conforme comprovantes anexados.

Finaliza requerendo que (a) seja acolhida a presente manifestação em seu caráter suspensivo; (b) que os pagamentos retidos e recolhidos sejam reconhecidos por este Conselho de Fazenda, bem como os valores das multas remanescentes sejam processados para que a Autuada os recolha em tempo hábil; (c) que seja permitido provar o acima alegado por todos os meios em direito admitidos, inclusive através de prova pericial e documental.

As autuantes produzem nova informação fiscal, fls.200/202, afirmando que a Autuada em sua manifestação concordou com a cobrança referente aos adquirentes pessoas física e requer sejam reconhecidos os valores pagos após a lavratura do auto de infração sem o acréscimo das multas.

Dizem que analisando a nova alegação apresentada a respeito de pagamentos realizados, voltam a afirmar que os pagamentos nos valores de R\$49,21 e R\$997,94 foram intempestivos e sem os valores das multas, não podendo ser acatada, visto que o contribuinte já havia tomado conhecimento da autuação.

Ratificam a Informação Fiscal anteriormente prestada, acatando as alegações defensivas devidamente comprovadas, o que reduz o valor originalmente lançado para R\$3.621,45. Opinam pela procedência parcial do auto de infração.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido ICMS em decorrência da falta de retenção e consequente recolhimento, infração 01 e pela falta de recolhimento do ICMS retido, infração 02, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no estado da Bahia, de produtos previstos no Protocolo 41/08.

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado sob o argumento de que a descrição dos fatos considerados infrações, não se apresentou de forma clara, precisa e sucinta, bem como não se verificou na intimação para pagamento ou impugnação administrativa, a indicação das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida, o que lhe cerceou o direito de defesa.

Observo da análise dos elementos que compõem o PAF, que o demonstrativo colacionado aos autos às fls.11/19, discriminam as notas fiscais com os respectivos valores cobrados. O Auto de Infração descreve as infrações com a data de ocorrência do fato gerador, a determinação da mercadoria tributada e seu enquadramento legal e o cálculo do montante devido, as multas aplicadas, estando claramente determinados a infração e o infrator. Ademais, o autuado entendeu perfeitamente a acusação que lhe foi imputada, visto que em sua impugnação se defendeu objetivamente de cada item da exigência fiscal, apontando inclusive, documentos constantes do levantamento fiscal que estariam com o imposto pago.

Quanto a alegação de que o lançamento de ofício não trouxe informação sobre o pagamento com a possibilidade de redução das multas, constato esses dados exibidos na fl.04.

Não acato portanto, as preliminares de nulidades arguidas pelo autuado, pois o PAF está revestido das formalidades legais e o procedimento fiscal atende as normas regulamentares, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99. No mérito, a infração 01 refere-se à falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia.

Nas razões defensivas o autuado alegou que: (i) nos termos das cláusulas sexta e sétima do Protocolo ICMS 41/08, a vigência das normas ali estabelecidas se dará a partir da data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir de 1º de maio de 2008, exceto em relação ao parágrafo único da cláusula sexta, que produzirá efeitos a partir de 1º de junho de 2008, caso que se aplicaria ao presente PAF; (ii) que do levantamento fiscal constam operações de vendas realizadas para pessoa física residente no Estado da Bahia, portanto não caberia a aplicação da substituição tributária por não haver operação subsequente; (iii) que por equívoco, erro de lançamento do CFOP, as notas fiscais nº 127413 e 75609, não tiveram o ICMS - Substituição Tributária recolhido, no entanto, após corrigir o erro de CFOP, providenciou o recolhimento do ICMS-ST, conforme documentos que anexa; (iv) que realizou a retenção e o recolhimento do imposto referente as notas fiscais de nº 71605, 71975, 93633 e 75903.

A respeito da alegação de que nos termos do Protocolo ICMS 41/08 a obrigação de realizar a retenção e recolhimento do ICMS substituição tributária, das mercadorias elencadas no Anexo Único do referido Protocolo, ocorreu a partir de 1º de junho de 2008, assiste razão ao autuado, pois a cláusula sexta do citado Protocolo, assim determina. As autuante em informação fiscal realizaram os ajustes devidos e reduziram o débito inicialmente cobrado, com a exclusão das notas fiscais com data de ocorrência até 31 de maio de 2008.

Sobre a alegação de que constaria no levantamento fiscal, operações de vendas destinadas a consumidor final, conforme acertadamente esclareceram as autuantes, a periodicidade das compras e quantidade das mercadorias adquiridas, deixou evidente tratar-se de mercadorias que seriam submetidas a vendas subsequentes, o que caracteriza os adquirentes como contribuintes do ICMS, sendo dessa forma, obrigação da autuada realizar a retenção e recolhimento do ICMS/ST.

O autuado apresentou notas fiscais que constavam do levantamento fiscal, com as respectivas guias de recolhimento do ICMS substituição tributária. As autuantes na informação fiscal ajustaram o demonstrativo de débito excluindo os referidos documentos fiscais.

Ao tomar ciência da informação fiscal, o autuado voltou a se manifestar. Concordou com os ajustes levados à efecto pelas autuantes acatando os termos ali aduzidos, entretanto, requereu seja reconhecido por este Conselho de Fazenda, o recolhimento do ICMS/ST referente as notas fiscais 127413 e 75609, as quais, apenas não foram pagos com o acréscimo da multa de 60%, porque o site que emite a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, não calcula o valor de multa, mas tão somente, de juros.

Observo que a alegação de que teria recolhido o ICMS/ST de forma intempestiva devido a problemas do sistema não pode ser acolhida, visto que o autuado já se encontrava sob ação

fiscal, sendo devido o valor da multa e acréscimo legais, pois quando realizou o recolhimento do imposto, já havia tomado conhecimento da autuação.

Acato integralmente a conclusão das Autuantes, considerando que foram acolhidos os elementos de prova trazidos aos autos pelo contribuinte, sendo refeito o demonstrativo de débito conforme fl.203, remanescendo crédito tributário no valor de R\$3.341,66.

A respeito da infração 02, constato que o autuado não contestou o mérito da acusação fiscal, limitando-se a contestar a multa aplicada que disse ser confiscatória e desproporcional. O sujeito passivo ao não se manifestar sobre a infração, acabou por reconhecer a sua subsistência, devendo ser aplicado o disposto no artigo 140 do RPAF/99. Mantido o lançamento.

Sobre a alegação defensiva de confiscação da multa de 60% e 150%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista em dispositivo legal, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 281066.0003/13-8, lavrado contra **PST ELETRÔNICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.621,45**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.341,66 e 150% sobre R\$279,79 previstas nos incisos II, alínea “e”, e V, alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR