

A. I. Nº - 298624.0003/14-0
AUTUADO - MISSIATO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
AUTUANTE - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS E JOSE MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 23.09.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0173-05/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. A recusa dos comprovantes de pagamento se deu pelo fato de que os DAES pagos estão em nome de terceiros e não em nome e inscrição do impugnante. Acatada a prova de um dos pagamentos efetuados. Infração 1 procedente em parte. **b)** IMPOSTO RETIDO A MENOS. Infração 2 reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 18/06/2014, foi efetuado lançamento de imposto no valor total de R\$51.430,73 em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1 - Deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo as operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia(energéticos IN 56/10), sendo lançado o valor de R\$49.349,69 acrescido de multa de 150%.

2 – Procedeu à retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo as operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia(energéticos IN 56/10), sendo lançado o valor de R\$2.081,04 acrescido de multa de 60%.

Às fls. 25/32, foi apresentada impugnação, oportunidade em que foi esclarecido que a empresa tem por objetivo a industrialização de aguardente de cana de-açúcar, bem como o comércio, a distribuição, representação comercial, importação e exportação de álcool e aguardente, e como se verá a seguir, o auto de infração não pode prosperar e devendo as infrações serem julgadas improcedentes.

Apresenta uma sequência de emails, trocados entre os auditores e o setor contábil da empresa, a partir de 06/06/2014, onde se coloca a ausência de recolhimentos constados na fiscalização e assim, após ter respondido o e-mail e encaminhado os documentos que justificariam as diferenças apontadas pelo Fisco, aos 10/06/2014, nada mais foi solicitado pelo Fisco.

Aduz que em 30/06/2014 tomou ciência do Auto de Infração aqui defendido, sem qualquer comunicação ou resposta dos Auditores ou menção aos documentos entregues, e em contato posterior, foi alegado que não receberam o e-mail de 10/06/2014, motivo pelo qual lavraram o referido Auto de Infração.

Diante do exposto, em preliminar, a autuada pede seja declarado insubsistente o auto de infração, tendo em vista que todos os documentos solicitados foram apresentados e como se comprovará a seguir, não existem as faltas imputadas.

No tocante ao item 1, apresenta os comprovantes dos pagamentos reclamados pelo Fisco, para demonstrar que não há falta de recolhimento de ICMS retido ou qualquer diferença neste sentido, apresentando planilha com a composição de pagamentos. Pelo que se verifica, alega que o auto é totalmente improcedente, por ter a autuada agido de acordo com a legislação vigente, e

principalmente, conforme revela os documentos anexos, ter procedido devidamente com o recolhimento do imposto que lhe cabia nos meses de janeiro de 2010 e em fevereiro de 2010.

Diante de todo o exposto, requer seja acolhida a presente defesa, com acolhimento da preliminar de insubsistência do Auto de Infração, nos termos expostos, e, se ultrapassada, requer seja julgado improcedentes os lançamentos. Na hipótese de não ser cancelado integralmente o AI ora impugnado, requer, ao menos, a redução da penalidade aplicada. Informa, por fim, que acata a infração 02, e anexa à presente, o DAE comprovando o recolhimento da mesma.

Os autuantes apresentam informação fiscal à fl. 64, e comentam inicialmente que o impugnante reconhece a infração 2 e quanto a infração 1 apresenta apenas um comprovantes de pagamento de R\$159,36 que aumentaria o recolhimento efetuado do mês de fevereiro de 2010, de R\$72.720,60 para R\$72.880,05 gerando uma diferença a cobrar menor, passando então o lançamento de R\$11.266,96 para R\$11.107,60 neste mês, e opinam pela procedência parcial do auto de infração.

VOTO

Inicialmente, constato o reconhecimento expresso por parte do impugnante, do lançamento efetuado no item 2 do auto de infração, restando tão somente em lide, o valor referente à infração 1, cuja defesa foi acatada parcialmente pelos autuantes, reduzindo a quantia lançada no mês de fevereiro de 2010, de R\$11.266,96 para R\$11.107,60.

Antes de adentrar ao julgamento de mérito, faço comentário ao fato de que embora os autuantes tenham acatado parcialmente a defesa, reduzindo a infração por conta do reconhecimento do pagamento de um único DAE, rejeitando os demais, e ainda assim, entendi não ser necessário dar vistas ao impugnante da contestação das demais provas apresentadas. Denego assim, a preliminar de insubsistência suscitada, em virtude das provas, pois é certo que os autuantes refizeram o demonstrativo ao acolher apenas um dos comprovantes de pagamento que foram apresentados.

Vejamos inicialmente, o que diz os parágrafos 7º e 8º do art. 127 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF:

§ 7º Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18.

§ 8º É dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada.

O parágrafo 8º não deixa claro se a dispensa da ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo em função de provas apresentadas ocorre quando o refazimento é total. Portanto, entendo que é correta a interpretação da possibilidade do refazimento parcial sem que seja dada ciência ao impugnante. Deve o julgador por o processo em diligência, para ciência ao autuado, quando entender que a alteração feita no auto sem o devido conhecimento pelo impugnante, venha a causar cerceamento de defesa.

Além disso, julgamentos em tribunais superiores tem acolhido a tese de que o descumprimento de formalidades processuais não ensejam nulidade, a menos que fique comprovado o cerceamento de defesa. Nestes casos, os tribunais optaram pela prevalência do princípio do informalismo nos processos administrativos, que combinado com a ausência de demonstração de prejuízo ao impugnante, negou-se a anulação do processo por falta de uma intimação ou ciência formal da parte.

TJ-PR - 8859283 PR 885928-3 (Acórdão) (TJ-PR)

Data de publicação: 19/06/2012

Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DECISÕES EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. DECISÃO ADMINISTRATIVA MOTIVADA. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA

DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PRINCÍPIO DO INFORMALISMO QUE REGE OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.. RECURSO DESPROVIDO. O processo administrativo goza do princípio do informalismo, o qual dispensa procedimento rígido ou rito específico. Eventual nulidade no processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, em observância ao princípio pas de nullité sans grief, hipótese não demonstrada na exordial.

RECURSO ESPECIAL Nº 761.057 - SP (2005/0102479-6)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

RECORRENTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO. DESNECESSIDADE. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. No caso, o acórdão recorrido emitiu juízo acerca das questões que eram necessárias ao deslinde da controvérsia, de modo que a alegação de omissão do acórdão recorrido reflete mero inconformismo com os termos da decisão. Não há, por essa razão, qualquer vício no acórdão recorrido que determine a sua nulidade. Não acarreta nulidade do processo administrativo fiscal a não intimação da parte, pois não houve prejuízo à recorrida. Não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. A nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte já por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Daí falar-se do princípio da informalidade do processo administrativo.

Assim, feitas estas considerações, passo ao julgamento do auto de infração, que como ficará demonstrado adiante, a ciência ao autuante, acerca da pequena alteração procedida pelos autuantes, em nada afetará o juízo de valor atribuído aos fatos trazidos ao processo.

O acatamento de um comprovante de pagamento, e a recusa dos demais, se deu pelo fato de que os DAES pagos estão em nome de terceiros e não em nome e inscrição do impugnante, a exemplo da fl. 34 em que o DAE se encontra no nome da pessoa jurídica DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS ANDRADA, I.E 79.197.886, sendo acatado apenas o pagamento efetuado em nome do impugnante.

No entanto, a relação dos DAES pagos à fl. 30, demonstra que há uma coincidência do somatório dos valores, que alcança exatamente o montante dos lançamentos em janeiro e fevereiro de 2010. Neste caso, fica a suspeita de que o impugnante recolheu o imposto devido em nome do cliente destinatário, e não em nome próprio, havendo comprovação de boa fé, quanto à intenção de pagar o tributo.

No entanto, tal erro não elide a infração, razão porque seria inútil dar ciência ao autuante da informação fiscal, para que ele eventualmente trouxesse a comprovação de que pagou o imposto em nome de terceiros. É que, sendo o impugnante, o sujeito passivo da relação tributária, o contribuinte substituto não pode se valer de comprovantes de pagamento efetuados pelos contribuintes substituídos, ainda que provado que decorreu das operações efetuadas entre eles.

Isto porque, pelo princípio da segurança jurídica, não pode a administração pública considerar adimplido o pagamento de um imposto efetuado por alguém sem a obrigação de fazê-lo, sob pena de submeter a fazenda pública ao risco de repetição do indébito. Tal posicionamento já foi inclusive adotada pela segunda instância deste Conselho, conforme excerto da ementa abaixo:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0119-11/14

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE CONTRATADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. As relações jurídico-tributárias submetem-se ao princípio da estrita legalidade e não a margem para que o exegeta, e, ainda, o julgador na formação da norma individual e concreta, venha alargar os limites legalmente delineados, "in casu", que o ICMS nessas prestações de transporte iniciada neste Estado deve recair a exação sobre o tomador do serviço e não sobre o prestador. A obrigação tributária por substituição prevista nos artigos 380 a 382 do RICMS/BA-97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, é norma cogente, cujos efeitos não podem ser flexibilizados por pactos privados. Mantida a exigência do ICMS no montante quantificado na revisão fiscal

aludida nas prestações iniciadas em outras unidades federativas e que, por engano, foram incluídas no cálculo do imposto devido a este Estado.

Neste caso julgado, ocorreu o pagamento do imposto feito por transportadoras(contribuinte substituído) em operações cuja obrigação de pagar era do tomador do serviço(contribuinte substituto), situação similar ao presente julgamento. Importante ainda, trazer parte do voto, da Conselheira Relatora, Dra. Alessandra Brandão Barbosa, que assim justificou a decisão de mérito, inclusive quanto à alegação da defesa quanto à duplicidade do pagamento, em caso de ser mantido o lançamento:

Nesse contexto, devo discordar ainda do entendimento de que haveria cobrança em duplicidade, e o consequente enriquecimento ilícito. Justifico. É que os recolhimentos do ICMS efetuados pelas prestadoras do serviço não podem aproveitar ao credor, o sujeito ativo da relação tributária, por serem ilegítimos na medida em que falta às tomadoras a capacidade passiva, sendo clarividente o texto legal que impõe o pagamento ao tomador, contribuinte substituto, tanto que no voto vencido determinou-se a exclusão das prestações iniciadas no Piauí e não na Bahia.

Concluir-se diversamente seria temerário, na medida em que como falta a capacidade passiva em lei prevista, quem recolheu o ICMS indevidamente pode vir a postular a restituição correspondente, situação que poria em risco a segurança jurídica do credor.

Entendo que a única forma de garantir a segurança jurídica do recolhimento, reside na possibilidade das empresas em nome do qual foram efetuados os pagamentos, vir eventualmente pedir correção da inscrição no DAE, para o nome do contribuinte substituto aqui em lide, por meio do devido processo administrativo junto à Inspetoria Fiscal de origem, comprovando-se que esta alteração do documento de pagamento foi deferida pela Administração, de forma a inviabilizar qualquer mecanismo de restituição. Assim, fica a infração 1 reduzida aos seguintes valores:

INFRAÇÃO 1

data ocorr.	data vencido	valor
31/01/2010	09/02/2010	38.082,73
28/02/2010	09/03/2010	11.107,60
TOTAL		49.190,33

Infração 1 procedente em parte.

Quanto ao pedido de redução da penalidade aplicada, por se tratar de descumprimento da obrigação principal, esta junta não tem competência para julgar tal pedido, devendo tal pleito ser encaminhado à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF.

Face ao exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do auto de infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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 **298624.0003/14-0** lavrado contra **MISSIATO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$51.271,37**, acrescido da multa de 150% sobre R\$49.190,33 e de 60% sobre R\$2.081,04, previstas respectivamente nos incisos V, “a” e II, “a” do art. 42 da Lei 7.014/96, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2014

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR