

PROCESSO - A. I. Nº 207349.0005/13-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ALIANÇA METALÚRGICA S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0167-05/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/03/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0016-12/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO NÃO INSCRITO NO CADASTRO DO ICMS/BA, LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDAS PARA CONTRIBUINTE DO ESTADO DA BAHIA. PROTOCOLO ICMS 104/2009. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. O sujeito passivo pagou o imposto. Entretanto, por equívoco, destacou nas guias os nomes e dados dos destinatários. Correta a Decisão recorrida, inclusive no sentido de que os autos sejam encaminhados à GEARC/DAT, para que as guias nacionais de recolhimento de tributos estaduais sejam alteradas nos campos próprios, de modo que constem desses os dados do autuado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra Decisão da 5ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0167-05/15), que julgou procedente em parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 16/12/2013 para exigir ICMS na cifra de R\$ 284.905,78, sob a acusação do cometimento de três irregularidades, das quais apenas a de nº 02, abaixo transcrita, faz parte da remessa necessária.

INFRAÇÃO 02 – Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, referente ao ano de 2012, meses de setembro, outubro, novembro e dezembro, com enquadramento no art. 10 da Lei nº 7014/1996 c/c cláusula quinta do Protocolo ICMS 104/2009. R\$ 258.532,34 e multa de 150%, prevista no artigo 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 03/09/2015 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 571 a 577), nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal esta revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoantes os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Sobre preliminar de nulidade, o autuado argüi, especificamente, em relação às infrações 1 e 3, que o Auto de Infração não definiu corretamente o enquadramento legal da infração, limitando-se somente aos termos do acordo existente entre os Estados envolvidos na operação objeto da autuação, o que poderia ensejar interpretações distorcidas, em favor do fisco e ou do contribuinte autuado, ferindo o contraditório, o devido processo legal e a segurança jurídica do ato.

Entendo razão não assistir ao sujeito passivo. Em primeiro lugar, não há regras estabelecidas no ordenamento jurídico do Estado, de que a tipificação de uma infração não possa ser efetivada com apenas um dos dispositivos normativos regulatório do imposto objeto da lide, no caso específico o Protocolo ICMS nº 104/09, signatários a Bahia e os estados originários das operações em análise.

Em segundo, diferentemente do quanto afirmado pelo defendente, a descrição dos fatos traz ainda, na

tipificação do enquadramento das autuações, o destaque do art. 10 da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, onde estabelece que, nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária, que é o objeto das três infrações em análise, a autuação dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação de origem das operações. No caso em lide o Protocolo ICMS nº 104/09.

Desta forma, inaplicável a argüição de nulidade levantada pela defesa em relação às infrações 1 e 3; e muito menos a infração 2, em que a defendant apresenta, inclusive, considerações de mérito que serão analisadas a seguir.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ao sujeito passivo o ICMS por antecipação tributária, em operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações subsequentes, consubstanciando pelo Protocolo ICMS nº 104/09, em vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor total de R\$284.905,78, sendo, em relação à infração 1, por ter deixado de proceder a retenção do ICMS no valor de R\$20.557,17; em relação a infração 2, por ter deixado de proceder o recolhimento do ICMS retido no valor de R\$258.532,34; e a infração 3, por ter procedido a retenção a menor do ICMS no valor de R\$5.816,27, tendo a empresa apresentado impugnação para todas as três infrações, sendo, em relação às infrações 1 e 3, apenas aspectos de nulidade, sem tampouco entrar no mérito das autuações; por sua vez, em relação a infração 2, não argüi aspectos de nulidade, porém traz impugnações de mérito sob a perspectiva de que já houvera sido o imposto cobrado.

Em relação às infrações 1 e 3, onde o contribuinte apenas traz aos autos considerações de nulidades, as quais foram analisadas anteriormente, são inaplicáveis às duas infrações postas. Por sua vez, em relação ao mérito das duas infrações o defendant manteve-se silente. Portanto, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Desta forma, considerando o enquadramento da infração está em conformidade com a legislação, no caso específico os termos do Protocolo ICMS nº 104/09, para a imputação relatada na descrição dos fatos, entendo subsistente as infrações 1 e 3.

Sobre a infração 2, que diz respeito o defendant ter deixado de proceder ao recolhimento do ICMS retido no valor de R\$258.532,34, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, em vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, referente ao ano de 2012, meses de setembro, outubro, novembro e dezembro, com enquadramento no art. 10 da Lei 7014/96 c/c cláusula 5ª, do Protocolo ICMS 104/09; vê-se, pelos documentos acostados na defesa (fls. 170/463), bem assim o demonstrativo às fls. 159 a 166 dos autos, que, de fato, como bem destaca o defendant, bem assim as Fiscais Autuantes na informação fiscal ao final da fl. 468, houve a retenção do imposto, porém o recolhimento aos Cofres do Estado da Bahia, de forma equivocada, foram efetuados em nomes dos diversos fornecedores destinatários das mercadorias estabelecidos no Estado.

Em pauta suplementar do dia 21/08/2014, a 4ª JJF, converteu o presente processo em diligência à ASTEC/CONSEF para confirmar o ingresso dos impostos pagos através das GNRE's, acostadas aos autos às fls. 170 a 463 nos cofres do Estado da Bahia.

O resultado da diligência é apresentado através do Parecer ASTEC nº 50/2015, datado de 29/06/15, de lavra do Auditor Fiscal Jowan Araújo, acostado aos autos às fls. 490 a 494, com documentos anexos, cujo resultado é de que, todos os valores cobrados na autuação, foram quase na sua totalidade elididos, sejam por terem sido confirmados os ingressos aos Cofres do Estado da Bahia ou sejam por não terem sido algumas operações confirmadas em virtude de seu cancelamento, restando não elidida a operação destacada no demonstrativo à fl. 508, cujo ingresso do pagamento do ICMS ST nos cofres do Estado da Bahia não foi confirmado, representando o valor remanescente da infração 2, conforme demonstrativo à fl. 509.

Além da constatação da diligência desenvolvida pela ASTEC de que as GNRE's, acostadas aos autos, às fls. 170 a 463, se relacionam efetivamente ao ICMS ST cobrado na infração 2, ressalvada a NF-e 116970 (fl. 508), há de se destacar que, o autuado não desconheceu o instituto da substituição tributária (cláusula 5ª, do Protocolo ICMS 104/09), vez que todos os pagamentos foram efetuados por GNRE's no Estado de origem das operações, onde efetivamente deveriam ocorrer, cometendo apenas o equívoco de colocar no campo próprio do documento fiscal o CNPJ dos contribuintes destinatários das mercadorias, quando o correto era ter colocado o seu CNPJ, ou seja o CNPJ 61.143.632/0001-07.

Assim, a imposição do recolhimento total dos valores lançados na infração 2, resultaria em um pagamento em duplicidade, o que caracterizaria uma bitributação, vedado pela legislação. Desta forma, o valor do débito total da infração 2 deve ser alterado do valor de R\$258.532,34, para o valor de R\$660,00, conforme demonstrativo de débito a seguir: [planilha de fl. 577].

Sobre a perspectiva aventada pelas Fiscais Autuantes de que os valores pagos, em nome dos destinatários das mercadorias, posteriormente poderão solicitar sua restituição já que os pagamentos foram efetuados indevidamente em nome dos mesmos, deve-se afastar vez que, este processo, após sua apreciação de ofício pela 2ª instância do CONSEF, deve ser encaminhado ao órgão competente da SEFAZ, no caso específico a

GEARC/DAT, para que em todas as GNRE's de fls. 170 a 463 sejam alteradas as imputações de pagamentos para o CNPJ 61.143.632/0001-07, referente ao Contribuinte Autuado, com razão social ALIANÇA METALÚRGICA S/A, endereço Rua Freire Bastos, 90, Bairro Jaçana, São Paulo (SP), objeto do presente processo administrativo fiscal.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 27.033,44".

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, "a" do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 5ª JJF recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão 0167-05/15.

VOTO

A segunda infração acusa o autuado de não ter recolhido o imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às vendas para contribuintes localizados neste Estado.

A JJF percebeu nos documentos de fls. 170 a 463 e no levantamento de fls. 159 a 166 que os recolhimentos foram efetuados; todavia, de forma equivocada, visto que em nome dos destinatários das mercadorias, localizados neste Estado.

Por isso, converteu o feito em diligência, em cujo Parecer (ASTEC nº 50/2015), segundo o i. relator, se disse o seguinte:

"(...) que todos os valores cobrados na autuação, foram quase na sua totalidade elididos, sejam por terem sido confirmados os ingressos aos Cofres do Estado da Bahia ou sejam por não terem sido algumas operações confirmadas em virtude de seu cancelamento, restando não elidida a operação destacada no demonstrativo à fl. 508, cujo ingresso do pagamento do ICMS ST nos cofres do Estado da Bahia não foi confirmado, representando o valor remanescente da infração 2, conforme demonstrativo à fl. 509".

Entendeu o órgão de primeira instância que a cobrança caracteriza bitributação, quando na verdade trata-se de "*bis in idem*".

De todo modo, tenho como correta a Decisão "*a quo*", inclusive no sentido de que os autos sejam encaminhados à GEARC/DAT, para que as guias nacionais de recolhimento de tributos estaduais de fls. 170 a 463 sejam alteradas nos campos próprios, de tal maneira que constem desses os dados do autuado (CNPJ e razão social).

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207349.0005/13-2, lavrado contra ALIANÇA METALÚRGICA S/A., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$27.033,44, acrescido das multas de 60% sobre R\$26.373,44 e 150% sobre R\$660,00, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a"; "e" e V, "a", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

RAIMUNDO ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS