

A. I. N° - 297856.0204/15-3
AUTUADO - ORION DO BRASIL INTERNACIONAL LTDA. (PNEUS LIDER)
AUTUANTE - JOÃO MARLITO MAGALHÃES DANTAS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/04/2016

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0045-01/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Razões de defesa suficientes para elidir parte da acusação. Apurado novo demonstrativo de débito. Infração subsistente parcialmente. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 08/09/2015, exige o ICMS, no valor de R\$ 51.319,13, inerente aos anos de 2012 e 2014, conforme demonstrativos às fls. 9 a 13 dos autos, em razão da seguinte irregularidade: 08.28.01: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, em vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia nos meses de abril, agosto, outubro, dezembro de 2012 e janeiro a novembro de 2014, conforme demonstrativos às fls. 9 a 13 dos autos, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição tributárias em suas notas fiscais de saída e não recolheu o respectivo imposto ou recolheu a menor, com enquadramento no art. 10 da Lei nº 7014/96 c/c Cláusulas 8^a e 11^a do Convênio ICMS 81/93. Com multa de 150%.

Às fls. 21 a 32 dos autos, o autuado apresenta defesa, na qual suscita os seguintes argumentos:

Consta dos autos que o período de fiscalização abrangeu as datas de 01/01/2010 até 31/08/2015, sendo que, em 08/09/2015, após saneamento, lavrou-se o Auto de Infração. Encaminhado o auto para sua ciência, perfectibilizou-se em 03/10/2015. Diz que, o prazo para apresentação de defesa seria de 60 (sessenta dias). Tal lapso temporal encontra razão na disposição do Art. 39, VII do RPAF/BA. Em assim sendo, contando-se o prazo de 60 (sessenta dias) da intimação, deflui que o prazo fatal da impugnação é a data de 03/12/2015, portanto, tempestivo o recurso.

Após outras considerações, diz que, o Auto de Infração decorre da suposta acusação de ter deixado de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão – aparente - de o contribuinte ter retido o ICMS substituição tributária em suas notas fiscais de saída e não tê-los recolhido ou ter recolhido a menor.

Destaca que a fiscalização estadual baseou suas alegações, em tese, no que denominou relação de Notas Fiscais Eletrônicas emitidas para contribuintes da Bahia com ICMS – ST (Substituição Tributária), relativo aos anos de 2012 e 2014, conforme planilha que destaca no corpo da defesa.

Diz que o fiscalizador enquadrou a aparente afronta tributária do contribuinte no que preceitua o Art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c Cláusulas 8^a e 11^a do Convênio ICMS 81/93. Ainda somou aplicações de penalidades com base no Artigo 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Considerando as explicações estabelecidas no Auto de Infração e a aplicação de multas, o débito chegou ao valor astronômico de R\$ 136.513,03.

Apos destacar os textos das normas em que foi enquadrada a autuação, diz que não descrevem absolutamente nenhuma conduta, porém, foi o objeto da notificação. Não concordando com a

notificação, a defendente apresenta suas razões.

Da falta de indicação precisa da norma infringida. Primeiramente importa aduzir que os dispositivos legais elencados pela fiscalização baiana, com todas as vêrias, são inábeis para o fim de arbitrar cobranças de ICMS-ST ao contribuinte, autuado no pólo passivo, pois não há detalhamento da conduta, muito menos análise profunda das operações que foram realizadas.

Da incompetência da fiscalização da Bahia par atuar o contribuinte de outro Estado. Diz que, ao que consta, não há autorização do Estado do Espírito Santo no sentido de conceder autorização fiscalizatória à Bahia sobre seu contribuinte típico. No caso vertente, em que pese a norma de substituição tributária, deve ser observada a competência territorial. Diante da falta desta autorização (ES-BA), há vício de competência, implicando na anulação da autuação.

O alcance territorial da legislação tributária do Estado da Bahia, na medida em que o remetente é contribuinte de Estado diverso da federação e o destinatário das mercadorias são contribuintes estaduais (BA), deve o fisco baiano se assegurar que as mercadorias internadas em seu território sejam passíveis de contribuição de seus guarnecidos. Eventuais irregularidades acerca da obrigação principal (neste caso ICMS-ST) ocorridas dizem respeito aos estados remetentes, não podendo o Estado da Bahia avocar competências que não lhe pertencem.

No caso vertente, diz que houve equívoco na identificação do sujeito passivo, pois o autuado não é contribuinte da Bahia, não está inscrita no cadastro de contribuintes baianos, e a Fiscalização da Bahia não pode atribuir a condição de substituta tributária a empresa fiscalizada por outra unidade da federação. O fisco da Bahia deveria autuar os contribuintes baianos adquirentes da mercadoria, antes de autuar a recorrente.

Cita a Ação Cautelar nº 2611-MG, que tramitou perante o STF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, decidiu-se que: "*O Estado de destino não pode restringir ou glosar créditos de ICMS, ainda que o Estado de origem tenha concedido crédito presumido ao estabelecimento de origem sem amparo em convênio*"

Da atipicidade tributária da conduta. Diz que a cobrança está sendo feita com base no Convênio ICMS 81/93, porém, tal convênio é norma em branco, depende de complementação. Quando o agente autuante fixa seus demonstrativos, não insere nenhuma base de cálculos para estabelecer o que foi pago e o que deveria ser pago.

Aduz que, quando uma mercadoria de outro Estado da Federação, cuja descrição e NCM constam do anexo 1 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, o ICMS referente à substituição tributária já virá destacado na nota fiscal. No entanto, o contribuinte localizado em outro Estado só efetuará o destaque na nota caso haja convênio entre os entes, do contrário, conforme o §2º do Art. 332 do RICMS/BA, quem deverá recolher o importo será o destinatário da mercadoria, ainda que o produto seja Substituído.

Do pagamento de GNRE's (Crédito para Bahia). Destaca que, em que pese os argumentos supramencionados, a rigor a rigor, se verifica que o autuado efetuou os destiques de cada nota fiscal que emitiu para Bahia e recolheu o imposto. Inclusive diz juntar aos autos comprovantes de pagamentos.

Na verdade, diz que a fiscalização poderia ter solicitado os documentos relativos as operações e assim teria verificado que houve pagamento de imposto em todas as operações, quando o caso exigiu. Destaca, no corpo da manifestação, um demonstrativo indicando alguns pagamentos. Neste sentido, diz que, levando em consideração os períodos da fiscalização, os documentos que diz ter anexados e aqueles que serão ainda colhidos no bojo da instrução administrativa, se comprovará que o recorrente nada deve ao fisco baiano.

Diz que, as notas fiscais ora juntadas e seus comprovantes de pagamento, se percebe que são as mesmas notas do período que houve a fiscalização e serviram de base para a lavratura do auto, visto que, a rigor a rigor, as notas não só destacaram o imposto quando o caso exigia, como o

pagamento foi devidamente efetuado. No devido tempo, cada nota lastreada no Auto de Infração será combatida com o devido pagamento ou com a argumentação de sua inaplicabilidade.

Da abusividade das multas. Evidencia que a aplicabilidade do princípio do não confisco é um tema bastante interessante na seara do direito tributário. E que deve ser levado em consideração nesta peça e na decisão dos nobres julgadores do CONSEF-BA.

Apos destacar o art. 150, IV, da Constituição Federal, diz que, o que se tem no caso em tela é exatamente a tentativa de confisco do patrimônio empresarial. É certo que a fiscalização não solicitou documentos hábeis a verificar a ausência ou presença de pagamento e ao, equivocadamente, atribuir receitas ao estado, agregou multas no importe de 150%. Não há nenhuma razoabilidade na conduta estatal.

Destaca que o STF já se manifestou pela ilegitimidade e inconstitucionalidade de práticas abusivas dos estados que vitimam financeiramente o empresariado com multas escorchantes. Destaca, também, alguns posicionamentos de estudiosos sobre o caráter confiscatório do tributo.

Neste sentido, diante da sustentação fática, doutrinária e jurisprudencial, dos documentos lastreados nos autos, comprovadores da adimplência, histórico elevado de pagamentos do tributo e da razoabilidade dos pedidos, vem perante este elevado Conselho de Tributos, por um lado, requerer o cancelamento do Auto de Infração e manutenção da certidão do não contribuinte como Negativa neste estado da Bahia.

Diante do exposto e da possibilidade jurídica da Fazenda cancelar, dispensar ou reduzir multas nos moldes da Lei nº 7.014 de dezembro de 1996, bem como pelo detalhamento das argumentações supramencionadas, requer o contribuinte:

- a) que seja cancelado o Auto de Infração de nº 297856.0204/15-3, por incompetência territorial.
Não sendo este entendimento, que seja cancelado o auto por ilegitimidade do sujeito passivo.
Não sendo tal entendimento acolhido, que seja cancelado o auto por pagamento conforme o extrato das GNRE's juntados com comprovante de pagamento e naqueles que serão juntados na instrução.
- b) que seja suspensa a exigibilidade do crédito até ulterior deliberação;
- c) que nos termos da Lei nº 7.014 do Estado da Bahia, havendo, hipoteticamente, qualquer multa aplicada, essa seja limitada ao teto de 30%.

O Fiscal Autuante em sua informação fiscal as fls. 55/59, inicialmente, traz a tona às alegações de defesa do autuado, para em seguida destacar que escapa à sua alçada opinar acerca das questões trazidas, pela defendant, em sua preliminares sobre os temas processuais e sua eventuais consequências.

Com relação à falta de indicação precisa das normas infringidas, diz que não se pode concordar com a defendant. O enquadramento legal, apontado no auto, caracteriza perfeitamente a infração e a sua tipificação é igualmente clara à vista do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Além disso, diz que a descrição da infração é cristalina (fl. 2).

Também diz que não existem razões para a defendant declarar que "*não há detalhamento da conduta, muito menos análise profunda das operações que foram realizadas*". Ou ainda, destacar "*quando o agente autuante fixa seus demonstrativos, não insere nenhuma base de cálculo para estabelecer o que foi pago e o que deveria ser pago*". Observa que, os relatórios que compõe o Auto de Infração (fls. 10/13) apresentam as informações necessárias e suficientes para o acompanhamento e pronta compreensão dos cálculos utilizados e seus resultados, ao indicar as notas fiscais, com suas datas de emissão, seus valores e seus respectivos montantes do ICMS ST retido a ser recolhido.

Por outro lado diz que, o Auto de Infração fundamenta-se no imposto retido e não recolhido. Frisa tratar-se do imposto que o próprio contribuinte calculou, reteve e não recolheu. portanto,

não há que falar em "*análise profunda*" das operações realizadas.

Dito de outra forma, diz que, não se apurou se o valor do ICMS ST calculado pela defendant está ou não correto, mas tão somente se exige que sejam recolhidos ao erário baiano os valores destacados e retidos pelo autuado em suas notas fiscais emitidas.

Quanto a alegação de que o Fisco baiano não é competente para promover a autuação com argumento de que está localizada no Espírito Santo "*não é contribuinte da Bahia, não está inscrita no cadastro de contribuintes baiano, e a fiscalização da Bahia não pode atribuir a condição de substituta tributária a empresa fiscalizada por outra unidade da Federação*". Diz que corresponde a rasgar os Convênios assinados no âmbito do CONFAZ, em especial aqui os Convênios ICMS 81/93 e 85/93 e suas respectivas alterações, dos quais os Estados da Bahia e Espírito Santos são signatários.

Destaca que o próprio defendant na defesa pondera: "...*quando uma mercadoria de outro Estado da Federação, cuja descrição e NCM constam do anexo 1 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 13.780/2012, o ICMS referente à substituição tributária já virá destacado na nota fiscal. No entanto, o contribuinte localizado em outro Estado só efetuará o destaque na nota caso haja convênio entre os entes,...*". Diz, então, que é perfeitamente o caso em discussão. Os Estados da Bahia e Espírito Santos são signatários dos Convênios ICMS 81/93 e 85/93.

Em acréscimo, diz que a defendant reconhece que destacou, reteve e recolheu valores do ICMS ST, ora reclamados, em suas operações suportadas pelas notas fiscais apontadas nos relatórios constantes do Auto de Infração em lide. Contudo, diz que, se recolhimentos ocorreram, ou a defendant não os fez para todos os casos, ou não os comprovou para todos os casos.

Diz que o defendant fez a juntada de comprovantes de recolhimentos de cinco notas fiscais - esses pagamentos foram acatados e, em consequência, foi emitido um novo relatório que anexa à presente informação fiscal (fls. 60/63) Destaca que o recolhimento do ICMS ST da Nota Fiscal nº 10.423 foi efetuado em nome do destinatário. Vê-se no novo demonstrativo que foi retirado.

Demais pontos da defesa admite fugir a sua alçada. Submete, então, presente PAF à apreciação desse ilustre Conselho de Fazenda para julgamento.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está 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 consoante os demonstrativos acostados às fls. 9 a 13 dos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea "a" do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Por sua vez, o defendant suscita a nulidade do Auto de Infração por cometimento de vícios formais na constituição do crédito tributário relacionados em relação a "*falta de indicação precisa das normas infringidas*"; "*ausência de base de cálculo para estabelecer o que foi pago e o que deveria ser pago no demonstrativo de débito da autuação*"; e "*incompetência para promover a autuação contra o sujeito passivo, com argumento de que está localizada no Espírito Santo*.. Tais alegações não prosperam.

Como bem destaca o d. Fiscal Autuante, em sede de informação fiscal, com relação à falta de indicação precisa das normas infringidas, diz que não se pode concordar com o defendant, o que concordo plenamente. O enquadramento legal, apontado no auto, caracteriza perfeitamente a infração e a sua tipificação é igualmente clara à vista do art. 10 da Lei nº 7.014/96, que dispõe que nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas, no caso

específico o Espírito Santo, ambos signatários do Convênio ICMS 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, o qual abrange em sua plenitude as operações de circulação das mercadorias através da notas fiscais eletrônicas objeto do demonstrativo às fls. 10 a 13, que faz parte integrante do Auto de Infração em análise.

Quanto a argüição de incompetência para promover a autuação contra o sujeito passivo, por quantum está localizada no Espírito Santo, o próprio defensor na defesa pondera: "...quando uma mercadoria de outro Estado da Federação, cuja descrição e NCM constam do anexo 1 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, o ICMS referente à substituição tributária já virá destacado na nota fiscal. No entanto, o contribuinte localizado em outro Estado só efetuará o destaque na nota caso haja convênio entre os entes,..." (Grifo acrescido). Como bem destacou o Autuante, em sede Informação Fiscal, é perfeitamente o caso em discussão. Os Estados da Bahia e Espírito Santo são signatários dos Convênios ICMS 81/93 e 85/93. Em sendo assim não há porque prosperar a argüição de nulidade, por incompetência do Fisco baiano promover a autuação contra o sujeito passivo estabelecido no Estado de Espírito Santo.

Por fim, sobre a argüição de nulidade por quantum a ausência de base de cálculo para estabelecer o que foi pago e o que deveria ser pago no demonstrativo de débito da autuação. Há de se observar que a acusação é de falta de recolhimento do imposto que o próprio contribuinte calculou, reteve e não recolheu. Portanto, não há que se falar em ausência de base de cálculo para estabelecer o que foi pago e o que deveria ser pago no demonstrativo de débito da autuação.

Restam, assim, afastadas as preliminares de nulidades da autuação aventadas pelo defensor.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o montante de R\$51.319,13, em razão de ter deixado de proceder ao recolhimento do ICMS retido aos cofres do Estado da Bahia, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado, decorrentes de operações oriundas do Estado de Espírito Santo, em conformidade com o art. 10 da Lei nº 7014/96, c/c Cláusulas 8^a e 11^a do Convênio ICMS 81/93.

No mérito o defensor traz aos autos pagamentos de ICMS com crédito para o Estado da Bahia, através GNRE's, com a alegação de que efetuou os destaques de cada nota fiscal que emitiu para Bahia e recolheu o imposto. Inclusive juntando aos autos comprovantes de pagamentos.

O d. fiscal Autuante diz que o defensor fez a juntada de comprovantes de pagamentos de 5 (cinco) notas fiscais constantes do demonstrativo de débito da infração. Aduz que todos os pagamentos foram acatados e, em consequência, foi emitido um novo demonstrativo de débito. Registra, entretanto, que o recolhimento do ICMS ST da Nota Fiscal nº 10.423 foi efetuado em nome do destinatário.

Não obstante tal equívoco do defensor no preenchimento da GNRE, o pagamento foi considerado realizado e excluído do demonstrativo de débito da infração. Não observando nada que desabone a alteração de débito da autuação, o imposto devido na autuação deve ser alterado do valor original de R\$ 51.319,13 (fl. 9), para o valor de R\$46.190,79 (fl. 60), conforme demonstrativo a seguir:

D. OCORRÊNCIA	D. VENCIMENTO	VLR JULGADO
30/04/2012	09/05/2012	760,68
31/08/2012	09/09/2012	890,41
31/10/2012	09/11/2012	263,13
31/12/2012	09/01/2013	4.121,52
31/01/2013	09/02/2013	2.877,55
28/02/2013	09/03/2013	4.565,64
31/03/2013	09/04/2013	6.973,35
30/04/2013	09/05/2013	1.580,93
31/05/2013	09/06/2013	8.216,18
30/06/2013	09/07/2013	6.904,75
31/07/2013	09/08/2013	743,76
31/08/2013	09/09/2013	2.290,00

30/09/2013	09/10/2013	3.447,79
31/10/2013	09/11/2013	452,10
30/11/2013	09/12/2013	2.103,00
TOTAL		46.190,79

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de qualquer decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 297856.0204/15-3 lavrado contra **ORION DO BRASIL INTERNACIONAL LTDA. (PNEUS LIDER)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.190,79**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2016.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO –JULGADOR