

A. I. N.^º - 281071.0012/15-1
AUTUADO - JEA INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 31/05/2016

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0082-01/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (PARAFUSOS). SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Está correta a exigência do ICMS nas operações subsequentes nas vendas para contribuinte estabelecido na Bahia (Protocolo ICMS 104/09). Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas na defesa. Infração elidida parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2015, exige ICMS, no valor de R\$43.437,19, acrescido de multa de 150% sob a acusação de ter o autuado 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 de o contribuinte ter retido o ICMS Substituição Tributária em suas notas fiscais de saídas de mercadorias com destino ao Estado da Bahia e não recolheu o respectivo ICMS ou o recolheu a menor.

O autuado, por seu advogado (fl. 31), apresenta defesa (fls.19 a 30), alegando que no período das ocorrências foram inclusas notas fiscais que tiveram o ICMS/ST recolhido, outros que são relativos a nota de entrada e algumas notas que não tiveram a circulação da mercadoria, inexistindo fato gerador para a cobrança do tributo.

Acusa que não foi concedido o prazo para a apresentação de documentos fiscais que demonstrassem as situações aduzidas, no Auto de Infração. Explica que aderiu à anistia da parcela reconhecida como devida, apresentando defesa com relação à parte controversa.

Pede a nulidade do Auto de Infração, porque intimado para apresentar documentos fiscais do período de 2011 a 2014 (fl. 06), todavia, na descrição dos documentos solicitados há somente menção para comprovação do recolhimento do ICMS referente a Substituição Tributária relativas às operações de saídas de mercadorias com destino ao Estado da Bahia. Diz que não houve intimação para apresentação de outros documentos a não ser os comprovantes de pagamento dos valores entendidos pela fiscalização como devidos.

Socorre-se do artigo 5º, LV, da CF/88 e do artigo 196, CTN para aduzir que deveria ser intimado para apresentar todos os documentos fiscais, pedindo a declaração de nulidade do respectivo Auto de Infração. Cita, nesse sentido a Apelação Cível (TRF-4 - AC: 31464 PR 1998.04.01.031464-0, Relator: ALCIDES VETTORAZZI, publicada no DJ 31/01/2001 PÁGINA: 569). Caso não acatada a nulidade, pede a conversão do feito em diligência com a devolução do prazo para apresentação dos documentos necessários a análise pelo Sr. Fiscal, suprimindo a nulidade, ora argüida.

No mérito, argumenta que para as notas fiscais números 32908 e 33137 foi mencionado o valor do ICMS substituição tributária de R\$1.260,10, o qual foi recolhido, conforme DOC. 07 e 09. Diz que é

indevida, portanto, a exigência de 31.07.13, no valor de R\$2.520,00.

Com relação as Notas Fiscais nºs 35583; 35897, alega que as mercadorias nelas indicadas sequer saíram do seu estabelecimento. Explica que houve reformulação dos pedidos da sua cliente, sendo que as notas haviam sido emitidas e lançadas no livro de saída do período, sem que houvesse, contudo, a circulação das mercadorias. Diz que as mesmas permaneceram no seu estabelecimento, o que motivou fossem emitidas as respectivas notas de entrada 35754; 35751.

Reitera que não recebeu os valores discriminados nas Notas Fiscais nºs 35583; 35897. A primeira nem circulou, conforme consta no campo do Fisco, sendo a mercadoria circulada pela Nota Fiscal nº 34277. A Nota Fiscal nº 35.897, também não circulou; no livro Registro de Entrada, em 01/2014 consta que foi substituída pela NF-E1 35.751, de 13/01/2014 (valor R\$58.518,97).

Diz que das informações colacionadas acima, observa-se que as Notas Fiscais nºs 35754, 35751 e 35753 são relativas às notas de entradas, provenientes de lançamentos errôneos das Notas Fiscais nºs 35583; 35897. Repete que não havendo circulação das mercadorias, não há falar na cobrança do ICMS ST.

Alega que também as Notas Fiscais nºs 35.753, 34.706 e 38.154 foram lançadas visando regularizar situação contábil, erroneamente lançada no livro de registro de saída, relacionadas às Notas Fiscais nºs 35.595, 34.598 e 37.986, respectivamente, aduzindo que sequer houve a saída das mercadorias. Descreve os lançamentos no livro Registro de Entrada.

Diz ainda que as Notas Fiscais nºs 34706, 35751, 35754, 35753 e 38154 são notas de entradas, com natureza de Devolução de Venda, conforme demonstrado, inclusive, nas notas fiscais eletrônicas existentes no site do Governo do Estado da Bahia. Não, houve, portanto, as operações de saídas de mercadorias com destino a Bahia, conforme informado no respectivo auto de infração.

Pede que seja declarada a nulidade dos autos; conversão em diligência; declarada insubstancial a cobrança, uma vez que foi demonstrado o recolhimento do ICMS ST de algumas operações e em outras, sequer houve a circulação de mercadoria.

O Auditor fiscal presta informação fiscal, fls. 101 a 102, explicando que lavrou o Auto de Infração ao constatar divergências na base de dados entre os valores destacados como ICMS-ST, nas notas fiscais emitidas pelo autuado, referentes às operações destinadas a adquirentes no Estado da Bahia e os valores contidos nas GNREs, apurados nos mesmos sistemas de controle da Secretaria da Fazenda do Estado.

Admite que identificou os pagamentos relativos às Notas Fiscais nºs 32908 e 33137 (fls. 103 e 104); com relação às Notas Fiscais nºs 35583 e 35897, diz que não teria havido as saídas das mercadorias do estabelecimento, em função da reformulação do pedido da cliente do autuado, posteriormente, emitiu as Notas Fiscais de Entrada nºs 35754 e 35751.

Diz que concorda também com as alegações defensivas em relação às Notas Fiscais nºs 35754 e 35583 (fls. 105 e 106); diz que a Nota Fiscal nº 35751 se refere à Nota Fiscal nº 35596 e não 35897 (fls. 107 e 108), concluindo que permanece em aberto o débito correspondente à Nota Fiscal nº 35.897 (fl. 109).

Com relação às Notas Fiscais nºs 34706, 35753 e 38154 concorda que as mesmas foram lançadas como notas de entrada para regularização da situação contábil, escriturada erroneamente em relação às Notas Fiscais nºs 34598 e 37986 (fls. 110, 111 e 112).

No que tange aos demais documentos fiscais, o autuado apenas suscitou a nulidade dos autos, sob a alegação de defeito na intimação.

Finaliza, concordando com as alegações defensivas, exceto em relação à Nota Fiscal nº 35897 e que o Auto de Infração deve ser julgado procedente em parte, no valor de R\$23.715,81.

O Sujeito passivo volta a se manifestar (fl. 116/121). Reitera a tempestividade das suas alegações,

a nulidade dos autos, aduzindo que não lhe foi o dado, no prazo legal, a ciência do valor devido com a exclusão das nota fiscais para pagamento do débito, com ofensas ao art. 143 da Lei nº 3956/81.

Diz que, no mérito, a fiscalização alterou a exigência de R\$43.437,19 para R\$23.715,81, mas, negou a nulidade da autuação. Insiste que não houve intimação para apresentar outros documentos, a não ser os comprovantes de pagamento dos valores apurados.

Afirma que se tivesse sido intimado para apresentar toda a documentação pertinente, tais como: notas fiscais, cópias dos livros, e eventuais comprovantes de pagamentos, não haveria a diferença verificada, porque como afirmara o próprio fiscal, são nota fiscais de entradas que foram lançadas para regularizar situação contábil lançada erroneamente. Sem tal intimação, não houve uma análise completa da situação. Invoca o art. 196, CTN para solicitar a nulidade dos autos. Cita jurisprudência, nesse sentido.

Insiste que não houve a cautela necessária na ausência de intimação para apresentação da documentação contábil relacionada ao período de 2011/2014. Auto de Infração que deve ser julgado nulo.

Requer, por fim, seja o presente recurso recebido e remetido ao julgamento pela Câmara do CONSEF, sendo declarada nula a intimação quanto a decisão de primeira instância, ante a ausência de intimação para pagamento, em ofensa ao artigo 143, § 1º da Lei nº 3.956/81, bem como o art. 5º, II, CF 88. Requer nulidade também do procedimento administrativo, posto que não houve a cautela necessária com a condução da intimação para apresentar documentos contábeis, mas apenas para apresentar comprovantes do pagamento.

Em nova Informação Fiscal (fl. 139), o autuado reitera a sua posição anterior, inclusive acerca do pedido de nulidade dos autos, confirmando o débito remanescente em R\$23.715,81.

É o relatório.

VOTO

Lavrado o presente Auto de Infração para constituir o crédito tributário no valor R\$43.437,19, em face à infração descrita e relatada na inicial dos autos, que será objeto da apreciação, nas linhas seguintes.

Incialmente, apresenta o sujeito passivo argüição de nulidade dos autos, sob a alegação de que não lhe foi o dado, no prazo legal, a ciência do valor devido com a exclusão das nota fiscais para pagamento do débito, com ofensas ao art. 143 da Lei nº 3956/81. Alega também que não houve a intimação para que apresentasse outros documentos, a não ser os comprovantes do pagamento dos valores apurados e, dessa forma, não houve uma análise completa da situação, conforme estabelece o art. 196 do CTN - Código Tributário Nacional.

Não acolho a nulidade suscitada, em face ao presente lançamento de ofício, conforme é o argumento do autuado, com respaldo no artigo 5º da CF/88, artigo 143 do Decreto nº 3.956/81 e artigo 196 do CTN, tampouco no artigo 18, IV, "a", do RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, uma vez que na autuação impugnada, foram atendidas as formalidades legais previstas na legislação processual, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal, à ampla defesa do sujeito passivo ou ao contraditório. Verifico que o autuado pode exercer plenamente os direitos e garantias alusivos à sua condição de contribuinte, impugnando as infrações, tantas vezes pretendeu, de forma e com os elementos de provas de que dispunha ou entendeu suficientes na sustentação das suas teses.

Mais especificamente, não houve qualquer intimação ao autuado, nos termos do § 1º do art. 143 da Lei nº 3.956/81 - Código Tributário do Estado da Bahia, relacionada à ciência da decisão do processo administrativo fiscal em primeira e segunda instâncias, o que sequer ocorreu. O julgamento do Auto de Infração, em primeira instância somente se inicia, nesse exato momento.

Com relação à alegada nulidade dos autos com base no art. 196 do CTN, o equívoco é também do sujeito passivo, uma vez que o termo para início da fiscalização foi lavrado regular e tempestivamente, conforme provam os documentos de fls. 06/08, nos termos dos artigos 108 e 109 do RPAF BA - Regulamento de Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e, em sendo necessário anexar aos autos outras provas de interesse do contribuinte autuado, em socorro às suas teses de defesa, deveria ele mesmo ter feito, independente da intimação do agente fiscal. A aludida intimação limitou-se aos comprovantes dos pagamentos do ICMS retido, porque cumprida tal demanda, estaria sanada a lide tributária.

A Apelação Cível (TRF-4 - AC: 31464 PR 1998.04.01.031464-0), utilizada pelo autuado não colabora na sua pedido. Trata-se de fato diverso. No caso, configurou a nulidade do Auto de Infração, a falta de notificação à pessoa sujeita à fiscalização, o que não ocorre, no caso em concreto.

Indefiro também o pedido de diligência suscitado pelo autuado, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e “b” do RPAF/99, uma vez que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento do meu juízo; quaisquer outras provas do fato não dependem da intimação de outro contribuinte, pois vinculadas à escrituração comercial, fiscal ou documental em posse do próprio requerente que, em sendo necessárias, poderiam ter sido juntadas aos autos.

Superadas as questões preliminares, atinentes à validade forma da autuação, adentro ao mérito.

A acusação é que o sujeito passivo não procedeu 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. Complementa a acusação que o contribuinte reteve o ICMS-ST em suas notas fiscais de saídas de mercadorias com destino ao Estado da Bahia e não recolheu o respectivo ICMS ou o recolheu a menor, no valor total de R\$43.437,19.

Verifico que o contribuinte autuado encontra-se localizado no Estado de São Paulo, não possuindo inscrição no cadastro do Estado da Bahia, na qualidade de Contribuinte Substituto. As notas fiscais, objeto da autuação encontram-se discriminadas nos documentos de fls. 06 e 07.

Foram relacionadas operações de vendas de parafusos (NCM 7318.1500) para contribuintes no Estado da Bahia com produtos sujeitos à substituição tributária (CFOP 5401), cuja retenção e recolhimento deveria ter sido feita pelo remetente, na condição de contribuinte substituto, nos termos do Protocolo ICMS/CONFAZ nº 104/09.

Examinando as peças acostadas aos autos, constato que o contribuinte apesar de proceder à retenção dos valores devidos do ICMS-ST, não fez o recolhimento na sua totalidade, em face às operações selecionadas pela fiscalização desse Estado. Na defesa, o autuado apresentou comprovação do recolhimento de parcela da exigência, excluído do levantamento fiscal, reduzindo o lançamento de ofício de R\$43.437,19 para R\$23.715,81, de acordo com quadro abaixo.

Nfs. Excluídas	Valores
32908	1.260,10
33137	1.260,10
34706	611,00
35583	1.134,57
35751	5.319,90
35574	1.134,57
35753	164,97
38154	8.836,17
Total	19.721,38
Valor Exigido	43.437,19
Remanesciente	23.715,81

Posto isso, correta é a exigência do ICMS nas operações subsequentes realizadas por sujeito passivo por substituição estabelecido em outra unidade da federação, nas vendas para contribuinte estabelecido na Bahia, sendo que, feito os devidos ajustes, o Auto de Infração ficará

reduzido ao saldo remanescente de R\$23.715,81.

Sou pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **281071.0012/15-1**, lavrado contra **JEA INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.715,81**, 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, 06 de maio de 2016.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR