

A.I. Nº - 2692043001/16-6
AUTUADO - BRAGA AGUIAR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - EXUPÉRIO OLIVEIRA QUINTEIRO PORTELA
ORIGEM - INFRAZ SEABRA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16.10.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0159-02/18

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CRÉDITO FISCAL – UTILIZAÇÃO INDEVIDA. As operações sujeitas à substituição tributária não geram crédito fiscal para o adquirente, face ao encerramento da fase de tributação (art. 9º, parágrafo único da Lei nº 7.014/96). **Infração mantida. 2. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA.** A responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual caberá ao destinatário localizado neste Estado, quando este for contribuinte do imposto. **Infração não impugnada. Mantida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR OU FALTA DE RECOLHIMENTO.** São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário. **Infração elidida parcialmente. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/09/2016, exige crédito tributário no valor histórico de R\$123.744,61, acrescido da multa de 60%, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 06.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme Demonstrativo de Crédito Indevido – Resumo Mensal. Períodos: janeiro, fevereiro, março de 2011 e setembro e dezembro de 2012. Imposto exigido no valor de R\$2.201,82, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. VII alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 02.01.01 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros próprios. Conforme Demonstrativo Resumo do Conta Corrente do ICMS e Pagamentos do Diferencial de Alíquota. Períodos: janeiro, fevereiro e junho a dezembro de 2011. Imposto exigido no valor de R\$70.221,98 acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 – 07.01.01 – Deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Conforme Demonstrativo das Aquisições Interestaduais de Mercadorias Enquadradas na Substituição Tributária por Antecipação – Resumo Mensal.

Períodos: fevereiro e março de 2011. Imposto exigido no valor de R\$9.741,03, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 – 07.01.02 – Efetuiu recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Conforme Demonstrativo das Aquisições Interestaduais de Mercadorias Enquadradas na Substituição Tributária por Antecipação – Resumo Mensal. Períodos: janeiro, abril a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012. Imposto exigido no valor de R\$41.579,78, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

O Autuado impugna o lançamento às fls. 79 a 89, apresentando o arrazoadado de defesa conforme a seguir relatado.

Inicialmente registra que o Autuante não apresentou qualquer prova de que as notas fiscais relacionadas nas infrações 01, 03 e 04, são as notas entregues pela Autuada, haja vista que o recebimento e a devolução de documentos fiscais não comprovam a infração.

Aduz que no Demonstrativo das Aquisições Interestaduais de Mercadorias Enquadradas na Substituição Tributária por Antecipação – Resumo Mensal, o Autuante exige o pagamento de ICMS devido por substituição tributária sobre aquisições nos Estados com os quais a Bahia firmou os Protocolos ICMS 104/09 (São Paulo) e 26/10 (Minas Gerais e Espírito Santos), aduzindo que existindo protocolos e convênios que imputem aos remetentes das mercadorias a responsabilidade tributária pelo pagamento do imposto, não cabe exigir dos estabelecimentos adquirentes o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

Transcreve o art. 2º do RPAF/99 para destacar que o legislador, neste caso, visa assegurar aos contribuintes o tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal, remetendo aos princípios da Constituição Federal de 1988.

Ressalta que o Código Tributário Nacional ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, tem como objetivo proteger o contribuinte e que resta a autoridade administrativa obediência ao princípio da reserva legal.

Destaca que o cidadão é inteiramente livre para agir, desde que seu comportamento não esteja limitado por alguma lei, enquanto o administrador público somente pode agir dentro do ordenamento jurídico, ou seja, a autoridade fiscal não tem a faculdade ou direito subjetivo de agir, tampouco interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal.

Afirma que as autoridades fiscais, por dever de ofício, devem apurar o valor do tributo devido conforme os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte investigando os mesmos sem qualquer interesse no resultado final em observância ao princípio da estrita legalidade.

Assevera que o Autuante relaciona notas fiscais nas infrações 01, 03 e 04 que não foram entregues pela Autuada, diferente da infração 02, onde a Autuada entregou o Livro de Apuração do ICMS. Afirma que tais notas fiscais podem constar da escrita fiscal digital, uma vez que mensalmente são informadas as compras.

Aduz que a incerteza deve-se ao fato do Autuante ter iniciado a ação fiscal sem especificar quais documentos seriam necessários para início dos procedimentos fiscais.

Argumenta que se as notas fiscais fossem extraídas da EFD, a Autuada necessitaria de prazo para proceder a sua correção, tendo em vista que os registros contêm inconsistências de dados como: aquisição de mercadorias oriundas de estados signatários de convênios, informadas como oriundas de estados não signatários, além de mercadorias devolvidas e outras que não foram recebidas.

Traslada Acórdão do CONSEF CJF nº 0220-12/15 para afirmar que caracteriza cerceamento de defesa o fato de não existirem provas nos autos de que são as notas fiscais relacionadas na infração, realmente correspondem às que foram entregues pelo contribuinte.

Diz que desenvolve a atividade de comércio varejista de material de construção, não sendo, portanto estabelecimento industrial ou filial atacadista do remetente. Dessa forma, entende que o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, é o estabelecimento que deu saída das mercadorias como impõe os Protocolos ICMS 104/09 e 26/10.

Frisa que a exigência fiscal encontra amparo nos artigos 10 e 11 da Lei nº 7.014/96 que transcreve.

Ressalta que nas operações interestaduais a adoção do regime de substituição tributária depende de acordo específico para este fim e que oportunamente, quando for celebrado acordo entre a Bahia e outras unidades federadas, ficarão as mercadorias contempladas automaticamente enquadradas no regime.

Transcreve o teor do art. 373 do RICMS/BA para destacar que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição, cabe ao remetente das mercadorias, nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária.

Copia Acordão do CONSEF JJF nº 0110-04/16, JJF nº 0022-02/16 e JJF nº 0186-03/16 que trata de matéria semelhante e por fim requer a improcedência parcial do lançamento.

O Autuante presta a informação fiscal (fls. 102 a 119) aduzindo as argumentações que seguem relatadas.

Registra inicialmente que a Autuada na sua defesa administrativa, impugna apenas três infrações das quatro constates do auto de infração, deixando, portanto de contestar a infração 02, caracterizando dessa forma uma defesa parcial, conforme prevê o art. 123, §2º do RPAF/99, *in verbis*: “A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.”.

Completa com base no art. 140 do RPAF que a infração não contestada será admitida como procedente, pois, tratando-se de 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.

Combate o argumento da defesa quando questiona a validade dos documentos fiscais, afirmando não ter garantias de que os documentos constantes nos levantamentos seriam os mesmos entregues pela Autuada, aduzindo que os documentos entregues em meio físico pela Autuada configura uma mera representação gráfica, pois os documentos utilizados pela fiscalização que deram suporte ao lançamento foram extraídos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, transmitida pelo próprio contribuinte e arquivados no banco de dados de SEFAZ, portanto não pode prosperar tal questionamento.

Acolhe o argumento da defesa referente às infrações 03 e 04, quanto à exigência do pagamento de ICMS, devido por substituição tributária sobre as aquisições de mercadorias provenientes de Estados com os quais a Bahia firmou os Protocolos ICMS 104/2009 (São Paulo) e 26/2010 (Minas Gerais e Espírito Santo), situação em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto cabe ao efetivamente ao remetente. Dessa forma, reconhece o equívoco, refaz e apresenta novo demonstrativo de débito com redução do valor inicialmente cobrado.

Assevera que a Autuada não apresentou nenhum demonstrativo para comprovar, tampouco indicar quais notas fiscais referem-se a devoluções que foram incluídas no levantamento da base de cálculo do crédito reclamado, descabendo a alegação de cerceamento do direito de defesa para as infrações 01, 03 e 04, sob a justificativa da necessidade de prazo legal para efetivação de correções, uma vez alegada que a escrituração contém inconsistências.

Lembra que o pedido de procedência parcial do lançamento constante na defesa, não deve ser atendido na sua plenitude em virtude da Autuada não ter apresentado argumentos para elidir a infração 01. Entretanto quanto às infrações 03 e 04, reconhece que assiste razão a Autuada, fato já reconhecido e corrigido.

Pugna pela procedência parcial do auto de infração.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS exigindo o imposto no valor de R\$123.744,61, acrescido da multa de 60%, conforme relatado.

Examinando os autos, verifico que foram observados todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, inclusive que foram entregues todos os demonstrativos e planilhas compiladas na autuação.

Constato que os enquadramentos da infração e da penalidade estão corretamente fundamentados nos dispositivos da Lei nº 7.014/96 e que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade competente, não há preterição do direito de defesa, e contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. O Autuado exerceu na sua plenitude o direito de defesa e do contraditório, pois constato que a impugnação elaborada pelo autuado demonstrou o pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente PAF.

A Autuada reconhece parcialmente a exigibilidade da exação, haja vista que não contesta a infração 02 demonstrando sua concordância com a mesma.

Resta demonstrado nos autos que a documentação que serviu de suporte para caracterização da infração 01 foram os documentos constantes e extraídos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, transmitida pelo próprio contribuinte e arquivados no banco de dados de SEFAZ, fato que valida integralmente os valores levantados e cobrados, descabendo o argumento defensivo de que a Autuada “*necessitava de prazo legal para proceder sua correção, uma vez que a escrituração contém inconsistência de dados*”, em função do estabelecido no art. 897-D do RICMS/97 e art. 250 do RICMS/2012: “*O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA)*”. Necessitando de retificação, somente é possível fazê-la, observando as regras da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009 (art. 897-E do RICMS/97 do art. 251 do RICMS/2012).

Registro que a Autuada não contesta o cometimento das irregularidades constatadas na infração 01, que seja a utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, caracterizada pelo art. 97, inc. IV alínea “b” e artigos 124 e 356 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, para os fatos geradores ocorridos até 2011 e os artigos 9º e 29, §4º, inc. II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 290 do RICMS/2012 para os fatos geradores ocorridos em setembro e dezembro de 2012.

Portanto a infração é subsistente.

A contestação defensiva frente às infrações 03 e 04, quanto a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, devido por substituição tributária sobre as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou exterior, acerca da existência dos Protocolos ICMS 104/2009 (São Paulo) e ICMS 26/2010 (Minas Gerais e Espírito Santo), situação em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto cabe ao remetente, assiste razão a Autuada, com base do disposto do art. 371 do RICMS/97 e art. 295 do RICMS/2012, transcrito *in verbis*:

Art. 295. *Nas operações interestaduais, a substituição tributária rege-se conforme o disposto nos convênios e protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas.*

§1º *O imposto retido pelo sujeito passivo por substituição deverá ser recolhido por meio da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), em agência de banco credenciado pela unidade federada interessada, situada na*

praça do estabelecimento remetente, em conta especial, a crédito do governo em cujo território se encontrar estabelecido o adquirente das mercadorias. RICMS/2012

Por sua vez o Protocolo ICMS 104/2009, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, prevê na Cláusula primeira: *“Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único deste Protocolo, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, 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.”*

Já o Protocolo ICMS 26/2010, na mesma esteira, determina que nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, destinadas aos Estados do Amapá, Bahia, Espírito Santo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST.

O Autuante acolhe o argumento da defesa referente às infrações 03 e 04, e apresenta novo demonstrativo de débito, que acolho conforme demonstrado a seguir.

Infração	Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo (R\$)	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
1	31/01/2011	09/02/2011	1.751,00	17,00	60,00	297,67
1	28/02/2011	09/03/2011	3.287,71	17,00	60,00	558,91
1	30/04/2014	09/05/2014	95,00	17,00	60,00	16,15
1	30/09/2012	09/10/2012	7.143,18	17,00	60,00	1.214,34
1	31/12/2012	09/01/2013	675,00	17,00	60,00	114,75
Soma - Infração 01						2.201,82
2	31/01/2011	09/02/2011	139.646,53	17,00	60,00	23.739,91
2	28/02/2011	09/03/2011	8.218,88	17,00	60,00	1.397,21
2	30/06/2011	09/07/2011	6.916,47	17,00	60,00	1.175,80
2	31/07/2011	09/08/2011	62.641,41	17,00	60,00	10.649,04
2	31/08/2011	09/09/2011	45.750,71	17,00	60,00	7.777,62
2	30/09/2011	09/10/2011	41.114,12	17,00	60,00	6.989,40
2	31/10/2011	09/11/2011	45.361,59	17,00	60,00	7.711,47
2	30/11/2011	09/12/2011	30.592,65	17,00	60,00	5.200,75
2	31/12/2011	09/01/2012	32.828,12	17,00	60,00	5.580,78
Soma - Infração 02						70.221,98
3	28/02/2011	25/03/2011	13.965,94	17,00	60,00	2.374,21
3	31/03/2011	25/04/2011	21.444,82	17,00	60,00	3.645,62
Soma - Infração 03						6.019,83
4	31/01/2011	25/02/2011	7.257,53	17,00	60,00	1.233,78
4	30/04/2011	25/05/2011	1.145,47	17,00	60,00	194,73
4	31/05/2011	25/06/2011	11.005,00	17,00	60,00	1.870,85
4	30/06/2011	25/07/2011	17.763,41	17,00	60,00	3.019,78
4	31/07/2011	25/08/2011	11.444,41	17,00	60,00	1.945,55
4	31/08/2011	25/09/2011	4.808,53	17,00	60,00	817,45
4	30/09/2011	25/10/2011	780,88	17,00	60,00	132,75
4	31/10/2011	25/11/2011	27,65	17,00	60,00	4,70
4	30/11/2011	25/12/2011	1.951,65	17,00	60,00	331,78

4	31/12/2011	25/01/2012	10.655,94	17,00	60,00	1.811,51
4	31/01/2012	25/02/2012	2.654,88	17,00	60,00	451,33
4	28/02/2012	24/03/2012	1.312,76	17,00	60,00	223,17
4	31/03/2012	25/04/2012	342,53	17,00	60,00	58,23
4	30/04/2012	25/05/2012	0,00	17,00	60,00	0,00
4	31/05/2012	25/06/2012	5.579,29	17,00	60,00	948,48
4	30/06/2012	25/07/2012	0,00	17,00	60,00	0,00
4	31/07/2012	25/08/2012	5.282,35	17,00	60,00	898,00
4	31/08/2012	25/09/2012	3.447,00	17,00	60,00	585,99
4	30/09/2012	25/10/2012	0,00	17,00	60,00	0,00
4	31/10/2012	25/11/2012	0,00	17,00	60,00	0,00
4	30/11/2012	25/12/2012	39.861,29	17,00	60,00	6.776,42
4	31/12/2012	25/01/2013	770,24	17,00	60,00	130,94
Soma - Infração 04						21.435,44
Total						99.879,07

Pelo exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2692043001/16-6**, lavrado contra **BRAGA AGUIAR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.** devendo ser intimado o Autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$99.879,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, alínea “a”, e II, alíneas “f” e “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR