

A.I. Nº - 2068880035/17-0
AUTUADO - GERDAU AÇOS LONGOS S. A.
AUTUANTE - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - DOE 15.02.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0011-02/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Autuado demonstra que o total dos valores autuados se referem a mercadorias devolvidas, portanto, sem ICMS-ST retido a recolher. Apresenta comprovação através de NF-e de devolução. Autuada elidiu a infração. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 17/06/2017, exige crédito tributário no valor histórico de R\$22.577,50, acrescido da multa percentual de 150% em razão da constatação do cometimento da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 07.12.01 – Deixou 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.

Período: abril, maio, julho, agosto, outubro a dezembro de 2013, janeiro, maio, julho a dezembro de 2014; fevereiro a maio, julho, setembro, dezembro de 2015; janeiro, abril a junho, agosto, novembro e dezembro de 2016.

Multa aplicada no percentual de 150%, prevista no art. 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigo 8º da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 289 do RICMS/2012.

Constato que tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 12 a 40, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

Inicialmente relata o teor da infração constante no lançamento em discussão e se diz surpreendida pela autuação, sendo que restará evidenciado, não merecer prosperar, por está o auto de infração eivado de nulidade, em decorrência da ausência de fundamentação e descrição precisa do fato gerador da obrigação tributária e das circunstâncias em que ocorreu.

Cita que o autuante lavrou o presente auto de infração por entender que a autuada na qualidade de substituto/responsável tributário, deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Entretanto, não fundamentou a contento o fato gerador que dar suporte a infração imputada, além de não juntar aos autos qualquer relatório que pudesse auxiliar no entendimento da autuação, limitando-se a afirmar que a autuada deixou de recolher o ICMS devido a título de substituição tributária, sem qualquer explicação complementar ou demonstração da ocorrência da infração.

Frisa que o lançamento tributário é uma atividade vinculada ao princípio da legalidade, subordinando inteiramente a autoridade administrativa à norma legal tributária no ato de sua aplicação ao caso concreto.

Reproduz o art. 39 e incisos do RPAF/1999, para relacionar quais elementos o auto de infração deve obrigatoriamente conter e para destacar que no caso concreto, se verifica que na descrição do fato gerador, não há qualquer menção às razões pelas quais teria o autuante concluído que houve falta de recolhimento do ICMS retido.

Diz que o autuante apresentou uma “*descrição pífia, sem qualquer relatório anexo ao auto de infração*”, fato que a impede de ter entendimento da real infração cometida.

Adverte que a Administração Pública deve observar em todos os seus atos os princípios básicos quais sejam: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público, princípios estes contemplados na Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo 2º, que transcreve.

Recorre a lição de Hely Lopes Meirelles afirmando que pelo princípio da legalidade se observa que toda atividade da Administração Pública deve se pautar nos ditames da lei. Portanto, é inadmissível qualquer ação discricionária do Estado, por mínima que seja, quando seu objeto for a transferência de parcela do patrimônio privado para o Erário por imposição tributária, devendo o lançamento tributário observar irrestrita obediência à lei, e ainda, aos princípios da verdade material e do inquisitório na investigação dos fatos tributários e, em última instância, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Conclui que não há como prosperar o presente auto de infração por estar eivado por nulidade insanável, face à inegável ausência de descrição adequada do fato gerador e da adequada fundamentação da autuação.

Aduz que o lançamento se fundamenta exclusivamente em premissas falsas que levam necessariamente a conclusões falsas, uma vez que o autuante, mantendo a presunção inicial, desconsiderou diversas operações realizadas.

Afirma que a previsão legal de utilização da presunção não pode transmutar-se em instrumento para o exercício de mero arbítrio, mesmo porque presunções consistem, segundo assentado ensinamento doutrinário e jurisprudencial, na suposição de um fato desconhecido, por consequência indireta de outro fato conhecido, nisto diferindo da prova, já que, ao contrário desta, não produz certeza, mas simples probabilidade, não podendo o fisco ignorar à sujeição aos princípios constitucionais da legalidade, tipicidade cerrada, imparcialidade, verdade material, presunção de inocência até prova em contrário e segurança jurídica.

Dessa forma, fica impedido o aplicador da norma tributária de esquecer que o tributo só pode ser exigido quando um fato se ajusta a uma hipótese legal de incidência tributária de forma rigorosa.

Aduz que o lançamento tributário está sob a égide da segurança jurídica, bem como dos princípios da estrita legalidade, tipicidade cerrada, ampla defesa, presunção de inocência até prova em contrário etc. não podendo o fisco adotar critérios próprios e subjetivos em substituição aos permitidos pela Constituição, sob pena de nulidade.

Enfatiza que os dispositivos normativos aludidos no auto de infração exigem o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, em situações nas quais não se exige o recolhimento do ICMS-ST em razão do fisco ter presumido o inadimplemento do ICMS-ST, após a realização de procedimento fiscal, sem ter requisitado da autuada qualquer documento ou esclarecimento adicional, desconsiderando a devolução de mercadorias, bem como considerando situações nas quais não houve recolhimento a menor, e apurando ICMS-ST nas operações internas com base em operações destinadas a outros Estados da Federação, incorrendo, conseqüentemente, inadimplemento de ICMS-ST.

Grifa que no presente caso, cabe ao fisco comprovar o suposto fato conhecido, ônus do qual se desincumbiu, uma vez que transformou um mero indício em prova cabal, absoluta e única, lavrando o presente auto de infração. A presunção de inocência que serve em favor do contribuinte não foi elidida, sendo que o fisco a se sustentar em uma presunção, transfere o ônus da prova para o contribuinte. Transcreve lição do Professor Roque Antonio Carrazza acerca da matéria tratada.

Conclui que restando demonstrados os vícios insanáveis que inquinam o lançamento, devendo ser anulado e requer caso assim não entenda, analisar as razões de mérito que inevitavelmente acarretarão o cancelamento da presente autuação.

Quanto ao mérito, assegura que foram constatados diversos equívocos na apuração realizada pela fiscalização. O autuante não considerou no levantamento diversas operações, portanto, entende não haver que se falar em falta de recolhimento de ICMS-ST, conforme planilha resumo que reproduz e anexa a defesa.

Relaciona como equívocos cometidos pelo autuante os seguintes fatos:

- a) Não considerou notas fiscais de devolução, referente às mercadorias que foram devolvidas pelos estabelecimentos adquirentes;
- b) Considerou recolhimento ICMS-ST a menor, em situações nas quais o ICMS-ST devido pelas operações posteriores foi corretamente recolhido; e,
- c) Considerou indevidamente ICMS-ST de outras Unidades da Federação para o cálculo ICMS-ST nas operações internas.

Destaca que confeccionou planilha, gravada em mídia eletrônica – CD, que demonstra a ocorrência dos equívocos identificados, após realizar a revisão de todas as operações internas do período fiscalizado, restando provado não haver ausência de recolhimento de ICMS-ST, não existindo, portanto, qualquer fundamento para a manutenção da exigência fiscal.

Apresenta relação de todas as notas fiscais de devolução de mercadorias efetuadas pelos adquirentes conforme Doc. 03, anexo, não consideradas pelo autuante no levantamento fiscal, descabendo assim a exigência do recolhimento do ICMS-ST.

Explica que a fiscalização considerou que o ICMS-ST teria sido recolhido a menor. No entanto, demonstra o correto recolhimento do ICMS-ST dos períodos de 31/08/2014 e 31/12/2014.

Para o período de referência agosto de 2014, apresenta planilha demonstrando que o fisco encontrou a diferença a ser recolhida no valor de R\$1.294,84, porém pelos seus cálculos restou recolher R\$294,84 conforme explicitado em planilha e cópia do Documento de Arrecadação Estadual – DAE, no valor de R\$26.265,38. Justifica que o valor de R\$294,84 se refere à nota fiscal de devolução nº 019.570, referente à devolução de mercadoria ocorrida em 22/08/2014. Portanto, considerando o comprovante de recolhimento, bem como a devolução da mercadoria, verifica-se que não há qualquer divergência entre o ICMS-ST recolhido e o apurado pela fiscalização.

Para o período de referência dezembro de 2014, apresenta planilha demonstrando que o fisco encontrou a diferença a ser recolhida no valor de R\$601,66, porém pelos seus cálculos restou recolher R\$571,66 conforme explicitado em planilha e cópia do Documento de Arrecadação Estadual – DAE, no valor de R\$15.995,65. Justifica que o valor de R\$571,66 se refere às notas fiscais de devolução nº 022.877 e 000.816, referente às devoluções de mercadorias nos períodos de 03/12/2014 e 13/12/2014. Portanto, considerando o comprovante de recolhimento, bem como a devolução das mercadorias, verifica-se que não há qualquer divergência entre o ICMS-ST recolhido e o apurado pela fiscalização.

Assegura que no período de fevereiro de 2015 a fiscalização não considerou a nota fiscal de devolução nº 025.254, no valor de R\$298,30, cópia no Doc. 03, e o recolhimento a maior realizado no valor de R\$147,04, resultante da diferença de R\$16.075,89 menos R\$15.928,85, conforme comprovante de recolhimento que anexa. A diferença apontada no valor de R\$151,26, se deu em razão da fiscalização ter desconsiderado a nota fiscal de devolução de mercadoria, bem como o recolhimento a maior efetuado. Assim sendo, fica demonstrada a regularidade no procedimento em relação às operações e a ausência de recolhimento a menor de ICMS-ST.

Acrescenta em relação às notas fiscais nº 021.398 e nº 030.940 (Doc. 04 e Doc. 05) a fiscalização apurou o ICMS-ST sobre operações interestaduais, nas quais não incide a exigência por se tratar de operações internas, devendo ser excluídas da autuação.

Aduz que resta demonstrado não haver inadimplemento de ICMS devido por substituição tributária.

Pleiteia que seja dado provimento a presente impugnação, para que seja cancelado o auto de infração e protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas, em especial a juntada de novos documentos que venham a ser necessários para o total saneamento dos fatos.

Transcreve o art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, para pontuar a ausência de razoabilidade da multa aplicada, e a manutenção da mesma em valor exorbitante ensejará confisco, atingindo o patrimônio da empresa.

Explana que o artigo 3º, do Código Tributário Nacional estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não se constitui sanção por ato ilícito e que o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado. As sanções têm por objetivo proteger a arrecadação do Estado e estimular, por vias oblíquas, o pagamento de tributos devidos. Entretanto, deve haver proporcionalidade entre as penalidades aplicadas e as infrações cometidas e deve existir uma graduação razoável entre o que se paga e o que se recebe, bem como entre o que se recebe em decorrência do que não se paga pontualmente.

Diz que a punição deve guardar relação direta entre a infração cometida e o mal causado, assim como com o bem jurídico que se deseja proteger.

Recorre ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, em caso idêntico ao presente, entendeu presente o caráter confiscatório da multa, citando o voto do Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADI 551-1/RJ, e colaciona excertos de decisões de Tribunais Superiores acerca do tema.

Defende que por mais grave que seja o ilícito praticado, não se justifica a fixação de penalidade que exproprie o sujeito passivo de parcela de seu patrimônio de forma desproporcional às supostas infrações. Portanto, deve ser cancelada a multa ora exigida, por se revestir de caráter evidentemente confiscatório.

Por fim requer:

- a) Reconhecer preliminarmente as nulidades apontadas, que inquinam o lançamento de vício insanável, acarretando assim o cancelamento do presente lançamento;
- b) Que seja no mérito, conhecida e provida a presente impugnação para cancelar integralmente o auto de infração, haja vista a sua total insubsistência, conforme alegações especificadamente aduzidas, julgando-se improcedente o auto de infração;
- c) A redução da multa aplicada para patamares não confiscatórios, caso não acatados os argumentos;
- d) Que sejam as intimações realizadas em nome das Dras. Taciana Almeida Gantois, inscrita na OAB/SP nº 353.890 e Ana Cristina de Castro Ferreira, inscrita na OAB/SP sob o nº 165.417, ambas com escritório na Alameda Santos nº 1940 – 9º andar – CEP 01418-102, São Paulo – SP, Telefone (11) 2050-3434.

A Autoria Fiscal estranha ao feito presta a informação fiscal às fls. 418 a 422 apresentando as argumentações registrando que o auto de infração foi lavrado em obediência ao disposto no art. 39 do RPAF/99 e que o mesmo observou todos requisitos formais e materiais necessários à sua validade jurídica. A imputação está clara e detalhada, de forma que permitiu ao sujeito passivo o exercício de sua defesa, além de terem sido fornecidas cópias do levantamento fiscal, descabendo as arguições de nulidade.

Argumenta que, ao analisar o mérito, verificar os registros na EFD do autuado e conferir os valores recolhidos aos cofres estaduais, corrigiu os valores autuados conforme demonstrativo analítico anexado e gravado em mídia eletrônica – CD anexo.

Afirma que após abatimento dos valores indevidamente cobrados, restou o ICMS a pagar no período de setembro de 2015, o valor de R\$2.912,50.

Conclui ratificando o procedimento fiscal, aguardando que o auto de infração seja julgado parcialmente procedente.

Notificado a tomar ciência da informação fiscal, a autuada apresenta manifestação às fls. 445 a 450, onde repete parte dos argumentos apresentados na defesa e registra que foi mantido na autuação o valor de R\$2.912,50, referente ao período de setembro de 2015, valor que entende ser inexigível.

Esclarece que houve um equívoco no recolhimento no valor de R\$2.912,50, referente ao período de agosto/2015, pois neste período possuía ICMS-ST a recolher no valor de R\$21.877,66, no entanto, recolheu, o montante de R\$24.790,16, o que corresponde a uma diferença recolhida a mais no valor de R\$2.912,50.

Continua explicando que no período de apuração subsequente, setembro de 2015, apurou saldo de ICMS-ST a recolher de R\$16.720,63 e, utilizando o valor a maior equivocadamente recolhido em agosto de 2015 (R\$2.912,50), recolheu ICMS-ST no valor de R\$13.808,13, conforme demonstra em planilha que anexa e comprovantes de recolhimento dos valores acima mencionados.

Conclui que resta comprovado que o valor supostamente recolhido a menos na competência de 09/2015 decorreu de abatimento em razão do valor recolhido a maior no período de apuração de 08/2015. Portanto, entende que a exigência do valor de R\$2.912,50 é indevida, devendo ser excluído do novo demonstrativo do débito.

Ressalta que por tudo demonstrado, a exigência do ICMS-ST supostamente recolhido a menor não merece prosperar, sendo a manutenção do valor remanescente em cobrança acarretará o enriquecimento ilícito do Estado, tendo em vista que configurará a cobrança em duplicidade.

Conclui requerendo nos termos das razões expostas, o reconhecimento da insubsistência da exigência do valor remanescente, por ter havido recolhimento a maior no mês de agosto de 2015, julgando-se integralmente improcedente o auto de infração.

Em nova informação fiscal às fls. 458 a 460, a Auditora Fiscal estranha ao feito reconhece que houve o pagamento a maior, no período de agosto/2015, conforme listagem de recolhimentos que anexa, e constata que foi pago o valor de R\$24.790,16 a título de ICMS-ST em 15/09/2015, relativos ao período de agosto/2015, resultando em um a pagamento a maíor de R\$2.674,49.

Elaborou um novo demonstrativo do débito, considerando o valor do pagamento antecipado, restando o ICMS a pagar no valor de R\$238,01, referente ao período de setembro/2015.

Intimada a tomar ciência da nova informação fiscal, a autuada não mais se manifestou.

É o relatório.

VOTO

A acusação fiscal constante no presente lançamento refere-se a uma única infração caracterizada pela falta de recolhimento do ICMS-ST retido, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Tendo em vista que na peça defensiva o sujeito passivo arguiu diversas questões de fato e de direito, suscitando a nulidade ou a improcedência da autuação ao mesmo tempo apresentou robustos e consistentes argumentos e provas que suportam satisfatoriamente a pretensão em elidir a acusação, deixo de apreciar as preliminares de nulidade suscitadas para adentrar no mérito da autuação, assim autoriza o art. 18, §§2º e 3º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/1999.

Portanto, após analisar detidamente as peças que compõem o PAF, documentos apensados informações fiscais e manifestações da autuada, constato que efetivamente houve o devido esclarecimento por parte da autuada das questões apuradas pela fiscalização.

A acusação da falta de recolhimento do ICMS-ST retido de contribuintes localizados no Estado da Bahia, referente ao período fiscalizado totalizando o valor histórico de R\$22.577,50, foi contestada pela defesa que precisamente pontuou que a fiscalização não considerou notas fiscais de devolução, referentes às mercadorias que foram devolvidas pelos estabelecimentos adquirentes; considerou recolhimento ICMS-ST a menor, em situações nas quais o ICMS-ST devido pelas

operações posteriores foi corretamente recolhido; e considerou indevidamente ICMS-ST de outras Unidades da Federação para o cálculo ICMS-ST nas operações internas.

A autuada comprova suas alegações através das notas fiscais de devolução cujas cópias foram anexadas aos autos às fls. 58 a 414, além de apresentar todos os documentos de arrecadação estadual que comprovam os recolhimentos efetuados, mencionados na defesa. Também elaborou de forma clara e objetiva, demonstrativos relacionando documentos, recolhimentos efetuados e explicações para cada situação abordada na defesa.

Na primeira informação fiscal a Auditora Fiscal estranha ao feito elaborou planilha às fls. 420 e 421 onde faz o cotejamento de todas as notas fiscais de devolução apresentadas pela defesa, justificando a retificação da maior parte do valor cobrado inicialmente e mantendo como devido a ser cobrado, apenas o valor de R\$2.912,50 referente ao período de setembro de 2015.

Na manifestação da autuada às fls. 445 a 454, restou esclarecido que o valor correspondente de R\$2.912,50 decorreu de um equívoco cometido no recolhimento do valor referente ao período de agosto/2015. Neste período o ICMS-ST a recolher importava em R\$21.877,66, no entanto, foi recolhido, o montante de R\$24.790,16, correspondendo a uma diferença recolhida a maior no valor de R\$2.912,50.

No período de apuração subsequente, setembro de 2015, apurou-se o saldo de ICMS-ST a recolher no montante de R\$16.720,63 e, utilizando o valor a maior equivocadamente recolhido em agosto de 2015 (R\$2.912,50), recolheu ICMS-ST no valor de R\$13.808,13, fato que demonstra em planilha que anexa e comprovantes de recolhimento dos valores mencionados.

Em sede da última informação, às fls. 458 e 460 a Auditora Fiscal constata que no período de agosto de 2015, as devoluções somam R\$65,83, resultando no valor de ICMS-ST a ser recolhido em R\$22.115,67. Tendo procedido ao recolhimento de R\$24.790,16, restou recolher no mês R\$2.674,49 que compensando com o valor recolhido a mais em agosto de 2015 (R\$2.912,50) resta a recolher R\$238,01, conforme demonstrado a seguir.

Item	Descrição	Valor - R\$
A	ICMS-ST retido pela Autuada em 08/2015	22.181,50
B	Devoluções - CFOP 1411 - mês 08/2015	65,83
C=A-B	ICMS-ST a ser recolhido pela Autuada ref. 08/2015	22.115,67
D	ICMS-ST recolhido pela Autuada ref. 08/2015	24.790,16
E=D-C	ICMS-ST recolhido a MAIOR em 08/2015	2.674,49
F	ICMS-ST recolhido a MENOR em setembro/2015	2.912,50
G=F-E	ICMS-ST a recolher em setembro/2015	238,01

Tendo examinado os dados da Escrituração Fiscal Digital – EFD arquivada no banco de dados da SEFAZ e transmitida pelo próprio contribuinte, constato de forma clara que as devoluções ocorridas no período de agosto de 2015, escrituradas no Livro Registro de Entradas da EFD, correspondem aos seguintes valores:

CFOP 1.410 (Devolução de venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária) – R\$238,01.

CFOP 1.411 (Devolução de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária) – R\$65,83.

Assim sendo, cabe refazer os cálculos apresentados pela Auditora Fiscal na sua última informação às fls. 458 a 460, conforme a seguir demonstrado.

Item	Descrição	Valor - R\$
A	ICMS-ST retido pela Autuada em 08/2015	22.181,50

B	Devoluções - CFOP 1411 - mês 08/2015	65,83
B1	Devoluções - CFOP 1410 - mês 08/2015	238,01
C=A-(B+B1)	ICMS-ST a ser recolhido pela Autuada ref. 08/2015	21.877,66
D	ICMS-ST recolhido pela Autuada ref. 08/2015	24.790,16
E=D-C	ICMS-ST recolhido a MAIOR em 08/2015	2.912,50
F	ICMS-ST recolhido a MENOR em setembro/2015	2.912,50
G=F-E	ICMS-ST a recolher em setembro/2015	0,00

Destarte, fica demonstrado que não há valor a ser pago pela autuada decorrente do não 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, no período abrangido pelo presente auto de infração.

Pelo exposto, voto pela IMPROCEDENCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2068880035/17-0**, lavrado contra **GERDAU AÇOS LONGOS S. A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2019.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR