

A. I. Nº - 269616.0024/18-1
AUTUADA - APIS DELTA LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ MACEDO DE AGUIAR e WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 31.07.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0106-05/19

EMENTA: ICMS. MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. PROT. ICMS 104/09. OPERAÇÕES SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatadas diferenças de imposto devidas por substituição tributária, tendo como componente quantitativo a MVA. Contribuinte não consegue elidir a acusação fiscal. Nulidades rejeitadas. Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

De começo, cabe esclarecer que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos manifestos feitos pelos agentes participantes do processo.

O lançamento sob discussão, lavrado em 19/10/2018, no valor histórico de imposto de R\$56.670,44, afora acréscimos, aponta que a autuada deixou de proceder a retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A infração ganhou o código 08.49.01.

A exigência aludiu a fatos geradores ocorridos de junho a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017.

Teve a conduta enquadramento no art. 10 da Lei nº 7014/96, c/c as cláusulas primeira e terceira a quinta do Prot. ICMS 104/09, com multa de 60%, estabelecida no art. 42, II, “e” da Lei retro mencionada.

Dão suporte à cobrança, na sequência do PAF, a intimação para apresentação de livros e documentos, via Domicílio Tributário Eletrônico – DTE (fl. 05), demonstrativo dos valores apurados (fls. 06/10) e CD contendo os arquivos eletrônicos também anexados em mídia física (fl. 11).

Ciente do lançamento em 25.10.2018, consoante tramitação da ECT (fl. 13), a impugnação (fls. 20/33) foi protocolada em 21.12.2018, conforme registro presente nos autos (fl. 14).

Após oferecer uma breve síntese dos fatos e acusar o efeito suspensivo suscitado com a interposição da defesa, o contribuinte levanta a tese de ter havido bitributação, tendo em vista que o tributo foi recolhido posteriormente, em que pese a responsabilidade recair sobre a autuada. Depois, passa a discorrer sobre o instituto da substituição tributária e suas modalidades, citando decisão do STF, na qual se assegura que não deve o substituto tributário pagar se não há a ocorrência dos fatos geradores consequentes. Em seguida, pondera que o regulamento paulista de ICMS prevê a responsabilidade supletiva do substituído, com base no CTN e em precedente do TIT-SP, de modo que se torna imperioso que as substituídas sejam fiscalizadas antes de ser procedente a autuação, sobretudo porque não se percebeu sonegação fiscal. Ademais, traz a lume decisão liminar do STF proferida na ADIn 5866, suspendendo a eficácia de cláusulas do Conv. ICMS 52/2017, de sorte que os Estados-membros estão impedidos de cobrar o ICMS-ST até posição definitiva daquela Corte Máxima, acrescentando ainda, que pela ADI 4628, o instituto da substituição tributária somente pode ser veiculado através de lei complementar. Noutro vértice da impugnação, alega ter havido excesso de autuação, “uma vez glosados os créditos” (sic; fl. 32), em desatenção aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, legalidade estrita, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Pede, por fim, o cancelamento do auto de infração.

Acompanharam a contestação, os atos constitutivos da empresa autuada, procurações e demais documentos de “regularização processual” (fls. 34/44).

Em seu informe fiscal (fls. 48/49), os i. autuantes sustentaram que as operações alcançadas pela auditoria decorrem dos comandos contidos no Prot. ICMS 104/09, celebrado entre a Bahia e São Paulo, amparado “em Lei Complementar que lhe garante plena aplicabilidade em ambas as unidades federativas contratantes” (sic). Pedem, por fim, a manutenção do lançamento.

Distribuído o processo para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos instrutórios presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, então, a compartilhar o meu voto. É o relatório.

VOTO

Efetivamente, o auto de infração obedece aos requisitos formais de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

A impugnação foi interposta dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de extemporaneidade e consequente revelia.

Não há vícios de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória pode atuar neste PAF, conforme atesta o documento de fl. 34, não contrariado pela fiscalização.

Vejo também atendidos o contraditório e a ampla defesa, bem como os demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

No que toca ao mérito, alguns pontos são manejados pela impugnante. Apreciaremos cada um deles.

Antes, porém, cabe assinalar que a formalização da defesa administrativa já faz disparar automaticamente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até o esgotamento da discussão na esfera administrativa, por força do comando contido no art. 151, III do CTN. Portanto, desnecessário que se faça requerimento expresso neste sentido, conforme verificado à fl. 32.

Alega-se ter havido bitributação porquanto o ICMS ora cobrado acabou sendo pago pelos agentes econômicos postados a frente da cadeia. Não há evidências nos autos de que isto tenha ocorrido. E mesmo que houvesse, a responsabilidade pelo recolhimento do tributo compete ao autuado, haja vista ser ele, por determinação inserta em acordo interestadual, quem está no polo passivo da relação tributária. Nestes moldes, desassiste razão ao contribuinte.

Também não ficou provado no PAF a inoccorrência de qualquer fato gerador que justificasse a restituição do imposto ou, se desse tempo, a dispensa do seu pagamento.

Por outro lado, os dispositivos da legislação paulista citados na contestação não podem ter aplicação para gizar responsabilidades de contribuintes com o fito de pagar tributos em favor do erário baiano. Tem a autuada inscrição estadual no cadastro fazendário da Bahia e, como tal, atrai para si a responsabilidade pelo pagamento do ICMS-ST, afastando a possibilidade de cobrança da obrigação voltada para o contribuinte substituído, em razão da solidariedade tributária. A responsabilidade supletiva prevista no art. 128 do CTN só será acionada quando, após previsão em lei, esgotarem-se todas as possibilidades de cobrança por parte do devedor principal, no caso, o autuado.

Outrossim, não encontra pertinência com o caso em foco a decisão liminar tomada pelo STF na ADI 5866. Esta perdeu objeto na medida em que o Conv. ICMS 52/2017 foi revogado pela cláusula trigésima quarta do Conv. ICMS 142/18, que trata da disciplina da substituição tributária prevista em acordos interestaduais. Este último acordo produz plenos efeitos jurídicos.

Já a questão abordada na ADI 4628 restou superada com o advento da EC 87/2015, sem falar no fato que, se validade aquela decisão ainda tivesse, não teria cabimento para a hipótese em tela, visto que a substituição tributária ora cobrada envolve contribuintes de direito de ICMS.

Por fim, não se percebe nas argumentações defensivas conexão lógica entre a arguição de ter havido excesso de autuação em função de terem sido “glosados os créditos” (sic; fl. 32), como sustentado pela empresa, até porque o lançamento não versa sobre utilização indevida de créditos fiscais e sim falta de retenção de imposto devido por substituição tributária. A autuação, portanto, está do lado dos débitos, não do lado dos créditos, como equivocadamente traçado na peça impugnatória. Destarte, não se percebe violações aos princípios jurídicos mencionados pelo contribuinte.

Não se pode perder de vista que o instituto da substituição tributária para frente encontra guarida constitucional no §7º do art. 150 da CF/88, cujas operações interestaduais poderão se submeter a este regime jurídico através da celebração de Convênios e Protocolos, consoante estipula o art. 9º da LC 87/96.

O que está patenteado no presente processo é que a exigência partiu do fato do sujeito passivo ter deixado de fazer a retenção e consequente pagamento do ICMS devido por substituição tributária, em operações de vendas de materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno destinadas para o território baiano e submetidas a tal regime jurídico em virtude do estatuído no Prot. ICMS 104/09, avençado entre a Bahia e São Paulo.

Neste trilho, os autuantes elaboraram levantamento fiscal no qual se identifica os totais mensais cobrados a este título, que não contaram com qualquer contestação por parte do contribuinte, nem no seu aspecto material, nem no seu aspecto quantitativo.

Assim a autuação há de ser mantida na sua integralidade. É como julgo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **269616.0024/18-1**, lavrado contra **APIS DELTA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor histórico de **R\$56.670,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR