

PROCESSO	- A. I. Nº 080556.0006/17-0
RECORRENTE	- MANUFATURA DE BRINQUEDOS PICA PAU LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0015-06/18
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 27/11/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0351-12/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Assiste razão ao recorrente, pois a mercadoria está vinculada às operações de reindustrialização, sendo confirmado o pagamento e até a atividade de industrialização com código de 3240099, conforme se encontra demonstrado no Sistema INC da SEFAZ. Assim, excluo do lançamento tributário os valores referentes às Notas Fiscais objeto destas razões. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Afastado pedido de cancelamento da multa aplicada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2017, que formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$36.007,38, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7014/96, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, código 08.37.03: *de o contribuinte ter deixado de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia*.

Após apresentar defesa, fls. 24 a 25, e o autuante prestar a informação fiscal às fls. 42 a 46, a JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

Verifico, em preliminar, que o auto de infração se encontra devidamente instruído, com todos os elementos e requisitos de validade e eficácia previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF). Constam no presente processo a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, os dispositivos da legislação tributária infringidos, a tipificação da multa, a base de cálculo do imposto, alíquota e valor do ICMS exigido. Todos esses elementos permitem ao impugnante o pleno exercício do seu direito de defesa.

Assim, estando o processo revestido das formalidades legais, anoto que o procedimento fiscal atende às normas regulamentares, não estando presentes nos autos, quaisquer dos motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, assim, adentro a análise do mérito da autuação.

Observo que a matéria em lide está disciplinada no Protocolo ICMS nº 108/09, celebrado entre os Estados da Bahia e de São Paulo, que dispõe sobre a substituição tributária (ST) nas operações com brinquedos.

Registro que em sua cláusula primeira, o citado acordo estadual determina que nas operações interestaduais com as mercadorias de código NCM 950300, listadas no anexo único, 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.

Por outro lado, a cláusula segunda traz em seu bojo algumas hipóteses de não aplicação do tratamento tributário do regime de substituição tributária, na hipótese, dentre outras, a insculpida no inciso II, que prevê a não aplicação da ST nas operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial, para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem.

Verifico que foi lastreado nessa hipótese, prevista no inciso II, da cláusula segunda do acordo interestadual, que se pautou o autuado para não proceder à retenção do imposto referente a ST, conforme o protocolo em comento, o que resultou na presente lide.

A autuação foi decorrente da constatação pelo preposto fiscal da não retenção e consequente não recolhimento do ICMS-ST, relativo às operações subsequentes, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas de mercadorias do Protocolo ICMS nº 108/09, para contribuintes localizados neste Estado.

O defendente trouxe aos autos, para justificar seu procedimento, documentos que de forma pertinente, não foram aceitos pela fiscalização para elidir a acusação fiscal.

Com efeito, afirma o defendente que os produtos foram vendidos para reinustrialização pelo destinatário, por isso não cabia a retenção do imposto. Entretanto, os documentos acostados não trazem nenhum tipo de relação com as notas fiscais, objeto da autuação fiscal.

Conforme registra o autuante, verifico que a “Declaração de Usuário para Reindustrialização” apresentada por uma das destinatárias, a A P M BEVERVANSO PLÁSTICO - ME, e que trata do emprego dos produtos adquiridos, não faz menção alguma aos documentos em questão. Assim também, verifico que o documento PC 1386, mediante o qual esse mesmo adquirente diz ter formulado o pedido dos produtos para reinustrialização, não consta nos documentos questionados, não sendo, por conseguinte, factível haver relação entre eles.

Ademais, o produto vendido para a empresa em epígrafe é “corneta festa-copa”, que o autuante comprova ser um produto sujeito ao regime de ST destinado à comercialização, mediante nota fiscal, anexada à (fl. 44), que trata da mesma mercadoria. Anoto que o citado produto consta nas NF-e (s) com a NCM 950300, por consequência, é alcançado pelo tratamento tributário relativo ao Protocolo ICMS nº 108/09.

O querelante, em sua peça defensiva, silencia sobre as mercadorias destinadas à empresa Irmãos Correia & Cia, mediante NF-e nº 027.061, o que implica no reconhecimento da acusação.

Constatou que os valores do ICMS/ST devidos, lançados neste Auto de Infração, estão demonstrados no levantamento fiscal (fl. 04), e não foram contestados pelo autuado nas razões defensivas.

Assim sendo, considerando que o autuado não conseguiu comprovar que as mercadorias objeto da autuação, foram destinadas à reinustrialização, e por consequência, não se aplicaria o tratamento tributário veiculado pelo Protocolo nº ICMS 108/09, mantenho a autuação fiscal.

Com base no exposto, o presente Auto de Infração é **PROCEDENTE**, devendo ser homologados os valores recolhidos.

O contribuinte, inconformado com a Decisão de piso, interpôs o Recurso Voluntário, às fls. 71/79, que apresenta a seguinte argumentação.

Após tomar conhecimento do Acórdão proferido contrário à argumentação defensiva. Volta a alegar preliminar de nulidade, dizendo que a fiscalização não observou os conceitos básicos para a lavratura do Auto de Infração. Pontua que não verificou se houve ou não, na atividade do contribuinte, o cumprimento das obrigações principais e acessórias, como sujeito passivo de uma relação jurídico-tributária, na qual é sujeito ativo o poder tributante, bem como se a atitude desempenhada pelo contribuinte estava imbuída de má-fé.

Disse que a administração pública deve agir em plena conformidade com os dispositivos legais, agir sob a égide da lei, respeitando suas delimitações, atuar sob a lei, com o objetivo ético de respeitá-la e fazê-la respeitar, deve também tomar como irrefutáveis, as definições que dela emerge. Reproduz ensinamentos dos saudosos Professores Hely Lopes Meireles e o limo. Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Direito Administrativo Brasileiro.

Pede que seja revisto o Auto de Infração para que seja afastada a imputação do recolhimento do ICMS/ST, bem como para que seja cancelada a multa e os juros aplicados, tendo em vista que o contribuinte, ora Recorrente, em momento algum agiu de má-fé.

Nos argumentos do mérito, reproduz o art. 155, II da Constituição Federal, que trata da competência dos Estados e do Distrito Federal para a instituição, o art. 2º da LC 87/1996 que trata da incidência do referido imposto e, consequentemente, o art. 1º do RICMS.

Após transcrever os dispositivos, afirma que a ST (Substituição Tributária) é regime pelo qual a responsabilidade pelo ICMS devido em relação às operações ou prestações de serviços é atribuída a outro contribuinte.

Explica que o contribuinte da cadeia produtiva ficará responsável pela retenção e o pagamento do imposto referente às operações subsequentes, assim, infere que nesta modalidade de ST, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes, fica atribuída ao alienante ou remetente. Pondera que a recorrente realizou venda interestadual de

mercadoria, se não tivesse sido as mercadorias vendidas com a finalidade de industrialização pelo comprador.

Aponta que o Protocolo ICMS 108/109, incisos II e III da cláusula segunda, (que mesmo revogado pelo Convênio ICMS 155/2015, produz efeitos, pois não são contrários às disposições do Convênio ICMS 92/15), dispõe sobre a ST nas operações com brinquedos, sendo que as mercadorias vendidas foram para reindustrialização e não estão sujeitas ao regime de ST.

Destaca que **as Notas Fiscais-es nºs 31.782, 31.878, 31.940, 32.732, 33.162 e 33.300, referem-se à venda de mercadorias destinadas a reindustrialização, o que afasta a obrigatoriedade da Recorrente em reter e recolher o imposto como ST.** Assevera que resta claro que é indevido o Auto de Infração lavrado, tendo em vista a mesma está amparada pela legislação quando da operação de venda efetuada.

Ressalta que a empresa APM BEVERVANSO PLÁSTICOS ME (Doc. anexo) emitiu uma declaração, atestando que as mercadorias vendidas pela ora Recorrente, e que foram objeto de autuação, foram adquiridas para reindustrialização, assim, não há motivos para permanência do Auto de Infração, não podendo a Recorrente, empresa idônea, ser cobrada por ausência de recolhimento de suposta obrigação que não lhe cabe.

Roga pela boa fé do contribuinte, principalmente exemplificando manifestação do Ministro do STJ, Humberto Gomes de Barros, em voto publicado na RSTJ 24/210: *“a boa-fé dos administrados passou a ter importância imperativa no Estado intervencionista, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material. E preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos”.*

Pede pelo afastamento da multa aplicada com base nos princípios da boa-fé e da proporcionalidade, que abrangem as relações jurídico-tributárias, sobejamente na seara da cominação de penalidades. Assim, entende que deve ser excluída, uma vez que, afirma, em momento algum, a Recorrente agiu de má-fé ou pretendeu fraudar o Fisco, não havendo motivos que justifiquem a aplicação de multa isolada. Reproduz a disposição da multa aplicada.

Discorre que o STF vem se manifestando no sentido de inexistir a possibilidade da cobrança de multas exorbitantes e descabidas, principalmente, no percentual aplicado de 60%. Diz que a imposição da multa infringe categoricamente o direito ao contraditório e à ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, o direito fundamental de petição aos poderes públicos contido no artigo 5º, inciso XXXIV, letra “a” da carta magna, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Requer o afastamento da multa.

Finaliza, solicitando o Provimento integral do Recurso Voluntário no sentido de reconhecer a nulidade do ato de lançamento tributário, respectivas multas e penalidades, cancelando-o, com a consequente extinção e arquivamento do presente Processo Administrativo.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 6ª JJF que julgou Procedente o auto de infração, sob alegação de falta de retenção ou recolhimento por antecipação em operações interestaduais subsequentes.

Quanto à alegação de preliminar de nulidade de que *“a fiscalização não observou os conceitos básicos para a lavratura do Auto de Infração ..., que não verificou se houve ou não ... o cumprimento das obrigações principais e acessórias ...”*. Vejo que a decisão de piso negou o acolhimento, discorrendo que o Auto de Infração está devidamente pronto para ser julgado, pois constam nos autos todos os requisitos e elementos para se confirmar a sustentabilidade. Verifico, como também fora rechaçado pela JJF, que o Auto de Infração está devidamente revestido das formalidades legais para dar seguimento ao processo. Noto, também, que procedimento fiscal adotado pela fiscalização atende todas normas regulamentares, o que não ensejaria quaisquer motivos para se anular tal ato, conforme descreve o art. 18, I a 4 do RPAF/BA. Assim, nego acolhimento da preliminar suscitada e mantendo o mesmo sentido proferido pelo colegiado julgador.

Para os argumentos de mérito, a recorrente novamente vem aos autos, através de seu apelo de que “as Notas Fiscais-es nºs 31.782, 31.878, 31.940, 32.732, 33.162 e 33.300, referem-se à venda de mercadorias destinadas a reindustrialização, o que afasta a obrigatoriedade ... em reter e recolher o imposto como ST” e “que é indevido o Auto de Infração lavrado, tendo em vista a mesma está amparada pela legislação quando da operação de venda efetuada”. Explica ainda, que “a empresa APM BEVERVANSO PLÁSTICOS ME (Doc. anexo) emitiu uma declaração atestando que as mercadorias vendidas ... foram adquiridas para reindustrialização”, estando tudo conforme o Protocolo ICMS 108/09 – Cláusula segunda, inciso II.

Para estas razões, vejo que a JJF manteve a autuação pela procedência sob o argumento de que tanto as alegações defensivas como os documentos acostados aos autos não trazem nenhum tipo de relação com as notas fiscais, objeto da autuação fiscal. Foi verificado também que a “Declaração de Usuário para Reindustrialização”, na qual o defendantecostou, não fez menção alguma ao documento em questão, também juntado, onde alega que fora formulado o pedido dos produtos para reindustrialização, não foi encontrado no documento questionado sentido para a operação de reindustrialização, não sendo factível haver relação entre eles. Disse ainda que, relativamente ao produto “corneta festa-copa”, foi comprovado pela fiscalização o regime de ST destinado a comercialização, silenciando-se o recorrente para as mercadorias destinadas à empresa IRMÃOS CORREIA & CIA, as quais têm o mesmo tratamento tributário.

Após essas deliberações constatadas pela Junta julgadora, verifiquei que o recorrente novamente trouxe os mesmos documentos já acostados. Destaco que, após verificação junto ao colegiado, observamos que as empresas vinculadas às mercadorias são indústrias, sendo assim, o recorrente consegue comprovar que as mercadorias foram destinadas à reindustrialização.

Observa-se que assiste razão ao recorrente, pois a mercadoria está vinculada às operações de reindustrialização, sendo confirmados os pagamentos e até a atividade de industrialização com código de 3240099, conforme se encontra demonstrado no Sistema INC da SEFAZ. Assim, excluo do lançamento tributário os valores referentes às Notas Fiscais nºs 31.782, 31.878, 31.940, 32.732, 33.162 e 33.300, totalizando o valor de R\$35.867,40, conforme indicado na peça defensiva e sustentado novamente nas razões recursais, de forma genérica, mas eficaz.

Quanto ao pedido de cancelamento ou afastamento da multa aplicada, vejo que tal pleito transborda os limites de competência jurisdicional deferida a este colegiado, pois o art. 158 do RPAF/BA somente prevê tal possibilidade na hipótese de multas por descumprimento de obrigação acessória, o que não é o caso dos autos.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado e voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$139,80, estando de acordo com o pagamento e reconhecimento efetuado pelo recorrente, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **080556.0006/17-0**, lavrado contra **MANUFATURA DE BRINQUEDOS PICA PAU LTDA.**, no valor de **R\$139,80**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser cientificado o recorrente desta decisão, após encaminhar os autos ao setor competente para a homologação do valor recolhido e posteriormente fazer o arquivamento do PAF.

Sala das sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

