

PROCESSO - A. I. Nº 269616.0024/18-1
RECORRENTE - APIS DELTA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0106-05/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01.12.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0249-11/20-VD

EMENTA: ICMS. MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. PROTOCOLO 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**.

RELATÓRIO

É motivado o presente processo pela decisão proferida pela 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração nº 269616.0024/18-1, lavrado em 19.10.2108, ciente em 25.10.2018, no valor original de R\$56.670,44, pelo cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 028.49.01

Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizado no estado da Bahia.

Analisando o Auto de Infração acima identificado, a defesa inicial apresentada pela autuada, protocolada em 21.12.2018, fls. 20 a 33 do processo, a Informação Fiscal, protocolada em 05.06.2019, fls. 48 a 49, em sessão do dia 09.07.2019, a 5ª JJF, conforme transcrição às fls. 55 a 57, assim se pronunciou:

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 trilha, 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.

Tendo conhecimento da decisão proferida pela Junta Julgadora, irresignada e dentro do prazo estabelecido pelo RPAF/BAHIA, tempestivamente, a Recorrente, representada por representante jurídico devidamente constituído, Fábio Francisco Farias, OAB/SP nº 279.043, apresentou Recurso Voluntário, protocolado em 28.08.2019, fls. 71 a 77, pleiteando pela reforma da decisão, o que passo a analisar.

De início a Recorrente historia a autuação e as razões que levaram o autuante a assim proceder, destacando que a fundamentação para a mesma está lastreada no que dispõe o Protocolo ICMS nº 26/2010.

Diz que apresentou defesa administrativa, não acatada pela Junta Julgadora, cuja ementa transcreve, afirmando que tal decisão não pode prosperar pelas razões que expõe.

Por tratar o processo de cobrança do ICMS Substituição Tributária, traz inicialmente ensinamento de Leandro Paulsen, quando afirma: *Substituição tributária é um mecanismo de arrecadação de tributos utilizado pelos governos federais e estaduais. O substituto tributário é o tributo “em lugar” do contribuinte.*

Acresce o que ensina Ricardo Alexandre, que analisando o instituto da substituição tributária, comenta: *“desde a ocorrência do fato gerador, a sujeição passiva recai sobre uma pessoa diferente daquela que possui relação pessoal e direta com a situação descrita em lei como fato gerador do tributo”.*

Diz mais ainda que *“a previsão na lei da antecipação do pagamento de tributo cujo fato gerador ainda não se verificou (substituição tributária pra frente) viola princípios tributários, entre ele o da tipicidade, o da capacidade contributiva e o do não confisco”.*

Diz que o direito que nortearia o direito do Estado praticar tal cobrança está previsto na Constituição Federal, na Lei estadual da Bahia, nº 7.014/96 e no Convênio ICMS 52/2017, e não no Convênio ICMS 26/10, como alegado pelo autuante, citando ainda o pensamento da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Pleiteando a não obrigatoriedade do recolhimento do ICMS no caso em lide, afirma que *“realizou operações de venda de registros e válvulas de pressão para gás, cujas classificações fiscais são: 8481.8099, 85364900, 74153900 entre outras; para, em sua maioria, destinatários finais da mercadoria ou produto, o que não enseja a obrigação pelo recolhimento do imposto, de acordo com o CONVÊNIO 52/2017”*.

Diz que, por decisão do STF, através a ADI nº 5866, os Estados estão proibidos de cobrar o ICMS ST, até decisão final da mesma.

Complementa comentando o quanto afirmado na decisão de piso: *“não encontra pertinência com o caso em foco a decisão liminar tomada pelo STF na ADI 5866. Esta perdeu o objeto na medida em que o Convênio ICMS 52/2017 foi revogado pela cláusula trigésima quarta do Convênio ICMS 142/2018, que trata da disciplina da substituição tributária prevista em acordos interestaduais. Este último acordo produz plenos efeitos jurídicos.*

Reafirma a impossibilidade de os Estados efetuarem a cobrança do ICMS ST até o julgamento final da ADI-5866.

Comentando a respeito da possibilidade de cobrança do ICMS-ST diz que, tanto a Lei Complementar nº 87/96, quanto a Lei nº 7.014/96, em seu artigo 10, a seguir transcrito, diz que a mesma só pode ser efetuada mediante a celebração de convênios ou protocolos, como abaixo:

Lei nº 7.014/96:

Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

Reafirmando o seu entendimento, apresenta o pensamento de Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo quando dizem: *“ó a forma que a lei considere essencial à validade do ato é que, se descumprida, origina um ato nulo - (Direito Administrativo Descomplicado, 19º ed., rev. e atual, São Paulo: Método, 2011, pág. 450).”*

Encerrando sua peça recursiva, a Recorrente diz:

ANTE O EXPOSTO, requer a recorrente seja o presente recurso recebido e processado, para que, após os trâmites legais, seja dado total provimento e consequente CANCELAMENTO do Auto de Infração, considerando que a cobrança do ICMS-ST para operações interestaduais está suspensa, e a recorrente sempre respeitou a legalidade e todo o universo jurídico indicador do Direito Administrativo, além de atender, integralmente, as determinações do órgão fiscalizador, no sentido de apresentar toda documentação exigida.

VOTO

A Substituição Tributária, como a própria denominação diz, consiste em transferir para outro a responsabilidade pelo recolhimento do tributo que seria devido pelo adquirente, sendo um instituto adotado pelos entes tributantes buscando a concentração em **poucos** das obrigações devidas por muitos. Isto facilita o sistema de fiscalização, racionalizando-o e promovendo economia às atividades fiscais dos Estados, além de antecipar as receitas tributárias.

Esta forma de arrecadação, inicialmente estabelecida para um número reduzido de produtos, ao se mostrar altamente benéfico para os Estados foi, paulatinamente, adotada segundo as conveniências e necessidades estatais, tendo se tornado um capítulo, quase à parte da legislação, em especial, do ICMS.

Os produtos que a ela se submetem, quando se trata de operações interestaduais, são definidos através Convênio ou Protocolos firmados entre Estados da Federação e o recolhimento do tributo substituído é determinado segundo as legislações de cada Estado, com prazos e condições que

determinem a simplificação, tanto para o Estado como para o contribuinte.

Nas operações interestaduais o recolhimento da ST deve ser efetuado antes do ingresso da mercadoria no território do Estado de destino, o que onera sobremodo as operações dos contribuintes remetentes. Esta situação pode ser minorada quando o contribuinte remetente faz uso de prerrogativa de recolher a ST sobre todas as operações destinadas a determinado Estado, no período mensal, no mês subsequente em uma única guia de arrecadação, através a obtenção de inscrição na condição de CONTRIBUINTE SUBSTITUTO no Estado que lhe convenha.

A Recorrente, utilizando esta prerrogativa, devidamente prevista e normatizada no RICMS BAHIA, conforme abaixo transcrito:

Art. 2º Inscrever-se-ão no Cadastro de Contribuintes, antes de iniciarem suas atividades:

III - na condição de SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO as pessoas jurídicas de outra unidade da Federação que efetuarem remessas de mercadorias:

- a) sujeitas ao regime de substituição tributária para contribuintes estabelecidos neste Estado, observado o disposto em convênios e protocolos dos quais a Bahia seja signatária;*
- b) destinadas a consumidor final localizado neste Estado, não contribuinte do imposto.*

Promoveu a sua inscrição no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, conforme Ficha Cadastral abaixo reproduzida:

Consulta Básica ao Cadastro do ICMS da Bahia

Dados da empresa

Identificação

CNPJ: 01.940.049/0001-97

Inscrição Estadual: 133.341.285 CS

Razão Social: APIS DELTA LTDA

Nome Fantasia:

Natureza Jurídica: SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA

Unidade de Atendimento: SAT/DPF/GERSU

Unidade de Fiscalização: IFEP COMERCIO

Endereço

Logradouro: RUA ALVARES CABRAL

Número: 1151

Complemento:

Bairro/Distrito: CENTRO

CEP: 9980160

Município: DIADEMA

UF: SP

Telefone: (11) 40562300

E-mail: SIDNEI@APISDELTA.COM.BR

Referência: .

Localização: ZONA URBANA

Domicílio Tributário Eletrônico – DTE

Situação do DTE: CREDENCIADO

Data do Credenciamento: 21/06/2016

Situação da Conta: ATIVA

Data da Criação da Conta: 21/06/2016

Informações Complementares

Data de Inclusão do Contribuinte: 14/06/2016

Atividade Econômica Principal:

2829199 - Fabricação de outras máquinas e equipamentos de uso geral não especificados anteriormente, peças e acessórios

Atividade Econômica Secundária

2825900 - Fabricação de máquinas e equipamentos para saneamento básico e ambiental, peças e acessórios

3321000 - Instalação de máquinas e equipamentos industriais

Unidade: UNIDADE PRODUTIVA

Forma de Atuação

-ESTABELECIMENTO FIXO

Condição: SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO

Forma de pagamento: SUBSTITUIÇÃO/DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS

Situação Cadastral Vigente: ATIVO

Endereço de Correspondência

Endereço: RUA ALVARES CABRAL

Complemento:

Referência: .

Número: 1151

Bairro: SERRARIA

CEP: 9980160

Município: DIADEMA

UF: SP

Informações do Contador

Classificação CRC: Profissional

CRC: 161748-SP

Tipo CRC: Originario

Nome: EDNA LEITE RUFINO

Responsável pela organização contábil

Classificação CRC: Profissional

CRC:

Tipo CRC: Originario

Nome:

Endereço

Endereço: RUA ADRIANO RACINE APT 11 BLOCO 1

Número: 20

Bairro: JARDIM
CELESTE

Município: SAO
PAULO

UF: SP

Referencia:

CEP: 4195010

Telefone: (11) 40562300

Celular: ()

Fax: ()

E-mail:

Nota: Os dados acima são baseados em informações fornecidas pelo contribuinte, estando sujeitos a posterior confirmação pelo Fisco

Data da Consulta: 26/09/2020

A sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado lhe obriga a atender às exigências previstas na legislação estadual, dentre elas o recolhimento do ICMS que, obrigatoriamente, deve reter dos seus clientes sediados neste Estado, de relação aos produtos enquadrados na Substituição Tributária, sendo que tal obrigação tem prazo definido no RICMS, como abaixo:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

I - até o dia 9 do mês subsequente:

...

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

...

g) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:

1 - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuar-la em valor inferior ao estabelecido no acordo;

Configurada está a responsabilidade assumida pela Recorrente, devidamente de seu conhecimento. O seu não cumprimento, enseja a ação do Estado para que se atenda à legislação pertinente, e seja o contribuinte omissor compelido a atender ao quanto se obrigou, a retenção e o recolhimento do ICMS-ST sobre as operações de vendas praticadas com contribuintes do Estado da Bahia.

Em resumo:

- (i) As mercadorias objeto da autuação, abarcadas pelo NCM 8481, constantes do Anexo I do RICMS, item 8.79, são sujeitas à Substituição Tributária por força de Protocolo ICMS 104/09, de que são signatários os Estados de São Paulo, onde se localiza a Recorrente, e da Bahia, onde se localizam os contribuintes destinatários;
- (ii) A Recorrente está devidamente cadastrada na condição de Contribuinte Substituto no Estado

da Bahia;

(iii) A Recorrente efetuou vendas de produtos sujeitos à ST sem o devido recolhimento aos cofres estaduais dos valores a que se obrigou;

(iv) Não ocorre, no caso, a pretensa responsabilidade solidária aventada pela Recorrente;

O desejo da Recorrente em não efetuar o recolhimento do ICMS-ST, quando obteve inscrição de Contribuinte Substituto no Estado da Bahia, para tanto, denota, no mínimo, em tentativa de burla à legislação.

Desta forma, diante de tudo o que foi descrito no processo, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e julgou PROCEDENTE o Auto de Infração objeto da lide, mantendo a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269616.0024/18-1**, lavrado contra **APIS DELTA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.670,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS