

N. F. Nº - 269140.0008/18-4
NOTIFICADO - VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A.
NOTIFICANTE - CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/07/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0079-04/21NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Considerações de defesa elide a autuação. Comprovado que os valores indicados na autuação foram devidamente recolhidos aos Cofres do Estado competente, atestado pelo agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, restando insubsistente a autuação. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal, lavrada em 29/06/2018, refere-se à exigência de R\$1.611,68 de ICMS, mais multa de 60%, no valor de R\$2.417,52, e acréscimo moratório de R\$887,59, que perfaz o montante de R\$4.916,79, por ter deixado de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados neste Estado, em relação aos meses de janeiro e julho de 2013, conforme demonstrativo de fls. 3/50 dos autos.

Enquadramento legal: Artigo 8º, inc. II, da Lei 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. V, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

O notificado apresentou impugnação às fls. 59/76 do PAF, com manifestações e razões de esclarecimento quanto a irregularidade apontada, que a seguir passo a descrever:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, com unidade filial na Fazenda Brandão, Zona Rural, S/N, Laranjeiras – SE, CEP 49.170-000, inscrita no CNPJ sob o nº 10.656.452/0023-95, Inscrição Estadual (substituição) nº 070.305.107, vem, respeitosamente, com fulcro no art. 5º, LV, da Constituição Federal, e nos termos dos arts. 145, I e 151, III, do CTN, apresentar, tempestivamente, a presente impugna, que a seguir passo a descrever.

I. SINOPSE FÁTICA DA AUTUAÇÃO

Diz que, como é a praxe do Grupo, sempre diligenciou com afinco para bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público, notadamente no tocante ao cumprimento de obrigações tributárias.

Ocorre que foi surpreendida quando tomou ciência do presente Notificação Fiscal lavrada por Autoridade da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. O débito exigido, segundo a notificação, ora impugnada, no valor histórico de R\$4.916,79, relaciona a supostas infrações envolvendo a suposta falta de recolhimento de ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Diz que, inobstante a Autuada ter recolhido o ICMS de seus produtos nos percentuais corretos, com as deduções e isenções a que faz jus, observando fielmente as legislações pertinentes, o Fisco Estadual Baiano entendeu que as reduções e isenções utilizadas pela Impugnante afrontam o que dispõe o art. 8º, II, da Lei 7.014/96, c/c art. 289 RICMS, na medida em que, no seu entendimento, não houve recolhimento de ICMS/ST nos meses de janeiro e julho do ano de 2013.

Assim que, aduz que, de forma a demonstrar que a Autuada efetuou os recolhimentos com os cálculos escorreitos, conforme determinado pela legislação de regência, é que se apresenta esta Impugnação, para que reste rechaçada qualquer dúvida a respeito da legalidade na conduta da empresa e ao final seja julgado improcedente *in totum* o presente auto, impedindo a efetivação da cobrança pretendida pelo Estado da Bahia.

II. DAS PRELIMINARES

II.1 Da tempestividade do presente petítório

Antes de adentrar às questões de direito que impõe o conhecimento e o provimento da presente impugnação, aponta que foi intimada do presente Notificação de Lançamento em 05/07/2018 (quinta-feira), dispondo de 30 (trinta) dias para quitar o débito fiscal ou apresentar defesa (prazo expresso na Intimação recebida).

Sendo assim, o prazo para a presente defesa finda no dia 04/08/2018, sendo absolutamente tempestiva a Impugnação ora apresentada, pelo que se requer desde já seu conhecimento.

II.2 Da reclamação/defesa com suspensão de exigibilidade. aplicação imediata dos arts. 151, III e 206 do CTN

Diz que, entre os vários direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal de 1988, não por acaso conhecida como “*Constituição Cidadã*”, está o direito de petição ao Poder Público, o qual se compadria com o princípio do devido processo legal (*due process of law*), que se desdobra no direito à ampla defesa e contraditório.

Tais previsões estão no art. 5º, XXXIV, “a” e LV da CF/88, os quais são “cláusulas pétreas” (núcleo imutável da Constituição, não passível de alteração por intermédio de emendas constitucionais), nos termos do art. 60, §4º da mesma Carta Suprema, que destaca.

Diz que o significado dessas diretrizes constitucionais é, na prática, um direito que pertence a toda pessoa, física ou jurídica, de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou situação contra ele imputada e que lhe possa trazer dano patrimonial e/ou jurídico, podendo ter por objetivo o pedido de uma reorientação da situação.

Especialmente na presente esfera jurídico-tributária estadual, constitui-se meio idôneo para suspender a exigibilidade do crédito tributário a apresentação de impugnação administrativa, aplicando-se a regra do art. 151, III, do CTN, que destaca.

Diante disso, ab initio, diz que é necessário se faz a declaração da suspensão de exigibilidade do suposto “crédito tributário”, para todos os fins de direito, tudo nos termos do art. 206 do CTN, o que desde já se requer, sob pena de vilipêndio aos arts. 5º, LV, e 146 da Constituição Federal de 1988.

Ultrapassadas as preliminares, o que só se admite por respeito ao princípio da eventualidade e amor ao debate, diz que passará a tratar as infrações especificamente.

II.2 Da Decadência do direito do fisco de efetuar lançamento fiscal sobre os fatos jurídicos ocorridos até 04/07/2013, art. 150, §4º do CTN

Ainda preliminarmente, diz que cabe fazer uma análise acerca do prazo decadencial que atingiu infrações na autuação sob debate.

É cediço que o Código Tributário Nacional, da mesma forma que prevê a cobrança pelo Fisco de tributos como o ICMS, de que trata esta Notificação de Lançamento, institui prazos para que seja feita tal exigência.

Final, permitir a cobrança de tributos *ad eternum* acabaria com a segurança necessária ao ordenamento jurídico.

Assim, diz que o CTN, recepcionado como norma complementar à Constituição Federal de 1988 (art. 146, III), determina prazos que, uma vez ultrapassados sem que autoridade obrigada (vide art. 142 do CTN) tenha realizada a atividade de lançamento, considera-se extinto o crédito tributário, nos termos do art. 156, V, do CTN, que destaca.

Há de se considerar, que o prazo decadencial para o lançamento de tributos é de cinco anos, qualquer que seja a sua modalidade de lançamento, sendo a sua forma mais geral de aplicação a do art. 150, §4º do CTN, isto é, aquela que se aplica aos tributos cujo lançamento ocorre “por homologação”.

E sendo o ICMS um tributo cujo lançamento é feito por homologação, ou seja, o contribuinte recolhe-o antes do prévio exame pela autoridade administrativa que, posteriormente, deve homologá-la ou não, a depender da sua análise e anuência com o valor de tributo recolhido, este prazo inicia-se na data do fato gerador do imposto. Este é o que diz extrair diretamente do art. 150, § 4º, do CTN, que cita.

Após descrever entendimentos de estudiosos do Direito, bem assim da melhor doutrina e jurisprudência, diz que, considerando que o Fisco não se manifestou no sentido de não concordar com os valores recolhidos pela Impugnante em período anterior a 05/07/2013, no dia da ciência do presente Notificação de Lançamento, isto é, 05/07/2018, havia transcorrido mais de cinco anos e considera-se a homologação tácita e a consequente anuência para com todos os valores recolhidos em tal período de apuração, uma vez ultrapassado o prazo legal para tanto.

Posto isso, diz que as infrações, equivocadamente atribuídas a esta Impugnante neste auto, já se encontrava atingido pela decadência, conforme se pode extrair de uma análise da tabela abaixo:

| Infração | Data da ocorrência (fato gerador) | Data limite para a cobrança pelo Fisco | Data de lançamento (ciência AI) | Valor (R\$) |
|----------|--------------------------------------|---|------------------------------------|---------------------|
| ICMS | Tudo até 04/07/2013 | 04/07/2018 | 05/07/2018 | R\$3.624,60 |
| Total | | | | R\$ 3.624,60 |

Diz observar que, no caso apresentado nesta tabela, o fato gerador ocorreu há mais de cinco anos atrás, sendo, portanto, inexigíveis quaisquer diferenças de tributos alegadas, nos termos do art. 156, V, do CTN c/c art. 150, § 4º, CTN.

Por essa razão, requer-se que sejam declaradas extintas da Notificação de Lançamento as infrações supramencionadas, reconhecendo o Fisco a sua inexigibilidade por conta da decadência, nos estritos termos do art. 156, V do CTN.

Ultrapassadas as preliminares, o que só se admite por respeito ao princípio da eventualidade e amor ao debate, passa a tratar as infrações especificamente.

III. DO MÉRITO

III.1 – DA INFRAÇÃO – 07/02/01

Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas e subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado

Diz que foi autuada em razão da pretensa ausência de retenção e recolhimento de ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes, em vendas para contribuintes deste Estado, no período de janeiro de 2013 e julho de 2013.

Primeiramente, cabe esclarecer que ocorreu um equívoco quando da apuração pelo Fisco Estadual. Este equívoco poderá ser constatado a partir da leitura da explicação seguinte.

Registra que, por ser o ICMS um tributo gerado a partir da circulação de mercadorias, a Constituição Federal autoriza o legislador, em concretização ao Princípio da Praticabilidade Tributária, a instituir a figura da responsabilidade tributária “para frente”, de modo a criar um fato gerador presumido relativo a situações ainda não ocorridas, antecipando-se, assim, o recolhimento do tributo devido por toda a cadeia para o início da operação.

Dessa forma, diz que resta claro que o tributo já foi recolhido por antecipação (substituição tributária), e a sua exigência nesta Notificação de Lançamento, não merece prosperar. Afinal, a maior parte das aquisições da Impugnante provém da sua matriz industrial.

Como se infere, diz que o ICMS-ST incidente na operação de circulação de itens adquiridos pela Defendente são devidos e recolhidos pelo primeiro “elo” da cadeia de circulação, ou seja, por

aqueles que venderam as mercadorias à então Impugnante, e cobrar o pagamento novamente por esta seria incorrer em bitributação, contrariando normas de cunho constitucional.

Em casos como tais, diz que, além do Protocolo ICMS 11/85, também o RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, afasta a possibilidade de nova exigência do ICMS-ST, conforme se afere de seu art. 356, que destaca.

Diz que, como se observa, é a própria legislação local de regência que determina que, uma vez antecipado o ICMS devido, as operações internas subsequentes ficam desoneradas. Afinal, qualquer disposição diferente desta ocasionaria um pagamento além do que é devido, um ato de arbitrariedade por parte do Estado.

Isso ocorre porque, uma vez denegadas pelo Fisco, aquelas operações inexistem, não podem ser realizadas, e não poderá haver o recolhimento do tributo sem que o fato gerador – aqui a circulação de mercadorias – tenha efetivamente ocorrido.

Dessa forma, diz que deverá a Autoridade Fiscal analisar o cabimento desta autuação, posto que está comprovado materialmente que é indevida. Para tanto, e como matéria de defesa da ora Impugnante, reitera a necessidade de realização de prova pericial, a fim de esclarecer todos os eventuais equívocos.

Não merece prosperar, portanto, o entendimento da autoridade administrativa, que autuou a ora Impugnante por esta “*infração*”, alegando que é responsável pelo pagamento do ICMS supramencionado, quando na verdade, restou demonstrada a inadequação deste pagamento.

IV. DA INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE

IV.1 – TODOS OS VALORES INDICADOS FORAM DEVIDAMENTE RECOLHIDOS, TUDO NA FORMA DO ART. 156, I DO CTN

Diz que a Notificação nº 2691400008/18-4 informa a ausência de recolhimento de ICMS alusivo às competências 01 e 07/2013, conforme exposto na descrição dos fatos, o que não corresponde à verdade material. Abaixo, segue ponderações segregados por competências:

- 01/2013: no que tange o débito no valor de R\$ 1.184,20, diz identificar que trata da guia de pagamento nº 73, conforme composição dos valores, bem como documentos comprobatórios infracitados, diante disso, a cobrança é indevida.

Destaca na peça de defesa à fl. 69 dos autos, o DAE, o comprovante de pagamento e a composição do montante de R\$1.184,20.

- 07/2013: alega-se que há diferença de R\$ 427,48. Entretanto, diz identificar que esse valor está atrelado à nota fiscal 63716 que houve o recolhimento antecipado de ICMS ST no dia 11/07/2013 perante o Estado de Sergipe, uma vez que o cliente BARBOSA CONSTRUÇOES E TRANSPORTES L (destinatário) dessa NF é desse Estado, conforme aduz demonstrar.

Destaca na peça de defesa à fl. 70 dos autos, o DAE, o comprovante de pagamento, a nota fiscal constante do relatório da Sefaz/BA e o lançamento da NF no SAP.

Em seguida, finaliza esta seção dizendo que não há dúvida que a verdade material advoga em favor da Impugnante, tudo conduzindo à declaração de improcedência da autuação.

IV.2 - DA JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS E DA BUSCA DA VERDADE MATERIAL. IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA.

Diz que é imperioso destacar que um dos principais princípios que norteiam o processo administrativo é o da verdade material ou verdade real, o qual determina ao Julgador o dever de pesquisar exaustivamente se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma, e, em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independente do alegado e provado.

Após citar entendimentos de conhecedores do Direito, além de entendimento exposto em jurisprudências do TRF da 5ª Região, diz que a produção de prova pericial é indispensável, à ora

Autuada, para afastar todas as infrações apontadas, todas relativas a rubricas contábeis a serem revisitadas.

Ratifica que efetuou o registro fiscal regular de suas operações, anotando todas as suas entradas e saídas, razão por que não prosperam as aduções em comento, sendo imprescindível a produção de prova pericial a fim de averiguar-se a correção dos atos praticados.

Assim, registra que não se pode conceber que decisão de tão importante mote possa ser efetuada sem a oitiva de pessoa competente para a análise dessa situação e que de fato entenda da técnica contábil/econômica objeto da controvérsia ora instaurada, sob pena de cerceamento ao direito de defesa.

Diz que tudo isso conduzirá à declaração de procedência da presente impugnação administrativa, para se julgar improcedente o Notificação de Lançamento, em todos os seus equivocados termos, exonerando a Recorrente dessa errônea imputação.

V. DA COBRANÇA DE MULTA COM CARÁTER CONFISCATÓRIO: AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

No presente caso, inobstante a Notificação de Lançamento imposto à Impugnante, diz que vale a advertência de que estão sendo aplicadas multas em valores nitidamente confiscatórios (*in casu*, 60%, 100% e 150%), em afronta direta às garantias constitucionais do contribuinte; configurando-se, com esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal.

Assim, após destacar várias considerações, associado ao destaque do Recurso Extraordinário nº 91.707 do STF, diz que é nítido o caráter confiscatório da presente multa, ficando latente a inconstitucionalidade de tal exigência, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da Constituição Federal, motivo pelo qual deve ser corrigida, como ora se requer, para chegar ao patamar de 10%.

V. DO PEDIDO

À luz de todo o exposto, requer que:

- a) seja recebida a presente Impugnação, posto que tempestiva, em seu efeito suspensivo da exigibilidade de todo montante do presente Notificação de Lançamento, para que surta todos os efeitos de direito;
- b) o acolhimento da preliminar suscitada, reconhecendo-se a decadência dos débitos indicados no AI e referentes ao período até 04/07/2013;
- c) seja deferida a prova pericial/diligência fiscal requerida, visto que imprescindível para o deslinde da questão suscitada e em harmonia com a complexidade do caso em epígrafe, tudo em nome do princípio da verdade real que rege o processo administrativo fiscal;
- d) no mérito, que seja julgada procedente a Impugnação ora apresentada, declarando-se a improcedência do Notificação de Lançamento, visto nunca ter ocorrido o alegado não recolhimento de ICMS, atestando a conduta da Requerente absolutamente de acordo com a legislação de regência.

Por derradeiro, requer-se provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente apresentação de novos documentos, diligências e perícia técnica, já requerida.

Às fls. 109/110 dos autos, têm-se a Informação Fiscal produzida pela agente Fiscal Autuante, que assim posiciona:

Diz que a Autuada alega decadência do lançamento. Pontua, então, que a Notificação foi feita porque o imposto teria sido retido do consumidor final e não repassado ao Estado. Registra que está diante de imposto substituído retido e não recolhido, o que leva a aplicação do determinado pelo art.173, I, do CTN, e a contagem se dá, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado.

Portanto, diz que não pode prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2013, valendo dizer que a contagem tem termo final em 31/12/2018.

No entanto, diz que, no decorrer de sua defesa, a Autuada comprova o pagamento dos valores cobrados na Notificação.

No caso do mês de 01/2013, comprovou que o DAE com os valores questionados foi pago com o mês/ano equivocado, por isso não apareceu na listagem de ICMS recolhido no mês de janeiro de 2013 (foi preenchido como janeiro de 2012). Destaca que a autuada anexou o DAE em comprovação, que, também, consta no sistema no mês de janeiro de 2012.

Quanto ao cobrado no mês de julho, comprovou tratar-se de uma nota destinada a Sergipe, cujo ICMS ST ficou destacado na EFD do contribuinte, levando a fiscalização ao equívoco.

Ressalta, por fim, que o conteúdo e planilhas anexas ao presente PAF foram enviados ao Contribuinte Autuado dia 20/06/2018, portanto 15 dias antes da lavratura da Notificação, para conferência. O Contribuinte alegou não ter podido conferir, o que terminou por não dirimir os equívocos antes da emissão da Notificação Fiscal, em tela.

À fl. 111, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

A presente Notificação Fiscal, lavrada em 29/06/2018, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditora Fiscal lotada na Unidade IFEP NORTE, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de R\$1.611,68 de ICMS, mais multa de 60%, no valor de R\$2.417,52, e acréscimo moratório de R\$887,59, que perfaz o montante de R\$4.916,79, por ter deixado de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados neste Estado, em relação aos meses de janeiro e julho de 2013, conforme demonstrativo de fls.3/50 dos autos.

Enquadramento legal: Artigo 8º, inc. II da Lei 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012, e multa tipificada no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Da análise das peças que compõe o premente processo, vejo que o sujeito passivo traz, na sua peça de defesa, de ordem preliminar, a arguição de decadência do direito de o fisco estadual efetuar o lançamento fiscal sobre os fatos jurídicos ocorridos até 04/07/2013, com base no art. 150, §4º do CTN, entretanto, com base no § único do art. 155 do RPAF/BA, deixo de apreciar a arguição suscitada pelo defendente, porque no mérito a exigência fiscal não subsiste, podendo ser decidido ao seu favor.

No mérito, o sujeito passivo aduz que em relação a data de ocorrência de 31/01/2013, no que tange ao débito no valor de R\$ 1.184,20, os documentos/figuras comprobatórios acostado à fl. 69 dos autos, que diz respeito ao “*DAE emitido*”, “*comprovante de pagamento no banco*” e o “*demonstrativo de composição do valor cobrado*” atestam o recolhimento do imposto na data devida, conforme determina a legislação.

Quanto à data de ocorrência de 31/07/2013, alega que há, de fato, diferença de R\$ 427,48. Entretanto, diz identificar que esse valor está atrelado à nota fiscal 63716, em que houve o recolhimento antecipado de ICMS ST no dia 11/07/2013, perante o Estado de Sergipe, uma vez que o cliente *BARBOSA CONSTRUÇOES E TRANSPORTES L* (destinatário) dessa Nota Fiscal é desse Estado, conforme aduz demonstrar. Na peça de defesa à fl. 70 dos autos, contam o “DAE”, o “comprovante de pagamento”, a “nota fiscal” constante do relatório da Sefaz/BA e o lançamento da Nota Fiscal no SAP (Sistema Integrado de Gestão Empresarial) do Contribuinte Autuado.

Em sede de informação, têm-se o destaque da agente Fiscal Autuante, que, no caso da data de ocorrência de 31/01/2013, comprovou, o defendente, que o DAE com os valores questionados foi pago com o mês e ano equivocado, por isso não apareceu na listagem de ICMS recolhido no mês

de janeiro de 2013 (foi preenchido como janeiro de 2012). Destaca que a autuada anexou o DAE em comprovação, que também consta no sistema no mês de janeiro de 2012.

Quanto ao valor cobrado na data de ocorrência de 31/07/2013, diz a agente Fiscal Autuante, que o sujeito passivo comprovou tratar-se de uma nota destinada a Sergipe, cujo ICMS ST ficou destacado na EFD do contribuinte, levando a fiscalização ao equívoco na constituição do lançamento.

Ressalta, por fim, a agente Fiscal Autuante, que o conteúdo e planilhas anexas ao presente PAF, que deram fundamento à presente Notificação Fiscal, foram enviados ao Contribuinte Autuado dia 20/06/2018, portanto, 15 dias antes da lavratura da notificação, para conferência. Complementa dizendo que o Contribuinte alegou não ter podido conferir, o que terminou por não dirimir os equívocos antes da emissão da Notificação Fiscal em tela.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone os termos da Informação Fiscal produzida pela a agente Autuante, aliado às documentações/figuras que integram a peça de defesa, vejo restar elidida a autuação.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal, em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº 269140.0008/18-4, lavrada contra a **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR