

A. I. Nº - 206930.0007/02-5
AUTUADO - UNIÃO COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTES - NIWTON DE BARROS MACEDO e OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 09.06.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0199-02/03

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO; **b)** IMPOSTO RETIDO A MENOS. Fatos não contestados, tendo a defesa se limitado a questionar aspectos formais. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/02, exige do remetente das mercadorias, contribuinte estabelecido no Estado de Minas gerais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o ICMS retido e não recolhido, no valor de R\$ 69.079,91, como também o ICMS retido a menos, no valor de R\$ 45.639,20, relativos às operações subseqüentes, nas vendas realizadas, no exercício de 1997, para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme demonstrativos às fls. 10/11 do PAF.

O autuado, em sua impugnação, às fls. 17 a 29 do PAF, preliminarmente requer a nulidade do Auto de Infração sob as seguintes razões:

1. falta de intimação, prevista no art. 26, III, do RPAF, para iniciar o procedimento fiscal, assim como da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, acarretando no descumprimento de procedimentos obrigatórios no início e no término da fiscalização, previstos na cláusula nona do Conv. ICMS 81/93 e na cláusula segunda, incisos I e IV, do Conv. ICMS 93/97, a exemplo do credenciamento do preposto fiscal na SEFAZ do estabelecimento a ser fiscalizado, e
2. falta de intimação para pagamento do débito sem a incidência de multa ou para apresentar sua justificação, nos termos do art. 32, II, e 34 do RPAF, condição *sine qua non* para a lavratura do Auto de Infração, acarretando cerceamento de defesa, por não exercer o seu direito de justificação, como também por relacionar nos autos diversos documentos sem que conste o número das notas fiscais, a fim de possibilitar a análise e verificação da existência ou não da infração, impossibilitando sua impugnação e violando o princípio da legalidade, no qual o agente público só poderá fazer o que for autorizado pela lei. Assim, conclui que o Auto de Infração foi lavrado ao arrepio da norma, devendo ser declarado nulo para que haja um restabelecimento da legalidade administrativa, cuja declaração alcançaria a decadência do direito da fazenda pública constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 1997, a qual entende que já teria se operado, uma vez que a notificação do sujeito passivo somente foi realizada após o término do prazo de cinco anos, por entender que o lançamento somente consolida-se com a ciência do autuado.

No mérito, reitera que os autuantes deveriam apresentar todo material e ocorrências encontradas, para que o contribuinte pudesse fazer sua conferência a fim de sanar possíveis irregularidades, as quais não constam de forma precisa nos autos, o que demonstra que foram sonegadas

informações básicas, cruciais e imprescindíveis para a elaboração da defesa, uma vez que a autuação foi por demais genérica. Registra que o art. 28, § 4º, II, do RPAF, é bem claro quando determina que o auto de infração será acompanhado das “provas necessárias à demonstração do fato argüido”. Por fim, pede a decretação da nulidade ou a insubsistência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, às fls. 48 a 55 dos autos, o autuante, Niwton de Barros Macêdo, entende que a preliminar de nulidade padece de segurança jurídica por atacar questões de caráter formal, que não prejudicam a substância das irregularidades constatadas, conforme a seguir:

- Quanto a Intimação para Pagamento do Débito.

Ressalta que o contribuinte reteve e não recolheu o ICMS devido ao Estado da Bahia, utilizando-se de artifícios dolosos, pois forneceu arquivos magnéticos, previstos no Conv. ICMS 57/95, omitindo informações relativas a inúmeras notas fiscais com retenção do imposto e sem o devido recolhimento, destinadas à contribuintes deste Estado, com o objetivo de induzir os prepostos fiscais ao erro, o que só foi detectado através da obtenção das referidas notas fiscais nos arquivos oficiais da SEFAZ (CFAMT). Registra que o contribuinte ao fornecer os arquivos magnéticos fraudulentamente alterou os valores do imposto retido na fonte, informando parcialmente no campo próprio, apenas uma parcela do ICMS efetivamente retido na fonte, de forma que a soma dos valores informados fosse igual ao valor efetivamente recolhido.

Conclui que diante do exposto, não se aplicava, à época, o benefício do Termo de Intimação para Pagamento, conforme dispunha o parágrafo único do art. 32 do RPAF.

- Quanto ao Termo de Início de Fiscalização.

Aduz que conforme disposto na alínea “a” do inciso I da cláusula segunda do Conv. ICMS 93/97, em tal ação fiscal o Auditor Fiscal deverá emitir documento de início de fiscalização, *conforme legislação de cada unidade da Federação*. Destaca que o art. 26 do RPAF considera a intimação para exibir elementos solicitados pela fiscalização como uma das formas de iniciado o procedimento fiscal, fato este ocorrido desde o início do ano de 2001 (fls. 62 a 68-B), o que era dificultado pela empresa. Assim, entende que o contribuinte, com inscrição estadual de substituto tributário, foi intimado, várias vezes, registrando-se, dessa forma, o início da ação fiscal.

- Credenciamento.

Através do documento à fl. 70 do PAF, o autuante comprova que os Auditores Fiscais estavam devidamente credenciados pelo Estado de Minas Gerais.

- Cerceamento de Defesa e Nulidade do Auto de Infração.

Entende não proceder tais alegações, uma vez que os demonstrativos analíticos foram encaminhados ao autuado por “e-mail” (fl. 71) e, em seguida, pelo correio, conforme comprovam os documentos de fls. 14 e 14-A (Auto de Infração e demonstrativos), sendo impertinente o seu pedido de nulidade do Auto de Infração, no qual ficou caracterizada fraude pela apropriação indébita de reter imposto de terceiros e não recolher ao titular de direito, além de prestar informações inidôneas com o intuito de induzir os fiscais ao erro, não se concretizando a decadência argüida, a teor do disposto do art. 150, § 4º, do CTN, em razão da exceção nele prevista no sentido de “...considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”. Por fim, distingue o lançamento para constituir o crédito tributário da intimação ao sujeito passivo desse lançamento.

Intimado a se manifestar sobre a informação fiscal, o autuado reitera suas alegações de defesa.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do remetente, localizado no Estado de Minas Gerais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o ICMS retido e não recolhido, no montante de R\$ 69.079,91, como também o ICMS retido a menos, no valor de R\$ 45.639,20, relativos às operações subsequentes, quando das vendas realizadas, no exercício de 1997, para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado, em sua impugnação, argüi as seguintes preliminares de nulidade do Auto de Infração:

- Falta de emissão do Termo de Intimação para Pagamento de Débito antes da lavratura do Auto de Infração, consoante art. 32, II, do RPAF, não dando ao contribuinte o direito de optar pelo pagamento do débito sem a incidência de acréscimos ou apresentar sua justificação, acarretando no cerceamento de defesa e na violação do princípio da legalidade.

Conforme já ressaltado na informação fiscal, o inciso I do parágrafo único do citado dispositivo, vigente à época da ação fiscal, consignava que não teria direito ao tratamento fiscal, devendo o fato ser apurado diretamente através de Auto de Infração, os casos em que a exigência do imposto refira-se a ICMS retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente.

No PAF, ficou cabalmente demonstrado que se trata desta situação, a qual ficou caracterizada a apropriação indébita de reter o imposto de terceiros e não recolher ao titular de direito, prática penalizada na legislação, com multa prevista de 150% sobre o imposto. Tal fato, ainda foi agravado em razão do contribuinte utilizar-se de artifícios dolosos, ao fornecer arquivos magnéticos com informações alteradas dos valores do imposto retido na fonte, excluindo milhares de notas fiscais com retenção do imposto (3.896 notas fiscais, conforme relação em CD, anexo ao PAF).

Logo, não tem cabimento o pleito do contribuinte, estando o Auto de Infração dentro das formalidades legais previstas, não ensejando tal fato em violação ao devido processo legal e a ampla defesa, a qual foi exercida em sua plenitude pelo sujeito passivo, cujo mérito não foi atacado por ausência de argumentos, diante de uma infração tão condenável.

- Falta de intimação, prevista no art. 26, III, do RPAF, para iniciar o procedimento fiscal, assim como da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, acarretando no descumprimento de procedimentos obrigatórios no início e no término da fiscalização, previstos na cláusula nona do Conv. ICMS 81/93 e na cláusula segunda, incisos I e IV, do Conv. ICMS 93/97, a exemplo do credenciamento do preposto fiscal na SEFAZ do estabelecimento a ser fiscalizado.

Quanto a tais alegações, observa-se que a cláusula segunda, inciso I, alínea “a”, do Conv. ICMS 93/97, estabelece que o início da fiscalização deve se proceder conforme a legislação de cada unidade da Federação. Já o art. 26 do RPAF considera, dentre outros meios, iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação para exhibir elementos solicitados pela fiscalização ou da emissão do Auto de Infração. Logo, verifica-se que a falta do Termo de Início de Fiscalização foi suprida pelas intimações, às fls. 68-A a 69 dos autos, como também da própria lavratura do Auto de Infração, pois ambos iniciam o procedimento fiscal.

Ademais, tal situação não acarretaria qualquer prejuízo ao contribuinte, muito pelo contrário, o beneficiaria, pois na hipótese da ausência de tais termos (Fiscalização e Intimação) o possibilitaria de oferecer a denúncia espontânea do débito antes da lavratura do Auto de Infração.

Quanto ao credenciamento de preposto fiscal na SEFAZ do Estado de Minas Gerais, documento à fl. 70 dos autos comprova a satisfação desta formalidade, a qual é meramente administrativa.

Por fim, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 18 do RPAF, aprovado pelo Dec. n.º 7.629/99, a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, não se declarando a nulidade sem prejuízo ou se o ato houver atingindo a sua finalidade.

Assim, também, rejeito tais pedidos.

- Que já teria se operado a decadência do direito da fazenda pública constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 1997, uma vez que a notificação do sujeito passivo somente foi realizada após o término do prazo de cinco anos, por entender que o lançamento somente consolida-se com a ciência do autuado.

O direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN, extingue-se no prazo de cinco anos contado do primeiro dia do *exercício* seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, nesta condição, não havia operado a aludida decadência relativa ao exercício de 1997, pois com a lavratura do Auto de Infração, em 16/12/02, *consumou-se* o lançamento do crédito tributário, consoante reiteradas decisões do CONSEF.

O art. 142 do CTN conceitua o lançamento como sendo “o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível”, conforme ocorrido, independente de notificação ao sujeito passivo, como alega o contribuinte. Assim, rejeito a preliminar suscitada pelo autuado.

Quanto a alegação de que os autuantes não forneceram ao contribuinte os demonstrativos imprescindíveis para a elaboração da defesa, verifica-se, às fls. 14, 14-A e 71 dos autos, que por duas vezes foram fornecidos ao autuado, por meios eletrônicos, os demonstrativos analíticos das infrações, conforme “CD” constante à fl. 74 do PAF. Assim, não deve prosperar tal alegação.

Como o sujeito passivo não apresentou qualquer impugnação aos números apurados, entende-se os mesmos como verdadeiros, nos termos do art. 142 do RPAF, aprovado pelo Dec. n.º 7.629/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º 206930.0007/02-5, lavrado contra **UNIÃO**

COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 114.719,11**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 45.639,20 e 150% sobre R\$ 69.079,91, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “e”, e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala de Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR