

A. I. Nº - 206844.0121/03-5
AUTUADO - INDÚSTRIA DE TORREFAÇÃO E MOAGEM CAFÉ MARATÁ LTDA.
AUTUANTES - JOÃO LAURENTINO DE MAGALHÃES FILHO
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 22.07.04

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0263-02/04

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FUMO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERNAS SUBSEQUENTES. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao contribuinte alienante a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido nas operações subsequentes, a serem realizadas pelos adquirentes, das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Exigência subsistente em parte, após considerações das provas documentais. Não acolhida a argüição preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado, em 29/12/2003, em razão da falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$494.928,37, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado da Bahia, referente a 02/01/1998 a 15/07/1999, conforme documentos às fls. 7 a 47 dos autos, período em que não possuía inscrição estadual como Contribuinte Substituto no Estado da Bahia, deixando de apresentar a comprovação dos pagamentos efetuados de acordo com a cláusula sétima do Convênio ICMS 81/93. Foram dados como infringidos as cinco primeiras cláusulas do Convênio ICMS nº 37/94, sendo a multa aplicada nos termos do art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 51 a 54 dos autos, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que não existe o imprescindível Termo de Início de Fiscalização, no qual se estabelece que a empresa está submetida a ação fiscal e quais os documentos que são examinados, delimitando o início e o término da fiscalização. Assim, aduz que não lhe foi solicitado a apresentação dos comprovantes do pagamento do ICMS – Substituição tributária, e que, por dedução, o agente fiscal considerou não pago o imposto.

Ressalta que o Auto de Infração lhe foi enviado através de Aviso de Recepção (AR) e anexado um “Termo de Início” que não foi lavrado antes de iniciada a fiscalização, pois o mesmo não consta a ciência do contribuinte e, como tal, sem respaldo legal.

Em seguida, aduz que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, relativo ao exercício de 1998, extingue-se após cinco anos, conforme preceitua o artigo 173 do CTN, havendo operado a decadência de tal direito, uma vez que não o foi citado de nenhuma medida para lançamento do crédito pela fiscalização até a data de 31/12/2003.

Por fim, ressalta que o Auto de Infração é totalmente improcedente, por ter sido totalmente pago o ICMS – Substituição Tributária reclamado, do que anexa cópias de DAEs e documentos às fls. 70 a 253 dos autos.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 261 e 262, ressalta que a ação fiscal foi iniciada antes de 26/11/2003, conforme comunicação à fl. 258 dos autos, cuja manifestação foi resultado de Termo de Intimação anterior. Assim, conclui que não é caso de nulidade e nem de decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Registra que efetivamente o imposto não foi pago na sua totalidade, pois o contribuinte efetuava o pagamento de modo parcial, conforme cópias dos DAEs anexados às fls. 70 a 125 dos autos. Portanto, buscando a verdade material dos fatos, deduziu os valores anteriormente pagos, elaborando nova planilha de fls. 263 a 347 do PAF, na qual apura o débito de R\$444.366,57.

Intimado a se pronunciar sobre a informação fiscal, o contribuinte apresenta nova manifestação, às fls. 435 a 439 dos autos, onde reitera suas alegações anteriores, acrescentando que a base legal para a lavratura do Auto de Infração, citada pelo autuante como sendo Convênios 37/94 e o 81/93, não pode dar sustentação a ação fiscal, por não ser Convênio o instrumento legal para impor ao sujeito passivo qualquer exigência. Defende que o Convênio, na sua essência, corresponde a um entendimento entre os assinantes para que possam adotar tratamento igualitário, portanto, suas cláusulas não submetem o contribuinte e sim os Estados que aderiram. Assim, defende a necessidade de ato de esfera estadual, através de Lei. Conclui que o ato administrativo é nulo por falta de amparo legal.

Relativo ao mérito aduz ser improcedente o Auto de Infração, do que invoca o §5º do art. 8º da Lei n.º 7.014/96, no qual estabelece que “A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade supletiva do contribuinte, observado o procedimento estabelecido em regulamento”.

Cita o artigo 125, inciso II, alínea “i”, item 1, combinado com o artigo 372, inciso III e §3º, inciso I, ambos do RICMS, para ressaltar que não possuía inscrição como Substituto Tributário no Estado da Bahia, no período fiscalizado, o que teria de efetuar o pagamento antecipadamente através de GNR para acompanhar a mercadoria no seu trânsito ou efetuar o pagamento na primeira repartição fiscal. Assim, conclui ser impossível acreditar que na quantidade de operações feitas a fiscalização tenha deixado de exigir o pagamento do ICMS, conforme previsão legal, do que entende que não pode ser submetida a fiscalização “a posteriori” e sim quando da passagem do transporte das mercadorias pela repartição fiscal.

Defende que o levantamento fiscal tem dados para que a fiscalização exija o imposto, que por ventura ficou sem ser pago no posto fiscal, do recebedor da mercadoria e não do remetente.

Por fim, às fls. 442 a 524 dos autos, anexa diversos DAEs relativos a pagamento do ICMS quando da passagem pelo posto fiscal, como prova de suas alegações.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 529, aduz que os comprovantes de pagamentos de fls. 486 a 524 referem-se a operações realizadas fora do período fiscalizado e que os documentos de fls. 442 a 485A estão ilegíveis, impedindo uma maior análise. Assim, ratifica os termos da contestação de fls. 261 e 262 dos autos.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir a retenção e o consequente recolhimento do ICMS, no valor de R\$494.928,37, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de fumo realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referente ao período de 02/01/1998 a 15/07/1999, conforme demonstrativo às fls. 7 a 47 dos autos.

Inicialmente, constato que não ocorreu a alegada decadência do direito da fazenda pública constituir o crédito tributário, o qual extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante art. 965 do

RICMS, aprovado pelo Dec. 6.284/97, cujo teor é uma reprodução do art. 173 do CTN. Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 29/12/2003, para se exigir lançamentos relativos ao exercício de 1998, não havia operado a decadência, cujos procedimentos preparatórios foram anteriores a 26/11/2003, conforme prova o documento à fl. 258 dos autos, no qual preposto do contribuinte providencia a remessa dos documentos solicitados pela fiscalização.

Também indefiro as preliminares de nulidade do Auto de Infração suscitadas, uma vez que:

- considero descabida a alegação de que não existe o imprescindível Termo de Início de Fiscalização, o qual encontra-se à fl. 6 dos autos, sendo desnecessária a ciência do contribuinte no referido documento para legitimá-lo, como pretende o defendant. Ademais, a suposta ausência do aludido documento não ensejaria a nulidade do processo, uma vez que não acarretaria qualquer prejuízo ao sujeito passivo, muito pelo contrário, permitiria que o contribuinte se beneficiasse da prerrogativa de apresentar denúncia espontânea e recolhesse o débito sem qualquer penalidade, e
- não tem pertinência a alegação de que não existe base legal para a lavratura do Auto de Infração, pois Convênio firmado entre os Estados membros da Federação tem força de norma hierarquicamente superior à legislação estadual interna, a qual deve se adequar, conforme previsto no art. 10, § 3º, e 11 da Lei nº 7.014/96, como também no art. 370 e 372, I, c/c o art. 353, II, item 1, todos do RICMS/97.

Quanto ao mérito, a cláusula primeira do Convênio ICMS n.º 37/94 atribui, na condição de sujeito passivo por substituição, ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas com cigarro e outros produtos derivados do fumo.

Já a cláusula sexta do Convênio ICMS n.º 81/93 estabelece que o imposto retido pelo sujeito passivo por substituição deverá ser recolhido por meio da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNR, a crédito do Governo em cujo território se encontra estabelecido o adquirente das mercadorias.

O contribuinte, por sua vez, consciente de suas obrigações, comprova, às fls. 70 a 250 dos autos, o recolhimento relativo a diversas operações efetuadas à contribuintes do Estado da Bahia, cujos valores são acatados pelo autuante, quando da sua informação fiscal, às fls. 261 a 347, reduzindo o débito para R\$444.366,57, após tais considerações, do que foi dado ciência ao autuado que, nesta oportunidade anexa novos documentos de arrecadação às fls. 442 a 524 dos autos.

Da análise desta documentação verifico que:

1. os documentos às fls. 459 e 486 a 524 dos autos referem-se a período estranho ao fiscalizado, ou seja dezembro de 1997 ou a partir de 16/07/1999, enquanto o intervalo fiscalizado foi de 02/01/1998 a 15/07/1999, sendo tais documentos imprestáveis ao caso em questão por não vincular com os documentos fiscais arrolados às fls. 263 a 347 do PAF;
2. os demais documentos constantes às fls. 442 a 485, com exceção apenas dos DAEs de nºs 813.295-0 e 813.298-4, à fl. 458 dos autos, foram todos considerados pelo autuante quando do refazimento do demonstrativo, conforme pode-se observar às fls. 353; 357; 361; 366; 370; 376; 380; 385; 389; 395; 399; 403; 408; 412; 416; 420; 426; 430 e 433 dos autos, cujos recolhimentos foram deduzidos do montante original exigido.

Assim, diante de tais considerações ainda é pertinente a dedução dos recolhimentos de R\$1.160,25 e R\$267,75, relativo aos referidos DAEs, inerente ao mês de julho/99, o que resulta o valor exigido de R\$7.863,32 nesse mês.

Também observo que o autuante considerou equivocadamente os DAEs de nºs 495.331-7 e 505.189-4, de fevereiro de 1998, como se fosse emitido em fevereiro de 1999, conforme pode-se constatar ao confrontar a fl. 482 com as fls. 357 e 412 dos autos. Assim, o valor exigido do mês

de fevereiro de 1998 resulta em R\$23.818,01 e o relativo ao mês de fevereiro de 1999 em R\$20.501,49, após tais retificações.

Por fim, o mesmo fato ocorreu quanto ao DAE de n.º 504.675-0, de março de 1998 em relação a março de 1999, conforme observa-se às fls. 361, 416 e 481 dos autos, o que resultou na exigência de R\$23.594,71 para o mês de março de 1998 e R\$25.222,87, para março de 1999.

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no montante de R\$442.938,57, conforme a seguir:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO						
DATA		BASE DE	ALÍQ.	MULTA	VALOR	PAF
OCORR.	VENCTº	CÁLCULO	%	%	(R\$)	FLS N.
31/01/1998	09/02/1998	228.798,59	17%	60	38.895,76	353
28/02/1998	09/03/1998	134.223,59	17%	60	22.818,01	retificado
31/03/1998	09/04/1998	138.792,41	17%	60	23.594,71	retificado
30/04/1998	09/05/1998	184.857,00	17%	60	31.425,69	366
31/05/1998	09/06/1998	160.864,29	17%	60	27.346,93	370
30/06/1998	09/07/1998	133.513,35	17%	60	22.697,27	376
31/07/1998	09/08/1998	133.749,71	17%	60	22.737,45	380
31/08/1998	09/09/1998	128.209,35	17%	60	21.795,59	385
30/09/1998	09/10/1998	130.469,41	17%	60	22.179,80	389
31/10/1998	09/11/1998	164.803,88	17%	60	28.016,66	395
30/11/1998	09/12/1998	132.199,35	17%	60	22.473,89	399
31/12/1998	09/01/1999	156.184,00	17%	60	26.551,28	403
31/01/1999	09/02/1999	116.431,53	17%	60	19.793,36	408
28/02/1999	09/03/1999	120.597,00	17%	60	20.501,49	retificado
31/03/1999	09/04/1999	148.369,82	17%	60	25.222,87	retificado
30/04/1999	09/05/1999	112.039,76	17%	60	19.046,76	420
31/05/1999	09/06/1999	113.665,71	17%	60	19.323,17	426
30/06/1999	09/07/1999	121.497,41	17%	60	20.654,56	430
15/09/1999	09/08/1999	46.254,82	17%	60	7.863,32	retificado
TOTAL:				R\$	442.938,57	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração n.º 206844.0121/03-5, lavrado contra INDÚSTRIA DE TORREFAÇÃO E MOAGEM CAFÉ MARATÁ LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$442.938,57, corrigido monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR