

PROCESSO - A. I. Nº 279694.0007/04-5
RECORRENTE - KM DO BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0113-04/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 11/08/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0246-11/05

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. **b)** IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Reveste-se em obrigação do sujeito passivo, na condição de contribuinte substituto inscrito no cadastro de contribuinte neste Estado, de reter e recolher o imposto, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, por força de Convênios e Protocolos firmados entre os Estados envolvidos nas operações. Comprovado a ocorrência da retenção do imposto pelo sujeito passivo e falta do respectivo recolhimento. Reduzido o valor do débito, após consideração das provas documentais trazidas pelo recorrente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0113-04/05, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS retido em suas notas fiscais de saída e não recolhido ou recolhido a menos, no total de R\$563.997,81, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, inerentes aos exercícios de 1999 a 2004.

A Decisão recorrida inicialmente rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, entendendo que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais. Também defende que não operou a decadência, relativa ao exercício de 1999, consoante art. 173, I, do CTN, uma vez que o prazo de constituição do crédito tributário se extinguiria em 31/12/2004, do que cita jurisprudência.

Quanto ao mérito, ressalta que o presente processo exige o ICMS em virtude do autuado não ter procedido ao recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, de diversas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, objeto de Convênios e Protocolos firmados entre os Estados envolvidos nas operações (Bahia e Espírito Santo).

Destaca que não assiste razão ao autuado de que os autuantes não relevaram diversas GNRE's pagas (fls. 409 a 578), pois já foram consideradas no levantamento fiscal, salvo as relativas a período em que não foi encontrado débito.

Registra que o autuado não apresentou qualquer planilha impugnando os valores lançados pelos autuantes, os quais foram fundamentados em demonstrativos analíticos mensais (fls. 25 a 363 dos autos), bem como nos extratos dos pagamentos efetuados pelo contribuinte, comprovando o recolhimento a menos do imposto retido na fonte. Assim, a Decisão foi pela procedência do Auto de Infração.

Às fls. 606 a 624 dos autos, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário insurgindo-se contra a Decisão prolatada, reiterando as mesmas jurisprudências, doutrinas e razões de sua impugnação, conforme a seguir:

1. Nulidade do Auto de Infração por violação ao princípio da legalidade, em função de não constar do Auto de Infração a indicação do dispositivo em que se fundamenta a exigência fiscal relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal, como também pela impossibilidade de exigência do ICMS através de convênios e protocolos.
2. A extinção parcial do crédito tributário em razão da decadência do direito de constituir o crédito tributário.
3. Que o recorrente não deixou de recolher o ICMS-ST.
4. Impossibilidade de cobrança de multa confiscatória.

A PGE/PROFIS, analisando os argumentos trazidos pelo recorrente, opina pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário, por entender que os argumentos trazidos pelo recorrente são insuficientes a proporcionar a reforma da Decisão de 1ª Instância, a qual entende está correta. Destaca que o Recurso Voluntário interposto reporta-se unicamente a questões preliminares e de nenhuma forma abordam os levantamentos de débito apresentados pelos autuantes.

Demonstra que no caso subjudice só através de convênio ou protocolo é que a lei tributária estadual assume caráter de extraterritorialidade, consoante art. 102 do CTN e art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal. Diz também ser constitucional a criação da substituição tributária, pois tem sua previsão no dispositivo acima citado, só que na alínea “b”, a qual determina que a sua disposição se fará através de Lei Complementar. Registra que a LC 87/96, em seu art. 9º, prevê que a adoção de regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo celebrado pelos Estados interessados.

Conclui que, em que pese o largo arrazoado disposto em jurisprudências e doutrinas transcritas pelo recorrente, entende totalmente descabida sua afirmação de que fere o princípio da legalidade a constituição de crédito tributário com base em convênio ou protocolo.

Quanto à arguição do recorrente de decadência do crédito tributário, destaca que a 1ª Instância já enfrentou com bastante fundamento a questão, inclusive transcrevendo várias decisões deste Conselho sobre a matéria. Enfatiza que, efetivamente, se aplica ao caso a regra do art. 173 do CTN, pois se trata de imposto não recolhido pelo contribuinte, o qual está sendo lançado de ofício pelo fisco estadual, não havendo que se considerar a regra do art. 149 do CTN, posto que não houve qualquer pagamento feito pelo contribuinte a ser homologado neste processo.

Relativa a afirmação do recorrente de que o ICMS-ST estaria pago, ressalta a representante da PGE/PROFIS que esta questão já está resolvida no voto do relator, pois que as GNRES apresentadas não têm ligação com o período e com as operações objeto da presente autuação.

Por fim, conclui pela correção da multa aplicada, cuja imposição é matéria de reserva legal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do remetente, localizado no Estado do Espírito Santo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o ICMS retido nas notas fiscais e recolhido a menos, no montante de R\$ 563.997,81, relativo às operações subseqüentes, quando das

vendas realizadas, no período de outubro de 1999 a fevereiro de 2004, para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Inicialmente, devo ressaltar que o recorrente apresenta em seu Recurso Voluntário as mesmas razões apresentadas quando da sua impugnação ao Auto de Infração, as quais já foram objetos de análise por parte da 4ª JF.

Assim como foi decidido no julgamento realizado na 1ª Instância, também rejeito as preliminares de nulidades suscitadas pelo recorrente, por serem impertinentes e incapazes de modificar a Decisão recorrida, haja vista que não ocorreu qualquer violação ao princípio da legalidade quando da lavratura do Auto de Infração, o qual preenche todas as formalidades legais estabelecidas, inclusive com a indicação dos dispositivos infringidos.

Sobre a arguição de já haver operado a decadência do direito do Estado da Bahia constituir o crédito tributário do imposto relativo a fato gerador do exercício de 1999, também concordo com a Decisão recorrida e com o Parecer da PGE/PROFIS de que por se tratar de imposto não oferecido à tributação e, em consequência, exigido através de lançamento de ofício, se aplica ao caso a regra do art. 173 do CTN, cujo direito se extingue após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, quando da lavratura do Auto de Infração, não havia operado a citada decadência.

Também há de se ressaltar ser possível sim a exigência do ICMS através de convênios e protocolos entre os Estados signatários dos referidos acordos, os quais impõem aos seus contribuintes as obrigações neles estabelecidas, desde que as normas neles inseridas tenham sido recepcionadas pela legislação estadual.

Conforme ressaltado no Parecer da PGE/PROFIS o art. 9º da LC nº 87/96 prevê que a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados, regra esta também adotada no art. 10 da Lei nº 7.014/96.

Já o art. 373 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, citado no Auto de Infração, estabelece que nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição (Conv. ICMS nº 81/93).

Ademais, tal discussão é desnecessária diante do fato de se tratar de contribuinte inscrito no cadastro do Estado da Bahia como Contribuinte Substituto, como também de que a exigência se refere ao imposto retido e não recolhido ou recolhido a menos, o que se caracteriza de apropriação indébita. Portanto, se o próprio contribuinte retém o imposto em nome do Estado da Bahia e recolhe parte deste valor ou deixa de recolher, como questionar a impossibilidade da sua exigência?

Da mesma forma é descabida a alegação de que a multa aplicada é confiscatória, pois é a prevista em lei para a infração cometida pelo sujeito passivo.

No PAF, ficou cabalmente demonstrada a apropriação indébita de reter o imposto de terceiros e não recolher integralmente ao titular de direito, prática abominável na legislação, com multa prevista de 150% sobre o imposto.

Por fim, também não tem pertinência à alegação do recorrente de que não deixou de recolher o ICMS-ST, visto que os demonstrativos constantes nos autos, às fls. 21 a 363, comprovam que o imposto foi retido e não recolhido em sua inteireza, mas, sim, parcialmente.

Quanto as GNRE acostadas aos autos pelo recorrente (fls. 409 a 578), parte diz respeito ao mês de outubro de 2003, o qual não foi objeto da exigência fiscal, e parte aos meses de dezembro de 2003 e fevereiro de 2004, estes sim integrantes do débito exigido.

Relativo ao mês de dezembro de 2003 verifico que o somatório dos documentos de arrecadação perfaz o montante de R\$ 92.308,72, sendo que no levantamento fiscal foi considerado apenas o valor de R\$ 86.258,93. Assim, diante de tal constatação, a diferença exigida no citado mês de R\$ 14.614,92 passa a ser de R\$ 8.565,13, conforme quadro abaixo:

Mês de Dezembro/2003 (fls. 21 e 348 v)

Itens	Lev. Fiscal (R\$)	Decisão CJF (R\$)
Vlr. Retido	100.873,85	100.873,85
Vlr. Recolhido	86.258,93	92.308,72
Diferença	14.614,92	8.565,13

Já inerente ao mês de fevereiro de 2004 observo que o somatório das GNRE é de R\$66.143,74, portanto menos do que o valor de R\$81.772,31 considerados no levantamento fiscal, conforme obtido através do sistema de informações da SEFAZ (fl. 349 dos autos), o qual deve prevalecer.

Na assentada do julgamento o Conselheiro Marcos Rogério Lyrio Pimenta discordou do voto relatado, quanto à exigência do imposto relativo ao mês de outubro de 1999, por entender que a cobrança do ICMS oferecido à mesma tributação já havia operado a decadência do direito do Estado da Bahia de exigir o referido imposto.

Diante do exposto, sou pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, julgando o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$557.948,02, após a redução do imposto exigido no mês de dezembro de 2003 para R\$8.565,13, conforme considerações acima.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279694.0007/04-5**, lavrado contra **KM DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$557.948,02**, sendo R\$132.459,19, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$425.488,83, acrescido da multa de 150%, prevista no citado dispositivo legal e demais acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Fernando Antônio Brito de Araújo, Oswaldo Ignácio Amador, Eduardo Nelson de Almeida Santos, Ciro Roberto Seifert, e Antônio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO (Quanto ao imposto de outubro/99): Conselheiros Marcos Rogério Lyrio Pimenta.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS