

A.I. N.^º - 279694.0007/04-5
AUTUADO - KM DO BRASIL LTDA.
AUTUANTES - JOÃO LAURENTINO DE MAGALHÃES FILHO e OTÁVIO AUGUSTO LABORDA FERNANDES
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 14. 04. 2005

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0113-04/05

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO E/OU RETENÇÃO A MENOS. O autuado é o contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, definido através de Convênios e Protocolos firmados entre os Estados envolvidos nas operações. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/04, exige ICMS no valor de R\$ 563.997,81, acrescido da multa de 150%, imputando ao autuado a seguinte infração:

“Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição em suas notas fiscais de saída e não recolheu o respectivo ICMS ou recolheu a menor”.

O autuado, através de seu advogado, apresenta impugnação, às fls. 371 a 389, inicialmente solicitando a nulidade da autuação com base nas seguintes alegações:

1 – Impossibilidade de exigência ou cobrança de ICMS através de Convênios e Protocolos: entende que houve violação ao Princípio da Legalidade, já que o Auto de Infração cita como dispositivos infringidos normas infra-legais. Transcreve artigos do RICMS/97, do RPAF/99, da C.F. e do CTN, além de trechos de publicações de alguns renomados tributaristas, com o fito de corroborar seu entendimento;

2 – Decadência do lançamento fiscal relativamente a fatos geradores ocorridos até dezembro/99, baseado no que dispõe o art. 150, §4º e art. 156, do CTN. Transcreve parte de decisões de outros tribunais com o intuito de consubstanciar sua argumentação;

3 – Entende que a multa exigida é confiscatória. Transcreve algumas decisões do STF, bem como trechos de livros de alguns tributaristas, e cita o art. 150, IV, da C.F., visando demonstrar sua tese.

No mérito, nega que tenha deixado de recolher o imposto ora exigido e afirma que os autuantes não consideraram diversas GNRE's pagas, cujas cópias, anexa aos autos às fls. 409 a 578.

Ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo, e que na hipótese de ser mantida a exação fiscal, seja reduzida a multa para 30% do valor do débito.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 580 a 586), inicialmente esclarecem que os trabalhos fiscais recaíram sobre o valor do imposto retido nas notas fiscais incidentes sobre operações com mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, definidas através de Convênios e Protocolos dos quais os Estados da Bahia e do Espírito Santo são signatários. Acrescentam que o autuado é contribuinte regularmente inscrito neste Estado, na condição de substituto tributário, estando, portanto, subordinado ao cumprimento das normas dispostas na legislação estadual. Rebatem, também, a preliminar de decadência suscitada pelo sujeito passivo, dizendo que o lançamento foi efetuado nos prazos legais, obedecendo ao disposto no art. 173, I, do CTN. Transcrevem algumas decisões do STJ, visando comprovar seu entendimento.

No mérito, aduzem que os demonstrativos analíticos mensais (fls. 25 a 363), bem como os extratos dos pagamentos efetuados pelo contribuinte comprovam a retenção do imposto na fonte e o não recolhimento do mesmo. Esclarecem que o contribuinte teve sua inscrição estadual cancelada em 23/09/03, e que a partir do mês seguinte os recolhimentos passaram a ser nota a nota, nos termos da cláusula sétima, §2º, do Convênio ICMS 81/93.

Quanto às cópias de GNRE's anexadas pelo autuado, por ocasião de sua defesa, afirmam que as mesmas já foram consideradas na apuração do imposto devido, ou são relativas a período em que não foi encontrado débito durante a ação fiscal.

Ao final, dizendo que o contribuinte não apresentou quaisquer planilhas e/ou demonstrativos impugnando os valores lançados, e negando que a multa em questão seja confiscatória, solicitam a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99.

Devo observar, que a indicação de dispositivos do RICMS, para tipificar a infração cometida, não é motivo para tal argüição, já que a Lei nº 7.014/96 é quem prevê a obrigação e remete para o regulamento tal detalhamento.

Quanto à indicação do Convênio nº 81/93 no A.I., ressalto que o mesmo estabelece normas gerais a serem aplicadas ao regime de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal.

Em relação à multa exigida nos autos, não há do que se falar em caráter confiscatório, já que a mesma está prevista em Lei (art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96). Também não é de competência dessa Junta de Julgamento Fiscal analisar pedido de redução da mesma, de acordo com o que dispõe o art. 159, do RPAF/99.

No que diz respeito a preliminar de decadência suscitada, deixo de acatar pelas razões seguintes:

Embora o § 4º, do artigo 150, do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, são aceitos, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que ‘o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito

tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado', e não o foi pelo sujeito passivo.

Na situação em análise, os fatos geradores questionados ocorreram no exercício de 1999 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/2004. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2004, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o auto de infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

O entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais podemos transcrever alguns:

1. Acórdão CJF nº. 274-12/02, com voto da lavra do Conselheiro Sr. Ciro Roberto Seifert:

(...)

Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.

Tal dispositivo do CTN determina que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer o Recorrente.

2. Acórdão CJF nº. 0150-12/02 – voto vencedor da lavra da Conselheira Sra. Ivone de Oliveira Martins:

(...)

Relativamente à 3ª preliminar que argüi a decadência do direito ao crédito tributário relativo ao exercício de 1995, sendo a mesma preliminar de mérito, também não comungo do entendimento do Ilustre Relator que concordou com as razões apresentadas pelo recorrente.

Trata-se de matéria que não sendo pacífica na doutrina e no âmbito deste CONSEF também tem havido divergências de interpretação acerca do prazo decadencial regulado no art. 173, I, do CTN (Lei nº 5.172/66).

Tem sido tormentoso a distinção que se faz quanto a fixação do prazo de decadência do direito ao lançamento dos tributos por homologação e os que decorrem do lançamento prévio por parte do sujeito ativo ou seja do titular do crédito tributário. Assim há uma corrente que defende a aplicação da regra do § 4º, do art. 150, e, outra

corrente entende que prevalece a regra do art. 173 e seu parágrafo único, da CTN, com a ciência do autuado como entendeu o Relator.

*Segundo Hugo de Brito Machado na sua obra *Curso de Direito Tributário*, 13^a edição, pág. 148 - O Tribunal Federal de Recursos, seguindo orientação proposta pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, e o STF acolhendo proposta do Ministro Moreira Alves, fixaram entendimento pelo qual o Auto de Infração consuma o lançamento tributário, não se havendo mais, depois de sua lavratura, de cogitar de decadência.*

A manifestação da PROFAZ no Parecer exarado nos autos, trata com muito propriedade da questão relativa a intimação do sujeito passivo como sendo condição necessária à perfeição do ato e visa resguardar os princípios do contraditório e ampla defesa, assegurados na carta constitucional – art. 5º, inciso LV, e deixa demonstrado que a intimação não pode ser considerada marco final da decadência. Comungo do entendimento de que a regra do parágrafo único do art. 173, é pressuposto de eficácia do ato de lançamento.

Sem dúvida a fiscalização iniciada em 13/10/2000 e concluída em 29/12/2000, com a lavratura do Auto de Infração em questão, afasta a argüição de decadência, vez que o sujeito ativo exerceu o seu direito de através do lançamento constituir o crédito tributário no prazo decadencial.

A decisão jurisprudencial trazida à colação no Parecer acima referido, reflete a posição do STJ (Superior Tribunal de Justiça) acerca da questão posta no presente caso, onde efetivamente houve a iniciativa do sujeito ativo de apurar o débito e exigir-lo com a lavratura do Auto de Infração, o que afasta o argumento da decadência suscitada pelo recorrente e acolhida pelo Relator, que com a devida vena, está equivocada.

Deste modo, rejeito a argüição da preliminar e voto pelo NÃO PROVIMENTO pois entendo que as razões recursais não merecem agasalho por este Tribunal Administrativo, pois assim estará em consonância com o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores acima referidos.

3. Acórdão CJF nº 0150-12/02, com voto exarado pelo Conselheiro Relator Sr. Tolstoi Nolasco Seara:

*Incialmente cumpre afastar a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente. Aplica-se ao caso, a norma do art. 173, inc. I, do CTN, pois o prazo decadencial só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte a ocorrência dos fatos geradores, em relação ao imposto que não foi declarado pelo sujeito passivo. Na presente lide, o contribuinte não declarou nem praticou quaisquer atos relacionados à escrituração ou lançamento do imposto para o Estado da Bahia. (...) A decadência é forma de extinção de direito daquele que não realiza os atos necessários à sua preservação, face à inércia do seu titular. Opera-se a decadência após o decurso de certo prazo, previsto na lei. O ICMS é imposto lançado por homologação que pressupõe atividade anterior, desenvolvida pelo sujeito passivo, no sentido de calcular o tributo devido e antecipar o pagamento sob condição de posterior revisão pela autoridade administrativa. Não tendo o contribuinte antecipado o pagamento devido, nem expressa nem tacitamente dar-se-á a homologação. Nesse caso, então, terá lugar o lançamento de ofício disciplinado no art. 149, do CTN, conforme leciona a Profª. MISABEL DERZI, em nota de atualização, ao livro *Direito Tributário Brasileiro*, de autoria de ALIOMAR BALEEIRO, 11^a edição, ano de 2000, Editora Forense, Rio de Janeiro, pág. 912. A conduta do contribuinte em relação às operações objeto do Auto*

de Infração não foi no sentido (de) cumprir a obrigação tributária para o Estado da Bahia e nem mesmo de comunicar a ocorrência dos fatos que ensejaram o posterior lançamento. Somente por ocasião de fiscalização desenvolvida no contribuinte (...) se operou o total conhecimento das operações praticadas pelo recorrente. Assim, a inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício - são situações que se equivalem. Inaplicável se torna, portanto, a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, do CTN, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a norma do art. 173, inc. I. Nesse sentido se posiciona a doutrina majoritária (cf. Luciano Amaro, Direito Tributário Brasileiro, São Paulo, Ed. Saraiva, pp. 383-384; Paulo de Barros Carvalho, Decadência e Prescrição, Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 1, Resenha Tributária, 1976, p. 156) e a jurisprudência dos tribunais superiores e do Conselho Estadual de Fazenda da Bahia. Só para exemplificar, o antigo Tribunal Federal de Recursos fez editar a Súmula nº 219, citada também pela profª. MISABEL DERZI, com o seguinte teor: “Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos 5 (cinco) anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador”.

Portanto, a Fazenda Pública do Estado da Bahia, teria até o dia 31/12/2004, para constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 1999, e o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2004, dentro do prazo legal para a homologação do lançamento.

Superadas as preliminares de nulidade suscitadas, no mérito, o presente processo exige 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).

O autuado, em sua defesa, negou que tenha deixado de recolher o imposto ora exigido, alegando que os autuantes não consideraram diversas GNRE's pagas, cujas cópias, anexou aos autos às fls. 409 a 578.

Todavia, da análise dos elementos constitutivos do PAF constata-se que não assiste razão ao autuado, pois as GNRE's anexadas pelo sujeito passivo já foram consideradas pelos autuantes na apuração do imposto devido, ou são relativas a período em que não foi encontrado débito pelos prepostos fiscais.

Ressalto, ainda, que o autuado não apresentou qualquer planilha ou demonstrativo impugnando os valores lançados pelos autuante.

Pelo que dispõe o art. 143, do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Por outro lado, os autuantes anexaram aos autos os demonstrativos analíticos mensais (fls. 25 a 363), bem como os extratos dos pagamentos efetuados pelo contribuinte, comprovando o recolhimento a menos do imposto retido na fonte, e que está sendo objeto da presente exigência. De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º 279694.0007/04-5, lavrado contra **KM DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de

R\$563.997,81, sendo R\$132.459,19, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$431.538,62, acrescido de idêntica multa com os acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA