

A. I. N° - 295902.0805/05-3
AUTUADO - MADEIREIRA ASTORI LTDA.
AUTUANTE - JACI LAGE DA SILVA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 13. 12. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0458-04/05

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. TERMO FINAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. O imposto diferido deve ser recolhido pelo contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer o termo final do diferimento na condição de substituto tributário, mesmo estando inscrito no SimBahia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/08/2005, exige ICMS no valor de R\$ 47.260,13 em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. O contribuinte deu entrada em madeira, através das notas fiscais de entrada de sua emissão, utilizou o crédito e não recolheu o ICMS devido. ICMS no valor de R\$ 40.307,90 e multa de 60%.
2. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS de R\$ 6.952,23 e multa de 50%.

O autuado ingressa com defesa, através de advogado, fls. 19 a 50, com as seguintes alegações:

1. Com base no princípio constitucional do “due process law”, diz que o auto de infração em foco não preenche os requisitos mínimos para sua estatuição, como se provará;
2. Diz que a infração em linhas gerais apontou a falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal que estavam sujeitas ao regime de substituição tributária por diferimento, apurando um levantamento de estoques em regime fechado e aberto com base na Portaria 445/98.
3. Requer a aplicação da decadência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, para os possíveis créditos anteriores a 21/09/00, vez que a ciência do auto de infração só ocorreu em 29/09/05.
4. Aduz a falta de utilização do crédito tributário referente a contrato firmado com a empresa Bahia Sul Celulose S/A. Esclarece que mantinha contratos de compra e venda com a empresa Bahia Sul Celulose, de madeira de pinus de eucalipto em plantações da vendedora. Um dos inúmeros contratos realizados foi o de número 32CV128, de 15 de dezembro de 1998, para a aquisição de 45,65 hectares de madeira, existentes na produção 2B 186 no município de Alcobaça, no valor de R\$ 149.356,20, do qual foram emitidas várias notas fiscais, a exemplo da nota fiscal n.000150. Informa que utilizou-se dos créditos tributários pela entrada das mercadorias no seu estabelecimento que não foram considerados pelo fiscal autuante, o que torna o lançamento nulo e insubsistente. Ressalta que as notas fiscais estão em poder da Bahia Sul Celulose, que é a responsável pelo pagamento dos tributos em face da saída de mercadorias do seu estabelecimento.

5. Quanto à infração 02, diz que realizou todos os pagamentos através de DAE que estão em poder da SEFAZ, em face de seu regular recolhimento na rede bancária. Ademais, não haveria possibilidade de os caminhões ultrapassarem a fronteira sem o pagamento do tributo. Requer a exibição dos DAEs.
6. Insurge-se quanto à alíquota de 17%, aplicada e a multa de 60%,
7. Assevera que o estabelecimento de preço médio fixado pela autoridade não tem o menor senso jurídico, com base na livre iniciativa em que está fundada a ordem econômica.
8. Cita a doutrina, inclusive a respeito da inconstitucionalidade do art. 150, § 7º da CF/88, que trata da substituição tributária progressiva.
9. Tece considerações gerais sobre o ICMS na CF/88, tais como a substituição tributária, princípio da não cumulatividade, não vinculação do substituto tributário ao fato gerador e sua consequente antecipação, a base de cálculo lançada a partir de valores presumidos.
10. Traz à colação a doutrina acerca da emenda constitucional nº 3, bem como precedentes jurisprudenciais sobre o tema, inclusive de Tribunais de outros Estados da Federação, a exemplo de São Paulo, Paraná.
11. Aduz que a multa de 70%, criada por lei pelo Estado da Bahia, sem arrimo em lei complementar federal, por ser crédito tributário, sua estatuição foi ao arrepio da Carta Constitucional de 1998, portando configurada a sua inconstitucionalidade.
12. Que já houve manifestação do Egrégio Tribunal de Justiça, quanto à inconstitucionalidade da taxa SELIC.
13. Reclama da ausência de indicação da forma de correção monetária aplicada ao crédito tributário.
14. Pede a nulidade do lançamento.

O autuante presta a informação fiscal, de fl. 66, e ressalta que o contribuinte para respaldar sua defesa, além de toda a gama de argumentos, jurisprudências, dispositivos legais, apresentou apenas um contrato de compra e venda de madeira, cujo período de vigência expira em 14/06/99, bem como uma nota fiscal datada de 16/12/1998, cujos documentos nada justificam ou consubstanciam suas alegações. Opina pela manutenção do auto de infração.

VOTO

Verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99.

Cabe ressaltar que este órgão julgador não tem competência para apreciar questões de inconstitucionalidade, a teor do que dispõe o art. do RPAF/99.

Rejeito o argumento de que os créditos tributários exigidos teriam sido atingidos pela decadência, pois embora o § 4º do artigo 150 do CTN estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, 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 cinco anos previstos legalmente, são aceitos pelo sujeito ativo da relação tributária.

Contudo, tal entendimento não se pode aplicar quanto às operações e lançamentos em que o sujeito passivo omite do Fisco, deixando de oferecer a tributação, levando o Poder Tributante a recuperá-los mediante lançamento de ofício. Tal entendimento não pode ser diferente, uma vez que se não houve lançamento e, consequentemente, oferecimento à tributação, por questão de inteligência não se pode falar em “tributos sujeitos ao lançamento por homologação”.

Assim, neste caso, o prazo para contagem da decadência deve ser o do artigo 173, inciso I, do CTN, 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.

Portanto, no presente caso, o fisco teria até o dia 31/12/2005 para constituir o lançamento tributário, vez que estão sendo exigidas parcelas de imposto do exercício de 2000.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS na infração 01, em razão da falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. O contribuinte deu entrada em madeira, através das notas fiscais de entrada de sua emissão, utilizou o crédito e não recolheu o ICMS.

Com base nos elementos constantes nos autos, verifico que não procede o argumento utilizado pelo defendente de que o autuante teria apurado o imposto com base em levantamento quantitativo de estoques, pois não tem pertinência com a forma mediante a qual o ICMS está sendo exigido. Verifico que o auditor fiscal efetuou o levantamento das notas fiscais de entradas de madeira, “pinus”, das quais foram utilizados créditos fiscais, sem que a empresa apresentasse os comprovantes dos pagamentos de ICMS.

A substituição tributária por diferimento, diz respeito às situações em que, segundo a lei, a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação efetuada no presente é transferida para o adquirente ou destinatário da mercadoria ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado à etapa posterior, ficando adiados o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que vier a ocorrer determinada operação, prestação ou evento expressamente previstos pela legislação (regulada nos artigos 342 a 351, do RICMS/97).

Verifico que o autuante elaborou a planilha de fls. 09 a 13, na qual consta o número da nota fiscal de entrada, mês de referência, nota fiscal, alíquota e valor do ICMS. A ação fiscal abrangeu o período de fevereiro a dezembro de 2000 e de janeiro a junho de 2001 e de agosto a dezembro de 2001.

O autuado não comprovou o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, e nem questionou os valores apontados no levantamento, apenas juntando em sua peça de defesa um Contrato de Compra e Venda de Madeira, com período de vigência até 14/06/99, e a nota fiscal nº , que não são pertinentes ao período fiscalizado.

Infração mantida, pois, na peça de defesa, não foram trazidos elementos capazes de elidir a acusação.

Na infração 02 foi detectada a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Conforme demonstrativo II, em anexo, fls. 14 a 16, o contribuinte deixou de recolher o ICMS devido pela saída interestadual de madeira, que circulou sem o recolhimento do imposto sobre a mercadoria, bem como o ICMS sobre o frete da mercadoria, constando discriminado os valores relativos a mercadoria e ao frete.

Verifico na planilha de fls. 14 a 16, que estão discriminadas as notas fiscais, o valor da base de cálculo, a alíquota, o valor do ICMS a recolher, bem como os dados sobre o frete, tais como valor da operação, alíquota, valor do ICMS e unidade federativa de destino das mercadorias.

O autuado não trouxe elementos de prova de que teria efetuado o pagamento do ICMS nas saídas interestaduais de madeira, bem como sobre o frete, deste modo entendo que deve ser mantida a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **295902.0805/05-3**, lavrado contra **MADEIREIRA ASTORI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$47.260,13**, sendo R\$24.870,33, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$22.018,16 e de 50% sobre R\$2.852,17, previstas no art. 42, II, “f” e I, “a”, da Lei nº 7.014/9 e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$22.389,80, acrescido das multas de 60% sobre R\$18.289,74 e de 50% sobre R\$4.100,06, previstas nos incisos II, “f” e I, “a” do mesmo artigo e lei citado, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2005

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR