

A. I. N ° - 281066.0002/07-7
AUTUADO - HIDROBRÁS ÁGUAS MINERAIS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTES - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LÚCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 19. 06. 2008

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0212-01/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Sujeito passivo, na condição de Substituto Tributário, localizando em outra unidade federativa, reteve e não recolheu o imposto devido através do Regime de Substituição Tributária Interestadual. Não prosperaram as arguições de decadência, ilegitimidade passiva ou inscrição baixada, restando comprovada a falta de recolhimento do imposto retido. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/12/2007, traz a exigência do ICMS no valor total de R\$ 15.253,00, além de multa de 150%, em razão da falta de 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. Consta que o contribuinte não comprovou o recolhimento do ICMS-ST retido (Anexo 1), conforme declarado nas GIAs (Anexo 2) e sua ausência no relatório de arrecadação (Anexo 3), nos meses de janeiro, fevereiro, maio, junho, agosto a dezembro/2002; janeiro a setembro/2003; e outubro/2004.

O autuado, às fls. 42 a 54, apresenta impugnação, através de seu representante legal, devidamente constituído, entendendo que teria havido equívoco por parte do fisco, já que a empresa autuada, Hidrobrás Águas Minerais do Brasil Ltda., de CNPJ 42.172.429/0004-59 – filial da impugnante, já havia sido extinta, afirmando que encontra-se baixada junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil, desde 12/06/2001, bem como na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, desde 06/08/2002. Carreia aos autos documentos, de fls. 58 a 61, alegando que, no endereço da antiga filial, encontra-se operando, desde 2001, a empresa Águas Minerais Brasileiras Ltda., (AMB), inscrita no CNPJ sob o nº 04.533.983/0001-82, que entende ser a única responsável pelas operações comerciais ali realizadas a partir daquele ano. Explica que a retro mencionada empresa é resultado de cisão ocorrida entre os sócios da Hidrobrás, anexando a alteração contratual para lastrear suas alegações.

Ressalta que, com alteração contratual em comento, levada a efeito em 2001, o Sr. Ivan José Bastos (administrador) e a Sra. Lúcia Guimarães Batalha, deixaram de compor o quadro societário da Impugnante (Hidrobrás) e passaram a compor, com exclusividade, o quadro societário da Águas Minerais Brasileiras Ltda. Motivos, esses, que o faz requerer o redirecionamento da autuação à empresa Águas Minerais Brasileiras - AMB, por entender ser a única responsável pelas operações que fundamentaram o presente Auto de Infração. Considera haver ilegitimidade passiva.

A teor do parágrafo 4º, artigo 150 do CTN, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, entende que o prazo para a autoridade administrativa proceder à homologação do pagamento prévio efetuado pelo contribuinte extingue-se em 05 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato

gerador. Dessa forma, observa que todos os fatos geradores ocorreram antes da data de 10/12/02, valores que entende ser inexigíveis pelo fisco.

No mérito, afasta a possibilidade de reconhecimento e confissão de dívida tributária pelo administrador da empresa Águas Minerais Brasileiras (Sr. Ivan José Bastos), por não compor o quadro societário da autuada desde 2001. Alega, ainda, que não teria havido violação às normas legais, mesmo que se atribua às indigitadas GIAs- ST (declaradas pelo Sr. Ivan José Bastos), a qualidade de confissão irretratável com o propósito de impedir a discussão do débito.

Lembra que, no Direito Tributário, ao contrário do que acontece no Direito Privado, no qual se confere eficácia (constitutiva ou declaratória) quanto às confissões, não há como surgir fato tributável, imputar dívida maior que a efetivamente devida ou reconhecer a legitimidade da exação, já que a exigência da obrigação tributaria decorre de sua própria natureza, que é a lei, não podendo ser alterada pelas partes (Fisco e/ou Contribuinte). Aponta entendimentos de nº AC nº 48.112/SP e AC nº 38.1.13/PR, do Tribunal Federal de Recursos, bem como acórdãos de nº acórdãos: Ac. Un. da 2ª Turm. Civ. do TJ/MS, na AC nº 37.665-8, DJ/MS de 04.08.94, pág. 13, RJ/I-IOB, nº 20/94, pág. 403, verbete nº 8.010 c Acórdão publicado no D.J.U de 18.10.89, pág. 12.410 in RJ/I-IOB nº 3/90, pág. 38, verbete nº 2.857.

Ressalta a incompatibilidade legal entre a CF/88, Lei Complementar 87/96 e a Lei Estadual. Defende que, embora tenha o administrador da empresa Águas Minerais Brasileiras Ltda., apresentado as GIAs-ST, a impugnante não estaria impedida de questionar a validade das mesmas, com vistas à discussão acerca das inconstitucionalidades e ilegalidades nelas consignadas. Procura demonstrar, a seguir, amparando-se nos artigos 146 e 150 da CF/88 e LC 87/96, a inconstitucionalidade e a ilegalidade do art. 23, § 4º da Lei Estadual 7.014/96, que entende presente no caso em exame.

Infere que a Lei Complementar teria possibilitado que o legislador estadual atribuisse a terceiros responsabilidade por substituição tributária, estabelecendo, porém, os critérios para fixação da base de cálculo do ICMS/ST. Salienta que a Lei Estadual não poderia alterar os critérios previstos na Lei Complementar 87/96, norma geral em matéria de ICMS, que estabelece os limites da tributação do ICMS-ST. Conclui que a LC foi clara ao determinar que a base de cálculo do ICMS/ST seria, obrigatoriamente, o somatório das seguintes parcelas: o valor da operação própria do substituto tributário; o seguro, frete e outros encargos; e a margem de valor agregado, inclusive o lucro das operações subsequentes, calculados segundo critérios estabelecidos na lei estadual.

Conclui afirmando que a Lei Estadual nº 7.014/96, ao delegar ao Poder Executivo a atribuição para definir os critérios para fixar da base de cálculo do ICMS/ST (cálculo da margem de valor agregado), teria extrapolado os ditames da LC 87/96, por entender que esta determinou, expressamente, que os critérios para a fixação da margem de valor agregado (MVA), deveriam ser previstos em lei. Defende ser imperioso o reconhecimento de inconstitucionalidade (artigo 146, III, da CF/88) e ilegalidade (artigo 8º da LC 87/96) do aludido dispositivo.

No tocante às multas aplicadas, lembra que esta deve ser graduada em função da gravidade da infração, do dolo e na consecução do fato delituoso. Afirmando existir natureza confiscatória nas multas aplicadas, apresenta entendimento do TRF 1ª Região (Remessa ex officio nº 90.01.265605/MG, in DI de 2502.91, Seção IL pág. 2856), para basear sua alegação, bem como de entendimento jurisprudencial do STF (julgamento da ADI nº 55 1-1, do Estado do Rio de Janeiro).

Alega ainda que as penalidades impostas estão em desacordo com os princípios da Proporcionalidade, Razoabilidade e Moralidade.

Conclui sua impugnação, requerendo o redirecionamento da autuação à empresa Águas Minerais Brasileiras Ltda., excluindo a responsabilidade da Autuada, ou, o reconhecimento da extinção do

débito tributário imputado, para desconstituir o lançamento e determinar o cancelamento do auto de infração, ou, que seja reduzido o valor do crédito tributário, em virtude da abusividade que considera existente nos valores das multas.

As autuantes, às fls. 92 a 97, apresentam informação fiscal consignando que é improcedente a informação de que a empresa encontra-se baixada junta a SEFAZ, desde 06/08/2002. Afiançam que essa alegação é completamente descabida, visto que no cadastro desta Secretaria a empresa encontra-se na condição de INAPTA, conforme indica o próprio anexo apresentado pelo autuado, à fl. 60 dos autos. Ressalta que esta empresa tornou-se inapta a partir de 06/08/2002 (anexo páginas 98 e 99), com base no art. 171, XII, “a” do RIMCS/BA.

Em referência a alegação da decadência levantada pela impugnante, as autuantes aduzem que esta não se operou. O lançamento foi efetuado nos prazos legais obedecendo ao disposto no art. 173, I do CTN - Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66. Para embasar sua afirmação as autuantes transcrevem as decisões: RESP 19863 1/SP, RESP 223 116/SP e 67094/SP, de 25/04/2000, de 26.08/2003, e de 03/08/2004, respectivamente, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Aduzem que a obrigatoriedade de entrega da GIA-ST foi estabelecida pelo Convênio Federal 81/93 e pela Cláusula Oitava, Parágrafo Único do Ajuste SINIEF 04/93. Quanto às informações constantes nos documentos fiscais, considera as mesmas de única e inteira responsabilidade do contribuinte.

Em referência a inconstitucionalidade de dispositivos da lei estadual, as autuantes informam que se há inconstitucionalidade, esta existe no Convênio e não na Lei, não lhe cabendo discuti-la apenas executar suas disposições como auditor fiscal, lembrando que nem mesmo o CONSEF tem o condão de declarar a inconstitucionalidade das normas.

Quanto à multa aplicada, o autuante reitera seu posicionamento, afirmando ter seguido apenas a orientação legal. Conclui a informação requerendo procedência total do auto de infração.

VOTO

O presente Auto de Infração traz o lançamento do crédito tributário, concernente à falta de recolhimento imposto retido pelo sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O impugnante, albergado no que dita o §4º do art. 150 da CTN, entende que os fatos geradores ocorridos entre 31/01/2002 e 30/11/2002, foram alcançados pela decadência, não havendo, assim, mais obrigação quanto a esses créditos tributários. Essa questão, através de inúmeros acórdãos, é plenamente pacificada neste CONSEF. A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Por tal razão, a decadência dos fatos relativos aos meses do exercício de 2002, acima alinhados, somente se operaria a partir do dia 31/12/2007.

Ocorre que os procedimentos os quais deram início a fiscalização, bem como a própria ciência do Auto de Infração, ocorreram antes de 31/12/2007, ou seja, consta intimação para apresentação de informações em meio magnético, à fl. 07 a 09, com ciência (entrega do AR) datada de 28/11/2007 e ciência do próprio Auto de Infração (entrega do AR), datada de 24/12/2007, conforme consta às fls. 39

e 40. Sendo assim, não há o que se falar em decadência, não prosperando, portanto, os argumentos defensivos.

Conforme alegam as autuantes, não procede a informação de que a empresa encontra-se baixada junta a SEFAZ, desde 06/08/2002, pois, além de o autuado não apresentar as provas de suas afirmações, ou seja, de que houve a aludida baixa, consta no cadastro da Secretaria da Fazenda deste Estado que a empresa encontra-se na condição de “INAPTA”, conforme indica o próprio o Documento de Informação Eletrônica, constante à fl. 60, o que ocorreu a partir de 06/08/2002. Os documentos (INC – Informações do Contribuinte, às fls. 98 e 99) indicam que a inaptidão se deu com base no art. 171, XII, “a” do RIMCS/BA, exatamente pelos motivos que geraram o presente lançamento de ofício, “*in verbis*”:

“Art. 171. Dar-se-á a inaptidão da inscrição, por iniciativa da repartição fazendária:

...

XII - quando o contribuinte substituto estabelecido em outra unidade da Federação:

...

a) deixar de recolher o ICMS retido por substituição tributária;” (grifo nosso)

Em relação às alterações contratuais e a certidão de baixa de Inscrição do CNPJ apresentadas, não foram acompanhadas das devidas alterações em seu cadastro no Estado da Bahia, para o qual se encontrava inapta, inclusive, efetuando, indevidamente, retenção sem recolhimento do imposto ao Estado da Bahia, conforme GIAs-ST, apresentadas.

A obrigatoriedade de entrega da GIAs-ST, é prevista na Cláusula décima terceira, inciso II do Convênio ICMS 81/93, Convênio de Normas Gerais sobre Substituição Tributária Interestadual, e pela Cláusula Oitava, Parágrafo Único do Ajuste SINIEF 04/93. As informações constantes dos documentos fiscais, são, portanto, da responsabilidade do contribuinte, pois foram por ele apresentadas.

Assim, cai por terra os seus argumentos quanto à ilegitimidade passiva, pois fica caracterizado que o sujeito passivo, dessa relação jurídico-tributária, é efetivamente o autuado, conforme lembram as autuantes.

As aludidas Guias constantes nos autos, às fls. 13 a 31, indicam claramente que foram efetuadas vendas de mercadorias, foram realizadas as retenções do imposto e não há os respectivos recolhimentos ou pagamentos ao Estado de destino, que é a Bahia, razões que motivaram a correta exigência tributária, ora impugnada.

A condição de substituto tributário, nas operações realizadas com a Bahia, pelo autuado, estabelecido no Estado do Espírito Santo, bem como a base de cálculo, são reguladas e previstas pelo Convênio 11/91, que não consta ter sido considerado constitucional pelo STF. Noto, inclusive, que os valores exigidos, no presente auto de infração, foram calculados pelo autuado e constam nas próprias, já aludidas, GIAs-ST.

Ademais, a Lei Estadual 7014/96, em seu art. 10, determina que, nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico, para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas, bem como a forma de cálculo do imposto prevista no acordo, conforme segue:

“Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

§ 1º A responsabilidade pelo pagamento do imposto, na condição de substituto tributário, é também atribuída:

.....

§ 3º *Havendo acordo interestadual, nos termos deste artigo, o ICMS a ser retido será calculado com a aplicação da margem de lucro nele determinada, sendo que, caso o percentual de lucro estabelecido no acordo interestadual seja inferior ao previsto na legislação interna, o adquirente ficará obrigado a fazer a complementação do imposto.*"

Resta lembrar que este Órgão Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Quanto à argüição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, é importante consignar que o art. 150, IV da CF é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Alinho meu entendimento ao da Professora Mizabel Derzi, em notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", 7ª edição, à fl. 519, quando afirma que o referido dispositivo constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissivo que trouxe danos ao fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

Diante do exposto, Voto pela Procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281066.0002/07-7**, lavrado contra **HIDROBRÁS ÁGUAS MINERAIS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.253,00**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, aliena "a", da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões CONSEF, 11 de junho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR