

A. I. N° - 281078.0001/10-8
AUTUADO - S. L. COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIA AZEVEDO SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 05. 04. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0063-01/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS DESTINADAS A CONTRIBUINTE LOCALIZADO NESTE ESTADO. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO.

Nas operações realizadas com base em acordos interestaduais, cabe ao remetente das mercadorias sujeitas à substituição tributária, por força de convênios ou protocolos, efetuar a retenção e o recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Excluído do primeiro item do lançamento os débitos referentes ao período em que o Estado do Paraná não fazia parte do Protocolo ICM 17/85. Infração 1 parcialmente caracterizada, infrações 2 e 3 procedentes. **b)** RETENÇÃO DO IMPOSTO A MENOS.

Infrações (4 e 5) caracterizadas. **c)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO.

O sujeito passivo comprovou o recolhimento de parte do imposto lançado antes do início da ação fiscal. Infração parcialmente caracterizada. Afastadas as arguições de decadência e de ilegalidade das multas impostas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 25/03/2010, para exigir do autuado ICMS, no valor total de R\$ 11.843,15, em razão das seguintes infrações:

01 – Deixou de proceder à retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$ 3.267,16, acrescido da multa de 60%, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2005 a março de 2007. Consta que se refere a vendas de produtos relacionados no Protocolo ICM 17/85 (lâmpadas elétricas), conforme demonstrado nos Anexos 1 e 2 (fls. 14 a 49 e 50 a 53).

02 – Deixou de proceder à retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$ 346,36, acrescido da multa de 60%, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de maio de 2007, março e dezembro de 2008. Consta que se refere a vendas de produtos relacionados no Convênio ICMS 85/93 (pneumáticos, câmaras de ar e protetores), conforme os Anexos 2 e 3 (fls. 50 a 53 e 54 a 56).

03 – Deixou de proceder à retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$ 667,20, acrescido da multa de 60%, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de agosto, setembro e novembro de 2008, janeiro, março, abril, junho a setembro e dezembro de

2009. Consta que se refere a vendas de produtos relacionados no Protocolo ICMS 41/08 (autopeças), conforme o Anexo 3 (fls. 54 a 56).

04 – Procedeu à retenção a menos do ICMS e ao consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de junho e agosto de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 16,66, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere a vendas de produtos relacionados no Convênio ICMS 85/93 (pneumáticos), conforme Anexo 4 (fls. 57 a 60).

05 – Procedeu à retenção a menos do ICMS e ao consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de fevereiro, junho a agosto e outubro de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 107,49, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere a vendas de produtos relacionados no Protocolo ICMS 41/08 (autopeças), conforme o Anexo 4 (fls. 57 a 60).

06 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$ 7.438,28, acrescido da multa de 150%, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no mês de janeiro de 2005. Consta que esse item do lançamento decorreu do fato de ter o autuado retido o ICMS substituição tributária em suas notas fiscais de saídas e não ter recolhido ou de ter recolhido a menos o respectivo ICMS, conforme os Anexos 5, 6 e 7 (fls. 61, 62 a 68 e 69 a 81).

O autuado, por meio de advogados legalmente constituídos, apresenta a defesa de fls. 111 a 129, aduzindo que é uma empresa que se dedica à comercialização de mercadorias como pneus, câmaras, peças para veículos, lâmpadas, dentre outros, e nesta qualidade vende suas mercadorias constantemente para diversas unidades da Federação. Diz que, em função dos produtos que comercializa com empresas situadas no estado da Bahia, assume a qualidade de sujeito passivo por substituição tributária do ICMS devido.

Preliminarmente, quanto às infrações 1 e 6, suscita a decadência relativamente aos fatos geradores ocorrido até o mês de março de 2005. Explica que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação e, a teor do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), a fiscalização tem o prazo legal de cinco anos, contados da data do fato gerador, para efetuar o lançamento de ofício, caso discorde dos valores lançados anteriormente pelo sujeito passivo. Frisa que vencido esse prazo, sem a homologação expressa do sujeito ativo, considera-se tacitamente homologada a atividade tributária realizada pelo sujeito passivo, decaindo qualquer direito de lançamento ou cobrança em relação àqueles fatos geradores. Afirma que, como o Auto de Infração foi lavrado em 25/03/10 e a notificação ocorreu em 09/04/05, em relação à infração 1, os fatos geradores ocorridos até o mês de março de 2005 estão decaídos, bem como toda a infração 6. Em defesa da sua tese, cita dispositivos legais e doutrina.

No mérito, referindo-se à infração 1, o autuado afirma que o Estado do Paraná somente ratificou o Protocolo 17/85 em 2008, através do Protocolo ICMS 130/08, com vigência a partir de 01/01/09 (fls. 143 a 148). Diz que, portanto, nas operações elencadas na infração 1, não houve a retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo, muito menos seu recolhimento, uma vez que à época dos fatos geradores o Estado do Paraná não havia aderido ao citado Protocolo. Ressalta que, no período de 31/01/05 a 31/03/07, nas operações com lâmpadas elétricas, não tinha a obrigação de reter o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Conclui que não são devidos os valores cobrados a título de ICMS substituição e nem a multa aplicada.

Quanto às infrações 2, 3, 4 e 5, assevera que todos os pagamentos do ICMS substituição tributária foram realizados pelo autuado, conforme se pode perceber pelas notas fiscais e pelos comprovantes de pagamento em anexo (fls. 149 a 223).

No que tange à infração 6, diz que a exigência fiscal é indevida, pois grande parte do valor que está sendo cobrado (fls. 58 a 62) já tinha sido recolhido, conforme as guias de pagamento acostadas às fls. 224 a 272. Para comprovar seu argumento, apresenta tabela à fl. 123, com os valores que, no seu entendimento, foram recolhidos. Afirma que, desse modo, não há como se falar em novo pagamento no montante de R\$ 7.438,28, muito menos na aplicação de multa.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado afirma que as multas indicadas na autuação são ilegais, pois violam a vedação ao confisco, prevista no CTN. Diz que é injustificável que multas em percentuais tão elevados (60% e 150%) sejam impostas aos contribuintes, sob pena de desvirtuar o aspecto reparador e educativo da multa aplicada. Cita doutrina e jurisprudência para embasar sua tese.

Ao finalizar sua defesa, o autuado solicita que seja declarada a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos até o mês de março de 2005, que as infrações 1 a 6 sejam julgadas improcedentes e que seja declarada a inexigibilidade das multas impostas.

Na informação fiscal (fls. 166 a 171), a autuante, inicialmente, faz uma breve síntese do processo e, em seguida, afirma que não há razão para prosperar a decadência arguida em relação aos fatos geradores das infrações 1 e 6, ocorridos até o mês de março de 2005. Diz que já está pacificado o entendimento de que o prazo decadencial é contado com base no art. 173, inc. I, do CTN.

No mérito, quanto à infração 1, afirma que a adesão do Estado do Paraná ao Protocolo ICM 17/85 ocorreu por meio do Prot. ICMS 36/98, efeitos a partir de 01/02/99, tendo a exclusão se operado pelo Prot. ICMS 36/06, efeitos a partir de 16/10/06. Aduz que o Paraná só voltou a aderir ao Protocolo ICM 17/85 em 01/01/09, por meio do Prot. ICMS 130/08. Conclui que, no período de 16/10/06 a 31/12/08, o Estado do Paraná estava fora do Protocolo 17/85, referente a lâmpadas. Diz que, dessa forma, deve ser excluído da infração 1 o valor de R\$ 418,23, cobrado no período de 16/10/06 a março de 2007, passando o valor da infração 1 para R\$ 2.848,93.

Quanto às infrações 2, 3, 4 e 5, diz que o autuado não comprova os pagamentos citados na defesa e, portanto, não procede o argumento do contribuinte. Frisa que, na defesa, apenas são anexadas cópias de notas fiscais e de comprovantes de pagamentos sem relacioná-los com as notas fiscais objeto da autuação. Como exemplos, a autuante menciona que a Nota Fiscal nº 140900, listada no demonstrativo de fl. 59, foi apresentada na defesa (fl. 220), porém o valor do ICMS-ST retido é o mesmo que foi considerado na auditoria; em relação ao exercício de 2005, foram apresentadas notas fiscais referentes a pneus, produtos que não tinha sido objeto da autuação.

No que tange à infração 6, afirma que, após uma consulta ao SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Fazendária), verificou que os valores citados na defesa foram de fato recolhidos, porém devido a uma “desconfiguração” no CNPJ do autuado, esses recolhimentos não apareciam no seu cadastro. Diz que, assim, o valor devido na infração 6 passa para R\$ 1.565,17, que corresponde ao débito original menos os recolhimentos comprovados às fls. 225 a 272.

Assevera que as multas indicadas na autuação estão previstas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, não lhe cabendo analisar a correspondência entre a punição e a gravidade da infração. Sustenta que a noção de justiça foi estabelecida pelo legislador, quando determinou a proporcionalidade das sanções em relação aos fatos tipificados como irregulares. Aduz que própria Lei 7.014/96, no seu artigo 45, prevê redução das multas em função do pagamento do débito.

Solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, retificando-se os valores cobrados nas infrações 1 e 6.

O autuado foi regularmente notificado acerca do resultado da informação fiscal (fls. 172 a 175), porém não se pronunciou.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter deixado de reter e de recolher (infrações 1, 2 e 3) e de ter retido e recolhido a menos (infrações 4 e 5) ICMS devido por substituição tributária na condição de contribuinte substituto, bem como de ter deixado de recolher ICMS retido por substituição tributária (infração 6).

Em relação às infrações 1 e 6, o autuado preliminarmente argui a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário atinentes aos fatos geradores ocorridos até o mês de março de 2005, sob o argumento de que deve ser aplicado o artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), o qual prevê o prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do respectivo fato gerador, para que a Administração Pública constitua o crédito tributário ou que homologue, tacitamente, o pagamento antecipado.

Apesar dos abalizados argumentos trazidos na defesa, este não é o posicionamento dominante neste CONSEF. Este Colegiado tem entendido que, 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, tal prazo está relacionado com o tributo que foi lançado e recolhido pelo contribuinte e, depois de decorridos os cinco anos previstos legalmente, não foi objeto de lançamento de ofício.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de recolher as o tributo devido e a fiscalização atua no sentido de recuperar o valor devido, mediante lançamento de ofício, a contagem do prazo decadência se faz segundo o critério previsto no 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”.

Em relação aos fatos geradores deste Auto de Infração ocorridos durante todo o exercício de 2005, o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/10. Como o Auto de Infração foi lavrado em 25/03/10, não havia se configurado, portanto, a decadência do prazo para o lançamento do crédito tributário. Ressalto que inúmeros acórdãos deste CONSEF têm pacificado esse entendimento, dentre os quais cito os Acórdãos CJF N^os 0274-12/02, 0150-12/02 e 0260-11/02, sendo que deste último, reproduzo a seguir o trecho do voto proferido pelo Conselheiro Relator Tolstoi Seara Nolasco:

Inicialmente 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 BALEIRO, 11ª 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”.

Em face do acima exposto, afasto a arguição de decadência suscitada pelo autuado e passo a apreciar o mérito da lide.

Quanto à infração 1, o argumento defensivo não procede em sua totalidade, pois a adesão do Estado do Paraná ao Protocolo ICM 17/85 se deu por meio do Protocolo ICMS 36/98, com efeitos a partir de 01/02/99, sendo que posteriormente, através do Protocolo ICMS 36/06, o referido Estado foi excluído do Protocolo ICM 17/85, com efeitos a partir de 16/10/06. Só a partir de 01/01/09, com a entrada em vigor do Protocolo ICMS 130/08, o Paraná foi re-incluído no Protocolo ICM 17/85.

Dessa forma, no período de 01/02/99 a 15/10/06, o Estado do Paraná era signatário do Protocolo ICM 17/85. Já no período de 16/10/06 a 31/12/08, o Paraná não fazia parte do Protocolo ICM 17/85 e, portanto, o autuado não estava obrigado a fazer a retenção e recolhimento do ICMS nas vendas destinadas ao Estado da Bahia. Em relação a esse último período a infração 1 não subsiste, conforme expressamente reconheceu a autuante na informação fiscal.

Examinando o Anexo 1, especificamente as fls. 46 e 47, constato que todas as operações relacionadas pela autuante no mês de outubro de 2006 ocorrerem a partir do dia 16, portanto, ficam excluídos dessa infração os débitos referentes aos meses de out/06 (R\$ 56,10), nov/06 (R\$ 85,33), dez/06 (R\$ 95,23), jan/07 (R\$ 72,37), fev/07 (R\$ 162,86) e mar/07 (R\$ 2,44), no total de R\$ 474,33, mantendo inalterados os demais meses. Assim, a infração 1 subsiste em parte, no montante de R\$ 2.792,83.

No que tange às infrações 2, 3, 4 e 5, o autuado afirma que “todos os pagamentos do ICMS substituição tributária foram realizados pela Impugnante, conforme bem se percebe das notas fiscais e dos comprovantes de pagamentos juntados em anexo (doc. 03)”.

O argumento e as provas apresentadas na defesa não são capazes de elidir as infrações, pois não há como se correlacionar as provas apresentadas com os débitos cobrados nas infrações em tela. O autuado, com o devido respeito, se limitou a negar as acusações e a apresentar notas fiscais e comprovantes de recolhimentos, sem, no entanto, indicar os erros que entende presente na auditoria fiscal ou correlacionar os pagamentos realizados às notas fiscais trazidas ao processo.

Os anexos que embasam as infrações em comento foram elaborados de forma criteriosa, separando nota a nota, indicando todos os dados necessários à apuração dos valores devidos e ao exercício do direito de defesa. O autuado deveria em sua defesa ter indicado os equívocos que entendia presentes na auditoria fiscal, correlacionando as provas que possuísse.

Considerando que, nos termos do 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, as infrações 2, 3, 4 e 5 subsistem integralmente.

Em relação à infração 6 – falta de recolhimento de ICMS retido por substituição tributária –, o autuado afirma que o imposto em questão foi recolhido, conforme as guias de pagamentos acostadas às fls. 224 a 272.

Na informação fiscal, a autuante acata o argumento e as provas trazidas na defesa e afirma que deve ser excluído desse item do lançamento R\$ 5.873,11, remanescendo o débito de R\$ 1.565,17.

Acolho o resultado apurado pela autuante na informação fiscal, pois está em conformidade com as provas dos recolhimentos acostadas ao processo. Dessa forma, a infração 6, subsiste parcialmente no valor de R\$ 1.565,17.

Por fim, ressalto que as multas indicadas na autuação são as previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 para as infrações apuradas, não havendo, assim, como se dizer que são ilegais. Quando ao alegado caráter de confisco, saliento que, a teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99, não inclui na competência deste órgão julgador a apreciação de aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Não há como acolher o pleito defensivo para que as multas sejam declaradas inexigíveis, pois, os débitos tributários não recolhidos tempestivamente devem ser cobrados mediante lançamento de ofício, acrescido da multa prevista e dos acréscimos legais. Também não há como este colegiado reduzir ou dispensar as multas indicadas no Auto de Infração, uma vez que são penas decorrentes de descumprimento de obrigações tributárias acessórias e, portanto, fora da competência das Juntas de Julgamento. Poderá o autuado, querendo, solicitar tal redução ou dispensa à Câmara Superior deste CONSEF, observando as formalidades e condições previstas no art. 159 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar as infrações 2, 3, 4 e 5 procedentes e as infrações 1 e 6 parcialmente procedentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281078.0001/10-8**, lavrado contra **S. L. COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.495,71**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 3.930,54 e de 150% sobre R\$ 1.565,17, previstas no artigo 42, II, “e”, e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR