

PROCESSO - A. I. N° 281078.0003/08-9
RECORRENTE - UNIÃO-COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0021-01/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 17/12/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0375-11/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS À CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. **a)** IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. **b)** IMPOSTO SEM RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. **c)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Demonstrativos que dão suporte ao lançamento comprovam a falta de retenção, retenção a menos e retenção e falta de recolhimento do imposto relativo a venda de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (Convênio e Protocolo ICMS) para contribuintes localizados neste Estado. Estes fatos não foram questionados pelo contribuinte. Rejeitadas as nulidades suscitadas e a extinção do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário relativo ao primeiro semestre de 2003. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Voluntário interposto nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida pela 1ª JFJ, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 30/06/08, relativo à exigência de ICMS no valor de R\$543.303,76 acrescido das multas de 60% e 150%, em decorrência de onze infrações, as quais se referem:

INFRAÇÃO 1 - Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, relativo aos meses de junho a agosto e outubro de 2003, no valor de 43,67, com multa de 60% (PROT. ICMS 15/85 – FILME).

INFRAÇÕES 2 a 10 - Deixou de efetuar a retenção nas vendas e transferências realizadas com contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos valores de R\$16.372,50; R\$181.700,71; R\$119.008,69; R\$20.761,70; R\$30.852,81; R\$9.655,72; R\$26.433,12; R\$2.938,37 e R\$ 6.942,59, acrescido da multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a dezembro/03. Consta que estas infrações estão demonstrada nos Anexos 2 A e 2 B, todas relativas a produtos relacionados em Convênios e Protocolos ICMS.

INFRAÇÃO 11 - Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor de R\$128.593,88, multa de 150%, relativo aos meses de março a maio/03. Consta que em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição tributária em suas notas fiscais de saída e não recolhido o respectivo ICMS ou o recolhido a menos.

A 3ª JFJ decidiu a lide (fls. 1251/1258) conforme abaixo transcrito.

O Auto de Infração, em lide, ora impugnado, imputa ao sujeito passivo 11 (onze) infrações, conforme já relatadas e adiante sucintamente reproduzidas. Cabe ressaltar que o autuado está estabelecido em outra

unidade da federação (Minas Gerais) e está sob a égide dos acordos interestaduais em que seu estado é signatário, juntamente com a Bahia, na condição de substituto tributário, na forma do Conv. 81/93, art. 9º da Lei Complementar 87/96 e art. 10 da Lei 7014/96.

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas direta ou indiretamente pelo autuado, a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, claramente descritos. Não houve falta de motivação, vez que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa; foram obedecidos os prazos previstos legalmente, bem como os dispositivos legais infringidos foram consignados no Auto de Infração quando da indicação dos acordos interestaduais (adiante relacionados) que o autuado estava obrigado a cumprir, bem como no campo “descrição dos fatos” foram detalhadas as infrações juntamente com a indicação dos demonstrativos que detalham as suas apurações. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes do processo administrativo fiscal.

Em consonância com o disposto no “caput” do art. 9º da Lei Complementar 87/96, e o consoante no “caput” do art. 10 da Lei 7014/96, ao alinhar 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, se verifica que o autuado infringiu, quanto às infrações 01 a 11, as exigências constantes dos seguintes dispositivos: Convênio 74/94 (Tintas e vernizes, infração 02); do Convênio 76/94 (Medicamentos, infração 03), a Portaria 270/93 e os respectivos itens elencados no Anexo 88; do Protocolo 15/85 (Filmes e slides, infração 01 e 05); do Protocolo 16/85 (Lâminas de barbear e isqueiros, infração 06); do Protocolo 17/85 (Lâmpadas elétricas, infração 07); do Protocolo 18/85 (Pilhas e baterias elétricas, infração 08); do Protocolo 19/85 (Discos e fitas, infração 09) e o Protocolo 45/91, infração 10; Cláusula 8ª e 11ª do Conv. 81/93, e art. 373 do RICMS/BA, relativo à infração 11.

Os acordos interestaduais e dispositivos legais e regulamentares, acima referidos, constam no campo enquadramento consubstanciado no Auto de Infração, não havendo, assim, razão para o desconhecimento do autuado quanto ao regimento infringido.

O impugnante, albergado no que dita o §4º do art. 150 da CTN, argumenta que a ciência do contribuinte, acerca da autuação, deu-se em 09/07/2008, assim, o período relativo aos meses de janeiro a junho de 2003, alvo das exigências tributária do presente lançamento de ofício, estariam atingidos pela decadência, haja vista ter transcorrido mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos nestes períodos. 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.

A falta de pagamento integral de tributo cujo lançamento se dê por homologação no prazo regulamentar faz surgir para a Fazenda Pública o direito subjetivo de constituir o crédito tributário por meio do lançamento de ofício. Esse direito do Estado, sob pena de extinção, deve ser exercido em determinado lapso de tempo. O tempo deve ser contado, como já visto, segundo o que dispõe o artigo 173, I do CTN, ou seja, em cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

Por tal razão, a decadência dos fatos relativos aos meses do exercício de 2003, acima alinhados, somente se operaria a partir do dia 31/12/2008.

Ocorre que a própria ciência do Auto de Infração ocorreu antes de 09/07/2008, ou seja, consta à fl. 122, a devida ciência do próprio Auto de Infração, com a aludida data. Sendo assim, não há o que se falar em decadência, não prosperando, portanto, os argumentos defensivos, haja vista que a decadência, relativa aos fatos geradores do exercício de 2003, só se materializaria após a data de 31/12/2008.

Diante do exposto não acolho as razões de extinção do direito da fazenda estadual de constituir os créditos tributários relativos ao exercício de 2003.

Quanto às demais questões meritórias, além da decadência, o autuado não apresenta qualquer elemento de direito ou de fato que descaracterize as exigências impostas, não havendo pelo autuado qualquer questionamento quanto à veracidade dos demonstrativos com seus valores, planilhas e relatórios juntados a este PAF e com cópias entregues ao mesmo.

Assim, foi demonstrado pelo autuante que o impugnante efetivamente reteve e recolheu a menos o ICMS, na condição de substituto tributário, nas operações de vendas realizadas com contribuintes localizados no Estado da Bahia, que resultou a infração 01, além de deixar de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, em relação às infrações 02 a 10, bem como em relação à infração 11, foi demonstrando que o impugnante deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição tributária nas notas fiscais de saídas e não ter recolhido. Os valores apurados foram obtidos do confronto do ICMS retido nas notas fiscais com os valores recolhidos de ICMS ST, excluídas as devoluções, resultou a diferença de ICMS ST a recolher nos meses de março, abril e maio de 2003.

Diante do exposto voto pela total PROCÊDENCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da primeira instância (fls. 1.267/1.272), o recorrente resume que a acusação versa sobre a falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Argumenta que o julgador de 1ª instância ponderou sua sentença com base na lei estadual, em que a decadência se opera de acordo com o art. 173 e não de acordo com o art. 150 do CTN, e que a legislação estadual não acata a disposição no CTN referente aos débitos sujeitos à homologação.

Aduz que o julgador não observou os princípios da segurança jurídica e legalidade, estando a Decisão incompatível com a legislação, motivo pelo qual entende que deve ser reformada.

Reapresenta no Recurso interposto os mesmos argumentos apresentados na defesa inicial, sobre os requisitos necessários que deve conter o Auto de Infração, sua validade, limites legais e competência, sob pena de ser considerado nulo ou configurar cerceamento de direito de defesa.

Ressalta que o AI não é um instrumento de lançamento, mas sim dirigido ao contribuinte para formalizar o débito e assegurar defesa, obedecendo o que determina a legislação.

Transcreve ementa da Decisão da 4ª Câmara de Julgamento [Conselho de Contribuintes], ao decidir pela nulidade do processo 35.318.000361/2003-18, relativo a débito previdenciário sob o fundamento de que “*É nulo o AI – Auto de Infração lavrado sem a aposição tempestiva do horário em que ocorreu sua lavratura, vez que deixa de atender plenamente aos requisitos exigidos para a sua lavratura, padecendo, portanto, de vício formal insanável*”.

Alega que em que “*pese o fraseado, a falta de fundamentação legal da infração no Auto de Infração o invalida de plano, tendo em vista que é suficiente para a impossibilidade de efetuar uma defesa ampla*”, por entender que “*a descrição da infração cometida por si só não é suficiente para a caracterização da infração, é necessária a descrição do diploma legal de regência da infração cometida, sendo este um elemento essencial de validação do Auto de Infração*”.

Argumenta que a atividade administrativa é vinculada, dentro da legalidade e na situação presente, a fiscalização “*cometeu um erro ao lavrar o referido Auto de Infração, pois, não tipificou corretamente a infração*”, não podendo ser compelido a pagar a “*quantia estipulada, pois isso causaria a dilapidação de seu patrimônio por uma negligência da autoridade coatora*”.

Afirma que caso não acatada a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa, deve ser observado o disposto no art. 150 do CTN, no que se refere à decadência, visto que o CTN no seu art. 156, elegeu formas de extinção do crédito tributário, entre elas a do inciso V relativa à prescrição e a decadência, cujo prazo é de 5 anos e contagem estabelecida em função do regime de lançamento, por homologação ou declaração do sujeito passivo.

Argumenta que nos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação, como na situação presente, o prazo decadencial flui a partir da data do fato gerador nos termos do art. 150, §4º do CTN. Transcreve ementa da Decisão do STJ contida no Resp. 101.407-SP (2000); Ac. 105-

11.888 – 5ª do Conselho de Contribuintes (1998) e parte de texto de doutrinadores, para reforçar o seu posicionamento de que o direito da Fazenda Estadual constituir o crédito tributário dos meses de 01/2003 a 06/2003, extinguiu-se em cinco anos contados da data do fato gerador e na data da autuação (09/07/2008). Requer a reforma da Decisão da primeira instância, declarando nulidade do lançamento ou decadência de parte do crédito tributário exigido.

A PGE/PROFIS no Parecer exarado em 20/04/09 (fls. 1276/1279), salienta que o recorrente suscita nulidade do lançamento considerando: 1) o princípio da legalidade; 2) cerceamento do direito de defesa; e, 3) decadência dos valores relativos ao 1º semestre de 2003, sem adentrar ao mérito.

Opina que o lançamento foi efetuado em conformidade com o ordenamento jurídico tributário estadual, as infrações descritas corretamente acompanhadas de demonstrativos, o que afasta as nulidades suscitadas.

Quanto à decadência, afirma que em se tratando de lançamento por homologação, se houve efetivamente pagamento do tributo devido o mesmo será homologado pela autoridade competente com a contagem do prazo a partir do fato gerador (art. 150, §4º do CTN), mas que na situação presente, o sujeito passivo não antecipou o pagamento (ou o fez a menor que o devido). Neste caso o prazo inicial é contado do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I do CTN – REsp 63.529-2/PR; REsp 63.308-SP). Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

O processo foi encaminhado ao gabinete do Procurador Chefe para análise da questão da decadência (fl. 1280), tendo no despacho de 03/11/11 (fl. 1282) retornado a PGE/PROFIS orientando que deve ser aplicado à regra prevista no art. 107-B, §5º do COTEB.

Em novo Parecer (fl. 1283) foi referendado o Parecer anterior, inclusive quanto à decadência.

Às fls. 1285/1288, de 24/09/12, foi acostado comunicado da 8ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia/MG, informando que a empresa encontra-se em ajuizamento de Ação de Recuperação Judicial nº 702120134730 para que a SAT tome conhecimento daquela ação.

VOTO

Verifico que no Recurso Voluntário interposto, o recorrente reapresentou os mesmos argumentos contidos na defesa inicial que já foram apreciados na Decisão da primeira instância, ou seja:

Suscitou nulidades sob o argumento de que não foi obedecido ao devido processo legal e que o Auto de Infração não tipificou corretamente “a infração”. Estes fatos já foram apreciados na Decisão da primeira instância, ressaltando que todas as onze infrações são respaldadas em acordos interestaduais (Convênios e Protocolo ICMS) cujo Estado de Minas Gerais onde está localizado é signatário, juntamente com a Bahia, na condição de substituto tributário, conforme Convênio ICMS 81/93, art. 9º da Lei Complementar 87/96 e art. 10 da Lei 7014/96. Portanto, como apreciado na Decisão ora recorrida, obedeceu ao princípio da legalidade.

Também que as infrações foram descritas de forma clara, sendo que a 1ª acusa retenção a menos do ICMS devido na qualidade de sujeito passivo por substituição; a 2ª a 10ª se referem à falta de retenção e a 11ª por ter procedido à retenção, mas não fez o recolhimento. Nos demonstrativos às fls. 15/959 foram relacionadas às notas fiscais emitidas pelo recorrente, descrição dos produtos enquadrados no regime de substituição tributária e cláusulas dos respectivos Convênios e Protocolos ICMS (Convênio 74/94 - Tintas e vernizes; Convênio 76/94 – Medicamentos; Prot. 15/85 - Filmes e slides; Prot. 16/85 - Lâminas de barbear e isqueiros; Prot. 17/85 - Lâmpadas elétricas; Prot. 18/85 - Pilhas e baterias elétricas; Prot. 19/85 - Discos e fitas e Prot. 45/91). Também, como apreciado na Decisão da primeira instância, não ficou comprovada a alegação de que as infrações não foram tipificadas corretamente.

Quanto à alegação de que parte do crédito tributário foi alcançado pela decadência, também já foi apreciado na Decisão da 1ª JF, quando fundamentou que:

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.

Portanto, sigo o posicionamento adotado pela PGE/PROFIS, aplicando a regra prevista no art. 107-B, §5º do COTEB, com relação aos fatos geradores ocorridos no primeiro semestre de 2003, a decadência, somente se operaria a partir do dia 31/12/08 e como o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/08 e cientificado o recorrente em 09/07/08 (fl. 5), não há o que se falar em decadência, conforme apreciado na Decisão ora recorrida.

Pelo exposto, está correta a Decisão da Primeira Instância e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281078.0003/08-9**, lavrado contra **UNIÃO – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$543.303,76**, acrescido das multas de 60% sobre R\$414.709,88 e 150% sobre R\$128.593,88, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS