

A. I. N° - 207349.0002/12-5
AUTUADO - UNILEVER BRASIL HIGIENE PESSOAL E LIMPEZA LTDA.
AUTUANTE - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 09.07.2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0140-01/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA [CONVÊNIO 76/94-PASTAS DENTIFRÍCIAS]. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Cabe ao autuado, Contribuinte Substituto (CICMS/BA 64.947.924), responsabilidade pela retenção e pagamento do ICMS-ST nas operações com produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário (item 13, sub-item 13.10 pastas dentifrícias, art. 353, II, RICMS/BA-97), de acordo com Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94. Rejeito as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 12/12/12, acusa o autuado de não proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Consta ainda que deixou de efetuar a retenção nas vendas de pasta de dente constantes nas notas fiscais do Anexo 1.1. Retenção prevista no Convênio 76/94. Valor R\$ 127.911,70, multa 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 29/35) alegando que a autuação não pode prosperar, pois além de conter vícios a acusação se mostra improcedente. Identifica-se como pessoa jurídica de direito privado e cuja atividade empresarial abrange a fabricação e comercialização de bens de consumo em todo o território nacional, sujeitando-se, assim, à incidência do Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS).

Alega que parte dos créditos lançados foi atingida pela decadência, considerando que o ICMS é tributo sujeito a “lançamento por homologação”, o qual atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento do tributo, sem prévio exame da autoridade administrativa; tendo havido o pagamento antecipado e não ter ocorrido dolo fraude ou simulação, a regra de decadência do direito de lançar que deve ser utilizada é a prescrita no art. 150, §4º do Código Tributário Nacional – CTN.

Transcreve o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nas decisões colacionadas aos autos. Aduz que, no caso, o crédito tributário apurado se refere aos períodos de 01/01/2007 a 30/12/2009; a ciência aos autos aconteceu em 26.12.2012, e assim, é evidente a decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário referente aos meses que foram lançados no ano 2007, tendo em vista que estes foram homologados tacitamente pela Fazenda.

Argui que deve ser afastada a aplicação do marco previsto no art. 173, inciso I, do CTN, posto que o autuado efetuou o recolhimento do ICMS próprio, de modo que houve, sim, pagamento desse tributo a homologar e a regra de decadência a ser aplicada é aquela prevista art.150, § 4º do CTN.

Dircorre sobre a inconstitucionalidade da exigência do ICMS-ST, apesar da emenda constitucional nº 03/1993, que estabeleceu a possibilidade do recolhimento antecipado de tributo incidente em

operações futuras. Diz que, entretanto, deveria ser garantido ao contribuinte substituído o direito à devolução dos valores recolhidos antecipadamente, caso não houvesse a ocorrência concreta do “fato gerador”.

Descreve, nesse sentido, o entendimento de Roque Antônio Carrazza, acrescentando que o princípio da segurança jurídica, intimamente ligado aos direitos fundamentais do contribuinte, cláusula pétreia da Constituição Federal (art. 60, § 4º, CF 88) torna evidente a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional de nº 03/1993. Aduz que frente a inconstitucionalidade citada, a medida que se impõe é o cancelamento integral do lançamento de ofício.

Contesta a impossibilidade da discussão e julgamento dos argumentos aduzidos pelo autuado, sob a alegação de tratar-se de matéria constitucional, de competência exclusiva do Poder Judiciário. Admite ser vedado ao órgão julgador, para tentar se esquivar das alegações da defendant, alegar que não se inclui na sua competência a apreciação da matéria, sob pena de consagrar, na esfera administrativa, normas infraconstitucionais absolutamente despidas de fundamento de validade.

Transcreve voto do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, nos autos do Processo DRT-5 nº 2293191 e o entendimento de Gilberto de Ulhoa Canto, no mesmo sentido, argumentando que “*a idéia de que o tribunal, ou órgão administrativo com função jurisdicional, não pode deixar de aplicar a lei por inconstitucional, ou o regulamento por ilegal, ou portaria par contrária ao regulamento, baseia-se num engano fundamental*”, dissipa ainda que “*é comum, nos meios fazendários, confundir-se declaração jurisdicional de inconstitucionalidade de lei, que é apanágio do Poder Judiciário, com aplicação de princípio constitucional, que nada mais é do que aplicação do princípio da legalidade ao caso concreto*”.

Conclui pela falta de fundamento das acusações fiscais, pede o reconhecimento da decadência parcial do direito de lançamento do Fisco e o seu cancelamento, protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial pela juntada posterior de documentos, caso se faça necessário.

A autuante presta Informação Fiscal, fls. 50/60, aduzindo os termos da autuação, as razões da defesa. Sobre a alegação de decadência, sustenta que não ocorreu, porque no Estado da Bahia, o prazo de contagem se inicia no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, com respaldo na constituição e no Código Tributário Nacional (art. 150, § 4º).

Rebate que o prazo citado acima é para homologar e não para lançar. Atividades distintas a serem desempenhadas pelo Poder Público. Diz que, salvo em havendo má fé, tem a entidade tributante cinco anos, contado do fato gerador para conferir se o pagamento foi feito com acerto ou não. Estando correto, extinto estará o crédito tributário; em contrário, terá o Fisco o direito de efetivar o lançamento de ofício, outra atividade administrativa, em idêntico prazo de cinco anos, desta feita, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador (art. 173, I, CTN).

Transcreve entendimento esposado pelo STJ no julgamento do AgRg no Agravo de Instrumento 756159 – RS. Lembra que o prazo para homologação (art. 150, § 4º) somente poderá ser aplicado se a legislação do Estado não fixar outro prazo para homologação, lembra também da autonomia dos Estados membros (princípio federativo). Assinala que vige na Bahia o Código Tributário Estadual – Lei nº 3.956/81 e a regra acima consta do art. 107-A, parágrafo único, além do art. 965, RICMS/BA.

Defende, enfim, que o Estado da Bahia exerceu a faculdade oferecida pelo legislador complementar do CTN de fixar um prazo diferente daquele contido na norma geral tributária e argui que há de ser desprezada a decadência parcial. Aduz que não há inconstitucionalidade na exigência do ICMS-ST e conclui pela procedência integral do auto de infração.

VOTO

O lançamento em discussão exige ICMS sob alegação de falta de retenção do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, na venda de creme dental (pastas de dente) realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Sublinho que o autuado se encontra estabelecido em outra unidade da federação (Pernambuco) e as operações em debate (Convênio ICMS 76/94) estão sob a égide dos acordos interestaduais em que aquele estado é signatário, juntamente com a Bahia, na condição de substituto tributário, na forma do Convênio 81/93, art. 9º da Lei Complementar 87/96 e art. 10 da Lei 7.014/96.

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. Devidamente motivada a autuação, com a indicação dos fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública e o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Em obediência ao devido processo legal, o processo administrativo fiscal - PAF está revestido de todas as formalidades legais, com respeito aos prazos previstos legalmente, não havendo violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao PAF. Foram enviados ao autuado as peças necessárias a sua defesa, exercendo-a amplamente e contraditando da forma que melhor lhe aprouve. Os dispositivos legais infringidos foram consignados no Auto de Infração com a indicação do acordo interestadual a que estava obrigado a cumprir.

Diverso do entendimento manifestado pelo sujeito passivo da inconstitucionalidade da exigência do ICMS-ST, em face a Emenda Constitucional nº 03/1993 e da possibilidade da análise da matéria de cunho constitucional em sede administrativa, não existe nenhum óbice na apreciação da conformação das normas umas com as outras, sobretudo, porque interpretamos de acordo com a aplicação do princípio da legalidade, em cada caso concreto, o que, em última análise, ocorre em consonância com o texto constitucional. Por óbvio que seria inócuo a um Conselho Administrativo declarar a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo, porque lhe faltaria competência. Dispositivo, nesse sentido, consta do art. 167, I, do Decreto 7.629/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia).

Verifico, pois, no caso concreto, pertinência temática consoante disposto no “caput” do art. 9º da Lei Complementar 87/96 e art. 10 da Lei do ICMS nº 7.014/96, ao estabelecer 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. Posto isso, entendo pela legalidade absoluta da exigência tributária com esteio no regime da Substituição Tributária e desacato o cancelamento do lançamento de ofício, conforme o pleito do autuado. Em sentido contrário, constam dos autos, em exame, que o autuado infringiu dispositivos do Convênio ICMS 76/94 (creme dental), além do art. 373 do RICMS/BA-97.

Por fim, o impugnante, albergado no §4º do art. 150, CTN, sob o argumento que sua ciência acerca da autuação deu-se em 26/12/2012, o crédito tributário referente aos meses que foram lançados no ano 2007 estaria atingidos pela decadência, no entendimento da homologação tácita pela Fazenda.

Essa questão, através de inúmeros acordãos, 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 prazo citado acima é, portanto, para homologar e não para lançar. Trata-se de atividades distintas, desempenhadas pelo Poder Público tributante.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81 (Código Tributário Estadual), 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 2007, acima alinhados, somente se operaria a partir do dia 31/12/2012. Diante do exposto não acolho as razões de extinção do direito da fazenda estadual de constituir os créditos tributários relativos ao exercício de 2007.

No mérito, 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, elaborando demonstrativo de débito e acostado aos autos, fls. 12/21, relacionando as operações de venda de creme dental da marca “close up”, discriminando as notas fiscais, data da emissão, valor de cada, MVA autorizado no Convênio, base de cálculo ST, base de cálculo reduzida e os valores do ICMS ST não retido, não recolhido por operação e por mês. Tais demonstrativos, inclusive uma cópia em CD, fl. 23, foram recebidos pelo contribuinte autuado, fls. 26/27.

A Bahia e Pernambuco, estados envolvidos nas operações em debate, são signatários do Convênio ICMS 76/94, para efeitos de substituição tributária, nas operações com produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário (item 13, sub-item 13.10 pastas dentifrícias – NBM 3306.10.00 - art. 353, II, RICMS/BA-97), estabelecendo em sua Cláusula Primeira que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário, em relação ao produto em exame, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária.

Portanto, nessas circunstâncias, compete ao autuado, inscrito, inclusive, como Contribuinte Substituto (CICMS/BA 64.947.924), a responsabilidade para o pagamento do imposto reclamado, deveria antecipar o recolhimento do ICMS-ST e cujo prazo para pagamento do imposto relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária procedentes de outros Estados está disciplinado no art. 125 do RICMS/BA-97. O Auto de Infração é integralmente PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207349.0002/12-5, lavrado contra **UNILEVER BRASIL HIGIENE PESSOAL E LIMPEZA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 127.911,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR