

A. I. Nº - 269616.0015/07-7
AUTUADO - VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES
AUTUANTE - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACÊDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 12.11.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0240-02/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDA PARA CONTRIBUINTE ESTABELECIDO NA BAHIA. RETENÇÃO A MENOS. A mercadoria objeto da autuação encontra-se enquadrada no regime de substituição tributária, e não havendo, no período de 01/01 a 11/02/2002, Termo de Acordo entre a concessionária e o Estado da Bahia, o imposto a ser retido e recolhido pelo sujeito passivo por substituição deve ser calculado pela alíquota interna. Infração subsistente. Relativamente ao período de 12/02 a 30/11/2002, considerando a existência de Liminar em Mandado de Segurança, o lançamento tributário é NULO, devendo ser feito em nome da concessionária impetrante do referido mandato judicial. Rejeitada a preliminar de decadência dos fatos geradores, pois o lançamento obedeceu ao previsto no artigo 173, inciso I, do CTN. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/12/2007, reclama o valor de R\$ 91.561,44, sob acusação de que o contribuinte supra procedeu a retenção a menor 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, nos meses de janeiro a março, junho e novembro de 2002, conforme demonstrativo às fls. 06 a 10.

O sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído, em seu arrazoadado defensivo às fls. 16 a 25, preliminarmente invoca o artigo 150, § 4º do CTN, para argüir a nulidade da autuação, por entender que todas as operações mercantis que envolvem o auto de infração ocorreram entre janeiro a novembro de 2002, há mais de 5 (cinco) anos da data em que foi intimado para ciência da autuação (02/01/2008). Citou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça transcrevendo dois acórdãos que versam sobre decadência.

Quanto ao mérito, aduz que suas operações com as concessionárias do Estado da Bahia estão sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária, por força dos Convênios ICMS firmados pelos Estados da Federação, em especial o Convênio ICMS nº 129/97 e alterações posteriores, e que adotou o citado regime com alíquota reduzida de 17% para 12%, com base no benefício regulado pelo Decreto nº 8.200/02, o qual impõe a necessidade de que as concessionárias beneficiárias assinem “Termo de Acordo” com o fisco baiano.

No caso, diz que a concessionária Móvel Motores e Veículos “MOVEL”, empresa destinatária dos produtos objeto da autuação, por ter recebido veto da SEFAZ Bahia inviabilizando a fruição pela mesma dos benefícios mencionados, e por ter discordado em aderir ao “Termo de Acordo” previsto no Decreto nº 8.200/02, ajuizou o Mandado de Segurança nº 9125139/02 na 2ª Vara Pública

da Fazenda do Estado da Bahia, visando impedir a sua exclusão do regime beneficiado de substituição tributária com alíquota reduzida de 17% para 12% (docs.fls. 51 a 53).

Portanto, argumenta que tendo sido oficiada dessa ordem judicial, a autuação não pode prosperar diante da existência de ordem judicial amparando o recolhimento a menor do ICMS efetuado pela empresa, e que não poderia deixar de dar cumprimento à mesma.

Por outro lado, diz que não é devido responder pelos créditos tributários exigidos neste processo, pois reteve o imposto relativo às notas fiscais que serviram de base à autuação, em estrito cumprimento de decisão judicial prolatada no Mandado de Segurança nº 9125139/02 ajuizado pela MOVEL contra a Fazenda do Estado da Bahia.

Concluindo, diz que cabe à concessionária MOVEL responder pela exigência fiscal, e requer a improcedência da autuação.

Os autuantes, em sua informação fiscal (fls. 57 a 58), rebateram a preliminar de decadência do crédito tributário argüindo que o prazo se extingue após 5 (cinco) anos contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, conforme estabelece o artigo 173, inciso I, do CTN e 107-A do COTEB. No caso, observam que a lavratura do auto de infração e o conseqüente lançamento do crédito tributário ocorreu em 26/12/2007, tendo sido registrado no dia seguinte, e que o fato de a intimação ter ocorrido em 02/01/2008, não invalida o procedimento fiscal.

No mérito, não acatarem o argumento da existência de Mandado de Segurança impetrado pela MOVEL, por entenderem que a liminar obtida foi suspensa por meio de decisão proferida nos autos do Pedido de Suspensão de Execução de Liminar, conforme Processo nº 55172-6/99 (docs.fls. 59 a 65).

Finalizam ratificando o procedimento fiscal pela procedência do Auto de Infração.

O processo foi pautado para julgamento, sendo, na sessão de julgamento do dia 14/10/2008, observado que o autuante anexou ao processo, documentos referentes a suspensão da referida liminar, por meio de decisão proferida nos autos do Pedido de Suspensão de Execução de Liminar, conforme Processo nº 55172-6/99, sem que tivesse sido dado cópia dos mesmos ao autuado. Além disso, foi feita a juntada ao processo pelo Relator do PAF da resposta da situação dos Mandados de Segurança, obtida junto à PROFIS (docs. fls. 69 a 77).

Diante disso, foi deliberado pelos membros desta Junta de Julgamento Fiscal, com fulcro no § 1º do artigo 18, do RPAF/99, converter o presente processo em diligência à Infaz de origem, fl.79, a fim de que, mediante intimação, fossem entregues ao sujeito passivo, sob recibo, cópias dos documentos constantes às fls. 59 a 65, 69 a 77 e cópia do despacho à fl. 79, com a concessão do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar.

O autuado atendendo à intimação e AR dos Correios (fls. 83 a 84), se manifestou reiterando suas alegações anteriores, fls. 85 a 88, notadamente que foi determinada por liminar proferida no Mandado de Segurança nº 9125139/02 o direito de continuar beneficiado pelo regime de substituição tributária com redução da alíquota para 12%, e notificado pelo Ofício nº 860/02.

Quanto às decisões contidas às fls.59/60 e 63/65, apresentadas na informação fiscal, observa que se tratam de ordens judiciais decorrentes da impetração do Mandado de Segurança nº 912/99, impetrado pela Móvel perante a Comarca de Vitória da Conquista, processo distinto daquele acima mencionado.

Frisa que por não ser parte nos autos de ambos os Mandados de Segurança, não teve acesso ao desfecho de tais ações mandamentais, e que apenas cumpriu o quanto determinado nas liminares concedidas nos supramencionados mandamus, não podendo deixar de cumpri-las sob pena de incorrer no crime de desobediência previsto no art.330 do Código Penal.

Ressalta que deu estrito cumprimento às ordens judiciais notificadas por meio dos Ofícios nº 860/02 e 102/99, expedidos, respectivamente, nos autos dos Mandados de Segurança nº 9125139 e

912/99, e por conta disso, a decisão contida às fls. 59/60 em nada altera a questão jurídica posta em debate.

Reafirma que não recebeu qualquer ofício judicial noticiando que o Poder Judiciário houvesse suspenso ou mesmo revogado quaisquer das ordens judiciais anteriormente a ele suspenso ou mesmo revogado quaisquer das ordens judiciais noticiadas por meio dos Ofícios nº 860/02 e 102/99.

Além disso, aduz que a exigência fiscal está fulminada pela decadência, pois foi intimado do lançamento em 02/01/2008, quando já decorridos cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I, do CTN.

Finaliza reiterando as razões contidas em sua defesa administrativa, e requer o cancelamento da exigência fiscal.

Na Sessão de Julgamento do dia 24/03/2009, verificando-se:

a) a informação do sujeito passivo de que a concessionária Móvel Motores e Veículos “MOVEL”, empresa destinatária dos produtos objeto da autuação, por ter recebido veto da SEFAZ Bahia inviabilizando a fruição pela mesma do benefício previsto no Decreto nº 8.200/07, ajuizou o Mandado de Segurança nº 9125139/02 na 2ª Vara Pública da Fazenda do Estado da Bahia, e obteve liminar datada de 12/06/2002, impedindo a sua exclusão do regime beneficiado de substituição tributária com alíquota reduzida de 17% para 12% (docs.fls. 51 a 52).

b) que o autuante faz referência a outra liminar, datada de 13/05/1999, observando que esta liminar foi suspensa através do Processo nº 55.172-6/99, Mandado de Segurança nº 912/99 (docs. fls. 59 a 65).

c) que na fase de instrução foi feita a juntada ao processo pelo Relator do mesmo, de informações obtidas junto à PROFIS/PGE no sentido de que a liminar do MS nº 912/99 foi suspensa pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em 15/04/2000, e que a liminar do MS nº 9125139/02 foi extinta em 18/01/2007.

Disso decorrente, foi baixado o processo em diligência à Infaz de origem em 14/10/2008 para a ciência do sujeito passivo.

O sujeito passivo foi cientificado e se manifesta, fls. 85 a 88, dizendo que por não ser parte dos Mandados de Segurança citados, deu estrito cumprimento à ordem judicial mediante os Ofícios nº 860/02 e 102/99 (fls. 53 e 62), e que não recebeu qualquer ofício judicial noticiando que houve a suspensão ou revogação das ordens judiciais constantes nos citados ofícios.

Na sessão de julgamento do dia 24/03/2009, visando dar o mesmo tratamento ao AI nº 269616.0014/07-0 que trata de matéria idêntica à discutida nos autos e foi encaminhado à PROFIS/PGE para parecer, entendeu os membros desta JJF pelo encaminhamento do presente processo àquele Órgão, para emissão de parecer no sentido de esclarecer se:

a) por ocasião da suspensão das liminares, a Volkswagen foi cientificada das mesmas mediante ofícios, fazendo a juntada aos autos dos respectivos documentos;

b) não terem sido expedidos os ofícios noticiando ao autuado a suspensão das liminares, qual a repercussão jurídica para efeito da exigência do crédito tributário objeto do presente PAF.

À fl. 96 verso, a Procuradora do Estado Drª Sylvia Maria Amoedo Cavalcante se manifestou dizendo que é necessário que o setor judicial da Profis informasse se o contribuinte autuado foi cientificado da suspensão da liminar concedida no MS nº 912/99 e da extinção do MS nº 9125139/02, conforme solicitado pelo órgão julgados do CONSEF.

O processo foi encaminhado à SEJUD/PROFIS para atendimento do pedido acima, e atendendo a esse pedido, conforme despacho de fl. 97, foram acostadas pela Profis ao processo cópias das principais peças do Mandado de Segurança nº 14092912513-9, impetrado pela empresa Móvel Motores e Veículos Ltda, assim como cópia integral do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 1851-4-AL (docs. fls. 98 a 241).

A Coordenação Administrativa, fl. 243, encaminhou o processo ao Gabinete do Procurador Chefe da PGE/PROFIS, para manifestação do posicionamento acerca da questão decadencial suscitada pelo sujeito passivo, consoante solicitação do então Presidente do CONSEF.

O PAF foi encaminhado, pela Coordenação Administrativa do CONSEF, ao Gabinete do Procurador Chefe da PGE, sendo o processo despachado pelo Dr. Rui Moraes Cruz (Procurador Geral do Estado), fl. 245, que opinou pelo retorno do mesmo à Profis para que fosse elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo artigo 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.

Atendendo ao pedido retro, foi prestada a informação constante às fls. 246 a 247, nos seguintes termos, *in verbis*:

FLS.246 A 247.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Nº 269616.0015/07-7

INTERESSADA: WOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

DILIGÊNCIA PGE/PROFIS

A empresa acima epigrafada foi autuada em decorrência da retenção a menor 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.

A autuada suscita as seguintes razões, em sua impugnação inicial: extinção do debito por decadência; existência de ordem judicial amparando o recolhimento a menor do ICMS.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência para a PGE/PROFIS, para dirimir as seguintes dúvidas: ciência do autuado por ocasião da suspensão das liminares e a repercussão jurídica para efeito do lançamento tributário sob apreço.

A PGE/PROFIS, às fls. 96, encaminhou o feito ao setor judicial para os fins de direito.

A PROFIS, às fls. 97/241, colacionou aos autos as principais peças relativas ao Mandado de Segurança nº 14092912513-9, bem como a cópia do Acórdão proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, na ADIN nº 1.851-4AL, na qual fora declarada a constitucionalidade da cláusula segunda do Convênio ICMS nº 13/97.

Os autos foram retomaram à PGE/PROFIS para dirimir as questões suscitadas pela la instância administrativa.

A ação mandamental foi extinta sem julgamento de mérito em razão de perda do objeto. A decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça da Bahia determinou a extinção do processo em razão do efeito vinculante e obrigatório da decisão proferida na ADIN nº 1.851-4AL. Na aludida ação direta de inconstitucionalidade, o STF reconheceu a constitucionalidade da estipulação de condições para a redução da base de cálculo do ICMS, mediante celebração do Termo de Acordo, ao firmar entendimento conforme o qual a restituição de valores recolhidos em regime de substituição tributária por antecipação só é cabível na hipótese do fato gerador não se realizar, ficando, assim, afastada a possibilidade de compensação ou repetição dos valores pagos a maior, quando a venda fosse realizada a preço inferior ao estabelecido como base de cálculo pelo Fisco.

As decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade concentrado são dotadas de caráter vinculante, obrigatório e tem eficácia contra todos, erga omnes e não meramente inter partes. Na lição do constitucionalista José Afonso da Silva, na obra Curso de Direito Constitucional Positivo, 33ª edição, página 60: "A eficácia erga omnes

significa que a declaração de constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da lei se estende a todos os feitos em andamento, parasilando-os com o desfazimento dos efeitos das decisões neles proferidos no primeiro caso ou com a confirmação desses efeitos no segundo caso. Mas quer dizer também que o ato, dali por diante, vale na medida mesma da declaração proferida na ação declaratória de constitucionalidade, ou seja, é constitucional, sem possibilidade de qualquer outra declaração em contrário, ou inconstitucional, com o que se apaga de vez sua eficácia no ordenamento jurídico.

Comungo do entendimento que inexistente impedimento para a constituição válida do lançamento tributário sob apreço.

Encaminho o processo para fins de instrução e julgamento pelo órgão de 1º grau.

É o parecer, s.m.j.

PGE/PROFIS, 20 de fevereiro de 2012.

MARIA JOSÉ COELHO LINS DE A. SENTO-SE

Procuradora do Estado da Bahia

Conforme despacho de diligência à fl. 250, na sessão de julgamento do dia 19/04/12, o PAF foi encaminhado à PROFIS/PGE para a Procuradora do Estado Dr^a Sylvia Maria Amoedo Cavalcante, para emissão de parecer conclusivo sobre a matéria em comento, conforme foi solicitado pela mesma à fl. 86 verso, para emissão de parecer conclusivo no sentido de esclarecer se:

- a) por ocasião da suspensão das liminares, a Volkswagen foi cientificada das mesmas mediante ofícios, fazendo a juntada aos autos dos respectivos documentos;
- b) não tiverem sido expedidos os ofícios noticiando ao autuado a suspensão das liminares, qual a repercussão jurídica para efeito da exigência do crédito tributário objeto do presente PAF.

O processo foi encaminhado, pela PGE/PROFIS/NCA, ao Dr. José Augusto Martins Júnior para emissão de parecer, o qual, atendendo ao questionamento do órgão julgador no sentido de que fosse informado se: a) por ocasião da suspensão das liminares, a Volkswagen foi cientificada das mesmas mediante ofícios, fazendo a juntada aos autos dos respectivos documentos; b) não tiverem sido expedidos os ofícios noticiando ao autuado a suspensão das liminares, qual a repercussão jurídica para efeito da exigência do crédito tributário objeto do presente PAF, tomando por base a jurisprudência no âmbito judicial, informou em seu Parecer constante às fls.255 a 263:

...antes de adentrar no exame dos questionamentos acima instilados, forçosa se faz a conclusão de que os efeitos reflexos do Mandado de Segurança, interposto pela empresa Móvel Motores e Veículos Ltda, sobre VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES, em nada interfere no descortinamento da higidez do presente lançamento, uma vez que a constituição do crédito em epígrafe encontra-se eivada de nulidade, por evidente ilegitimidade passiva, senão vejamos.

Cediço que, o ICMS-ST é uma espécie de "pagamento antecipado" do ICMS pelo contribuinte que está no início do ciclo econômico de circulação dum bem, eleito legalmente para tal mister, possibilitando maximizar a técnica arrecadatória.

Contudo, em recorrente situações, o substituído "tributário" maneja liminares no sentido de reduzir a retenção e recolhimento do ICMS realizada pelo substituto, obstando, por determinação judicial, que o ICMS-ST seja recolhido regularmente pelo efetivo sujeito passivo da relação obrigacional.

Neste passo, em face das inúmeras questões judiciais engendradas desta situação, em espécie a cobrança do ICMS do substituto quando da cassação da medida acautelatória promovida pelo substituído, os Tribunais Superiores vem sustentando o entendimento da impossibilidade da cobrança ICMS contra o substituto, sob o fundamento de que a cobrança do imposto só seria

possível se comprovado cabalmente o dolo ou culpa no não recolhimento.

Ademais, sustenta a jurisprudência que o substituto neste caso específico não teria nenhuma vantagem econômica, sendo o substituído que deve suportar diretamente o ônus do tributo, ainda que o repasse ao consumidor final, por se tratar de imposto indireto.

Aliás, palmilhando caminho, este é o posicionamento mais assente na jurisprudência:

Com base no acima alinhado, o parecerista considerou prejudicados os questionamentos formulados pela 2ª JF, por restar caracterizada a hipótese de ilegitimidade passiva do autuado no presente lançamento tributário.

Por conta disso, entendeu declarável a nulidade do auto de infração, por vício formal, propugnando pela renovação do lançamento contra a empresa Móvel Motores e Veículos Ltda, uma vez que a dívida tributária não é inexistente, mas sim, viciada na sua formalização, tendo transcrito a doutrina sobre a questão, qual seja: *Os vícios formais são aqueles atinentes ao procedimento e ao documento que tenha formalizado a existência do crédito tributário. Vícios materiais são os relacionados à validade e à incidência da lei (Leandro Paulsen, Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 13ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.p. 1261).*

Conclui ressaltando que caso seja declarada a nulidade do Auto de Infração, é possível que a Fazenda Pública proceda à novo lançamento contra o efetivo sujeito passivo, para cobrança do tributo devido.

Consta no despacho de fl.264, subscrito pela Drª Aline Solano Souza Casali Bahia, Procuradora Assistente em exercício da PGE/PROFIS/NCA, acompanhando integralmente os termos do parecer de fls.255/263, pela nulidade do auto de infração por vício formal.

O processo foi pautado para julgamento da sessão do dia 14/02/2013, sendo, na sessão de julgamento do dia 24/03/2009, visando dar o mesmo tratamento ao AI nº 269616.0014/07-0 que trata de matéria idêntica à discutida nos autos e mesmo contribuinte autuado, pelo encaminhamento do processo à PGE/PROFIS para emissão de parecer no sentido de esclarecer se:

- a) por ocasião da suspensão das liminares, a Volkswagen foi cientificada das mesmas mediante ofícios, fazendo a juntada aos autos dos respectivos documentos;*
- b) não terem sido expedidos os ofícios noticiando ao autuado a suspensão das liminares, qual a repercussão jurídica para efeito da exigência do crédito tributário objeto do presente PAF.*

Após várias informações da PROFIS, finalmente o procurador Dr. José Augusto Martins Júnior atendendo ao questionamento do órgão julgador, emitiu o parecer constante às fls.255 a 263, onde considerou prejudicados os questionamentos formulados pela 2ª JF, por restar caracterizada a hipótese de ilegitimidade passiva do autuado no presente lançamento tributário, entendendo declarável a nulidade do auto de infração, por vício formal, propugnando pela renovação do lançamento contra a empresa Móvel Motores e Veículos Ltda, uma vez que a dívida tributária não é inexistente, mas sim, viciada na sua formalização.

Na Sessão de Julgamento do dia 05/02/2013 estiveram presentes os autuantes, que solicitaram a juntada aos autos de cópia do Recurso Extraordinário, fls. 267 a 271, apresentado pelo mesmo procurador acima citado, em face da decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF nº 0385-11/12, que concedeu provimento total ao Recurso voluntário relativo ao Acórdão JF nº 0096-01/02, prolatado pela 1ª Junta de julgamento Fiscal.

Do exame do referido recurso, se verificou que diferentemente do entendimento constante no parecer às fls. 255 a 263, o parecerista propugnou pela reforma da decisão constante no Acórdão CJF nº 0385-11/12, no sentido que a liminar judicial não abarcou todo o período descrito no lançamento, concluindo que cabe a cobrança do tributo à Volkswagen, no que se refere ao período sem medida acautelatória, e no período em que os fatos geradores se encontram amparado na aludida decisão judicial, o lançamento deve ser considerado nulo para exigência do débito à concessionária Movel.

Diante disso, esta 2ª JF deliberou em pauta suplementar do dia 14/02/2013, que o processo deveria ficar sobreestado, retirando-o da pauta de julgamento desta data, e ficar aguardando o julgamento

do Recurso Extraordinário pela Câmara Superior do CONSEF do AI nº 269616.0016/07-2, visando dar o mesmo tratamento do que for decidido, por se tratar de matéria idêntica conforme comentado acima.

O processo foi encaminhado à Coordenação Administrativo do CONSEF, para os devidos fins.

Conforme despacho da Coordenação Administrativa, datado de 27/08/2013, fl.275, o processo retornou para instrução, visando o julgamento pela 2ª JJF.

VOTO

Analizando a preliminar de decadência dos fatos geradores objeto do presente processo, observo que não assiste razão ao defendente, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, considerando-se que o lançamento ocorreu em 26/12/2007, a contagem do prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/02, findando-se em 31/12/2007, incorrendo a alegada decadência.

No mérito, versa o presente processo sobre exigência de ICMS-substituição tributária, referente a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuinte localizado neste Estado, mais precisamente a concessionária Móvel Motores e Veículos "MOVEL", relativamente ao período de janeiro a novembro de 2002.

O sujeito passivo não nega sua obrigação em efetuar a retenção do imposto nas vendas realizadas através das notas fiscais relacionadas às fls. 06 a 10, nos termos do Convênio ICMS nº 129/97 e alterações posteriores, porém, no presente caso, argumenta que não é devido responder pelos créditos tributários exigidos no auto de infração, pois reteve o imposto relativo às notas fiscais que serviram de base à autuação à alíquota de 12%, em estrito cumprimento de decisão judicial prolatada no Mandado de Segurança ajuizado pela MOVEL contra a Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Pelo que se vê, a diferença que está sendo exigida neste processo diz respeito exclusivamente a alíquota que foi utilizada no cálculo do ICMS-ST, isto porque, foi adotada a alíquota de 12% ao invés de 17%, por força do Mandado de Segurança nº 9125139/02 expedido pela 2ª Vara Pública da Fazenda do Estado da Bahia ajuizado pela MOVEL, por não se conformar a concessionária com a exigência de celebração de Termo de Acordo previsto no Decreto nº 8.200/07.

O autuado argumenta que não é devido responder pelos créditos tributários exigidos neste processo, pois reteve o imposto relativo às notas fiscais que serviram de base à autuação, em estrito cumprimento de decisão judicial prolatada no citado Mandado de Segurança.

Já os autuantes na informação fiscal fizeram referência ao Processo nº 55172-6/99, referente a suspensão da liminar, em 15/04/2000, obtida através do Mandado de Segurança nº 912/99.

Tendo em vista que o lançamento abrange o período de janeiro a novembro de 2002, e considerando que a liminar do MS nº 9125139/02, citada na defesa, foi concedida em 12/02/2002 (fl. 52), faz-se necessário analisar o lançamento em dois períodos: de 01/01/2002 a 11/02/2002 e de 12/02/2002 até 30/11/2002.

Para proferir o meu voto, tomo por base o pronunciamento do parecerista que propugnou pela reforma da decisão constante no Acórdão CJF nº 0385-11/12, que trata da mesma matéria discutida nos autos, no sentido de que a liminar judicial não abarcou todo o período descrito no lançamento, concluindo que cabe a cobrança do tributo à Volkswagen, no que se refere ao período sem medida cautelatória, e no período em que os fatos geradores se encontram amparados na aludida decisão judicial, o lançamento deve ser considerado nulo para exigência do débito à concessionária Movel.

Portanto, no caso do período de 01/01/2002 a 11/02/2002, a exigência fiscal é totalmente procedente, haja vista a inexistência de qualquer Mandado de Segurança, uma vez que a liminar obtida através do MS nº 912/99 foi suspensa pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em 15/04/2000, por meio de decisão proferida nos autos do Pedido de Suspensão de Execução de Liminar (Processo nº 55.172-6/99 (fls. 59 a 65).

Quanto ao lançamento do crédito tributário referente ao período de 12/02/2002 a 30/11/2002, consta nos autos que o autuado deu estrito cumprimento ao Ofício do Juízo de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública, no sentido de conceder à MÓVEL os benefícios do regime de substituição tributária nas vendas a ela realizadas, conforme MS nº 55172-6/99.

Nestas circunstâncias, deve ser considerado no presente lançamento os valores correspondentes ao período de 01/01/2002 a 11/02/2002, no total de R\$36.935,62, uma vez que a operação objeto da lide está relacionada no Convênio ICMS nº 132/92 e alterações posteriores, e recepcionada no item 18 do inciso II, do artigo 353 do RICMS/97, devendo ser efetuada a substituição tributária, cujo autuado figura como responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, e deveria ter feito a retenção do imposto na operação que realizou para contribuinte neste Estado à alíquota de 17%, por inexistir Termo de Acordo entre a concessionária e o Estado da Bahia.

No caso do período de 12/02/2002 até 30/11/2002, por ilegitimidade passiva, julgo nulos os valores lançados no total de R\$54.625,82, com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/99, e recomendo a autoridade fazendária a instaurar novo procedimento fiscal para lançamento do débito em nome da MOVEL.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$36.935,62, conforme demonstrativo de débito abaixo.

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/01/2002	09/02/2002	74.253,53	17	60	12.623,10	1
28/02/2002	09/03/2002	44.360,41	17	60	7.541,27	1
31/03/2002	09/04/2002	98.654,41	17	60	16.771,25	1
TOTAL					36.935,62	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269616.0015/07-7**, lavrado contra **VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$36.935,62**, acrescido

da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR