

A. I. Nº - 269616.0031/15-3
AUTUADO - CHRYSLER GROUP DO BRASIL COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA. (CJD DO BRASIL COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.)
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26.10.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0172-02/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VEÍCULO AUTOMOTOR. VENDA DIRETA AO CONSUMIDOR. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. As infrações imputadas ao sujeito passivo não foram negadas na defesa interposta. A alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e o pedido de cancelamento ou redução de multa por descumprimento de obrigações principais não podem ser acolhidas, pois ultrapassam as competências das Juntas de Julgamento deste Conselho de Fazenda. Afastada a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2015, exige ICMS no valor histórico total de R\$20.039,13, imputando ao autuado o cometimento das seguintes irregularidades:

Infração 1 - 08.45.01. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no mês de agosto de 2010. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$17.423,10, mais multa de 150%.

Infração 2 - 08.45.02. Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o 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 abril e agosto de 2010. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$2.616,03, mais multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 18 a 31) e, após efetuar uma síntese dos fatos, explica que é uma pessoa jurídica de direito privado, cujo ramo de atuação é o setor automobilístico, notadamente a fabricação e comercialização de veículos automotores.

Diz que passou por operação de incorporação societária, conforme documentos anexos (doc. 1), o que acarretou mudanças na direção da pessoa jurídica, assim como nos seus procuradores. Dessa forma, solicita que as notificações acerca do presente Auto de Infração sejam feitas, via postal, considerando o endereço do autuado indicado no preâmbulo da peça defensiva.

Afirma que o Auto de Infração deve ser cancelado, pois os valores supostamente devidos a título de ICMS/ST nos meses de abril e agosto de 2010 encontram-se extintos pela decadência, nos termos dos artigos 150, §4º, e 156, V, do CTN.

Sustenta que o crédito tributário em questão encontra-se abarcado pela decadência, haja vista o transcurso de prazo superior aos cinco anos previstos no art. 150, §4º, do CTN, cujo teor transcreveu. Explica que a decadência, que é causa extintiva do crédito tributário nos termos do art. 156, V, do CTN, é caracterizada como a perda do direito de constituir o crédito tributário pelo decurso do prazo previsto para tanto. Aduz que, sendo o lançamento condição de exigibilidade

do crédito tributário, a falta desse ato impossibilita a cobrança do crédito.

Registra que o instituto da decadência visa garantir segurança jurídica aos contribuintes, punindo a inércia da Administração Pública em exercer o seu dever de lançar o crédito tributário, não permitindo que o prazo para o exercício do poder fiscalizatório se prolongue por tempo superior ao razoável, conforme doutrina que transcreve.

Aduz que, nos casos de tributos lançados por homologação, quando o próprio contribuinte apura e recolhe o tributo, ainda que a menor, o prazo decadencial de cinco anos é contado a partir do fato gerador da obrigação tributária, nos termos do §4º do art. 150 do CTN. Já em relação aos tributos sujeitos às demais modalidades de lançamento, quando não há a apuração e pagamento antecipado do tributo pelo contribuinte, o prazo decadencial é contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ser exigido, a teor do art. 173, I, CTN.

Assegura que, dessa forma, seguindo a lógica consagrada pela jurisprudência: *(i) nos casos como o dos autos, em que há o pagamento a menor do tributo, o prazo decadencial de cinco anos é contado a partir da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, nos termos do art. 150, §4º, do CTN; (ii) já nos casos em que há a completa ausência de pagamento do tributo, o prazo decadencial de cinco anos é contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I, do CTN.*

Afirma que, como realizou o pagamento a menor do ICMS/ST devido nos períodos autuados, tendo transcorrido *in albis* o prazo de cinco anos contados a partir do fato gerador da obrigação tributária, encontra-se extinto o direito do Estado da Bahia de constituir, via lançamento de ofício, eventuais créditos tributários apurados nos meses de abril e agosto de 2010.

Frisa que, apenas quando não há qualquer recolhimento, é que a decadência do direito à constituição do crédito tributário contar-se-á nos termos do art. 173, I, do CTN. Destaca que, no presente caso, não se verifica a ausência de pagamento, mas o pagamento a menor dos valores recolhidos pelo autuado em abril e agosto de 2010.

No caso da Infração 1, diz que a fiscalização entendeu que o autuado teria deixado de recolher, no período de agosto de 2010, o valor do ICMS/ST correspondente a R\$17.423,10 objeto da Nota Fiscal nº 6419, conforme a planilha “Auditoria da Substituição Tributária”, parte integrante do Auto de Infração. Ou seja, em relação às demais operações de venda de veículos a contribuintes e consumidores finais situados no Estado da Bahia, ocorridas no mês de agosto de 2010, houve o recolhimento do imposto devido.

No caso da Infração 2, afirma que a própria fiscalização consignou que o autuado efetuou a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativamente às operações subsequentes.

Diz que, portanto, diante da antecipação do recolhimento do ICMS/ST devidos ao Estado da Bahia nos períodos de abril e agosto de 2010, após apuração mensal do imposto, defende que a forma de contagem do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pelo Fisco Estadual é aquela prevista no artigo 150, § 4º, do CTN. Afirma que esse é, inclusive, o posicionamento pacífico do STJ, consagrado no julgamento do Recurso Especial nº 973.733, afetado à sistemática dos recursos representativos de controvérsia (art. 543-C do CPC).

Salienta que o precedente vinculativo não deixa dúvida quanto ao fato de que, ocorrido o pagamento a menor, aplica-se, para fins de apuração do prazo decadencial, o disposto no art. 150, §4º, do CTN, iniciando-se a fluência do prazo de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Reproduz jurisprudência do STJ para embasar seus argumentos.

Afirma que, como foi notificado acerca da lavratura do Auto de Infração em 16/11/15, encontra-se decaído o pretenso direito da Fiscalização Estadual de constituir o crédito tributário de ICMS/ST relacionado às competências de abril e agosto de 2010, o qual já se encontra extinto pela decadência, nos termos do art. 156, V, do CTN.

Prosseguindo, alega que caso se entenda devido o valor do ICMS exigido no Auto de Infração, o

mesmo deve ser reformulado, haja vista que os valores exigidos a título de multa (150% sobre o valor do imposto apurado na Infração 1 e 60% sobre o valor do imposto apurado na Infração 2) não estão em consonância com o ordenamento jurídico, tendo em vista que o montante exacerbado da penalidade implica inconstitucional efeito confiscatório.

Destaca que a Constituição Federal, em seu art. 150, IV, veda a utilização de tributos com efeitos confiscatórios. Afirma que os princípios da vedação ao confisco, da proporcionalidade e da razoabilidade são aplicáveis também às multas tributárias, conforme doutrina que cita.

Pontua que a jurisprudência vem se firmando no sentido de não aceitar penalidades superiores a 20% ou 30% do valor do imposto devido, em razão de seu caráter confiscatório, sendo que multas superiores a esse patamar somente seriam cabíveis em casos de comprovado intuito de fraude, o que não se alegou no presente caso. Transcreve jurisprudência.

Subsidiariamente, solicita a exclusão dos valores exigidos a título de multa ou a sua redução, de modo que o lançamento possa se adequar à vedação do efeito confiscatório da exigência fiscal e aos parâmetros de respeito à boa-fé e à segurança jurídica que condicionam a atividade fiscal.

Ao finalizar, solicita o cancelamento do Auto de Infração, haja vista que o crédito tributário de ICMS/ST se encontra extinto por força da decadência. Subsidiariamente, pede o cancelamento ou redução das multas indicadas no Auto de Infração. Requer, por fim, a exclusão do Dr. Cassiano de Araújo Neto como seu procurador, bem como pede que todas as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas, via postal, para o endereço do impugnante indicado no preâmbulo desta peça.

Na informação fiscal, fls. 92 e 93, o autuante inicialmente salienta que, na defesa, o contribuinte não apresenta nenhuma alegação de mérito, tampouco contesta os cálculos fornecidos, o que o leva a presumir que os mesmos foram acatados. Diz que, as alegações defensivas são exclusivamente com base na acusação de decadência.

Sustenta conforme já consagrado neste CONSEF, o dispositivo legal que regula a decadência é o artigo 173, inciso I, do CTN, cujo teor transcreveu. Diz que, como o lançamento de ofício foi efetuado em 30/09/15, está legalmente amparado e é descabida a pretensão defensiva.

Quanto às multas aplicadas, nos patamares de 150% e 60%, são institutos historicamente praticados pelos fiscos estaduais visando inibir práticas ilegais, especialmente no caso do não recolhimento do ICMS retido, que configura evidente apropriação indébita de recursos públicos.

Destaca que, para os dois argumentos defensivos, o CONSEF não acolherá os pleitos claramente improcedentes.

VOTO

Conforme já relatado, no Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 30/09/15, imputando ao autuado a falta de recolhimento de ICMS retido (Infração 1) e a retenção e recolhimento a menos de ICMS devido por substituição tributária (Infração 2), sendo que a primeira infração trata de fato gerador ocorrido no mês de agosto de 2010, ao passo que a segunda cuida de fatos geradores verificados nos meses de abril e agosto de 2010.

Em sua defesa, o autuado não nega o cometimento dos ilícitos fiscais que lhe foram imputados, porém argui a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, pois considera que a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do art. 150, §4º, do CTN, uma vez que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação e, além disso, que houve recolhimento antecipado do imposto, mesmo que a menos.

Com o devido respeito, divirjo dessa tese defendida pelo impugnante, pois, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos geradores, o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O art. 150, § 4º, do CTN, prevê que *“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador”*. Contudo, a legislação tributária do Estado da

Bahia, utilizando a permissão contida no § 4º do art. 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 107-A, I, do COTEB, vigente à época).

A homologação tácita, prevista no art. 150, § 4º, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária. No caso em comento, os valores que estão sendo cobrados nas Infrações 1 e 2 não foram objeto de pagamento antecipado, haja vista que esses débitos foram apurados mediante roteiros de auditoria fiscal específicos e, portanto, em relação aos montantes cobrados nessas duas infrações não houve o lançamento por homologação e, em consequência, não se pode aplicar o previsto no art. 150, § 4º, do CTN, como pleiteia o autuado.

Saliento que a revogação do artigo 107-A e do § 5º do artigo 107-B do COTEB, pela Lei nº 13.199/14, não pode ser aplicada de forma retroativa, pois se trata de uma norma jurídica de natureza material, e não procedimental. Em consequência, a legislação a ser aplicada é a vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Dessa forma, para os fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 2010, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/15 para constituir o crédito tributário. Considerando que o crédito tributário em questão foi constituído em 30/09/15, quando o Auto de Infração foi lavrado, não ocorreu a decadência arguida na defesa.

As decisões judiciais citadas na defesa não se aplicam ao caso em comento, pois tratam de situações diversas da que se encontra em análise e, além disso, não vinculam a presente decisão.

No que tange à notificação do autuado acerca da lavratura do Auto de Infração, a qual foi feita em nome do Dr. Cassiano de Araújo Neto - Procurador, ressalto que esse fato não acarreta nenhum vício no lançamento, pois a intimação surtiu os seus efeitos, tendo o autuado apresentado a sua defesa tempestivamente. Além disso, há que se observar que o crédito tributário fica constituído com a lavratura do Auto de Infração, e não com a notificação do autuado acerca dessa lavratura.

No que tange às multas indicadas na autuação, o defendente sustenta afrontam os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação do confisco. Solicita que as penalidades sejam canceladas ou reduzidas.

As multas indicadas para as infrações que foram apuradas no lançamento tributário de ofício estão em perfeita consonância com os dispositivos legais que preveem essas penalidades, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária, nos termos do art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

O pleito defensivo atinente à redução ou dispensa de multa não pode ser acolhido, uma vez que a multa indicada na autuação é decorrente de descumprimento de obrigações principais e, portanto, fora da competência das Juntas de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda.

Por fim, no que tange à solicitação defensiva para que as intimações acerca do presente feito sejam realizadas via “AR” para o endereço que declina em nome do advogado que assina a peça defensiva, nada obsta o atendimento de tal pleito, porém ressalto que o não atendimento a esse pedido não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99).

Em face ao acima exposto, restaram caracterizadas as infrações que foram imputadas ao autuado, sendo cabíveis as multas indicadas na autuação, nos exatos percentuais ali consignados.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269616.0031/15-3**, lavrado contra **CHRYSLER GROUP DO BRASIL COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA. (CJD DO BRASIL COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$20.039,13**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.616,03 e 150% sobre R\$17.423,10, prevista no art. 42, incisos II, "a" e V, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR