

PROCESSO - A. I. Nº 281071.0014/15-4
RECORRENTE - INDÚSTRIA E COMÉRCIO SANTA MARIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF Nº 0018-02/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - PUBLICAÇÃO: 19/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0399-12/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Demonstrativo de débito ajustado com a exclusão das notas fiscais para as quais o recorrente em suas razões recursais comprovou que houve recolhimento da operação. Infração subsistente em parte. Modificada a Decisão recorrida. Afastada a preliminar de decadência. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão 2ª JJF nº. 0018-02/17, que decidiu pela Procedência em parte do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2015, para exigir o valor de R\$116.083,00, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 07.21.03: 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 em suas notas fiscais de saída e não recolheu o respectivo ICMS ou o recolheu a menor, referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, novembro e dezembro de 2010; abril, novembro e dezembro de 2011; maio, junho de 2012; janeiro e novembro de 2013 e outubro de 2014.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, após as seguintes considerações:

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, inclusive apresentando razões de mérito, das quais parte foi acolhida pelo autuante, quando da sua informação fiscal.

Sobre a preliminar de decadência, relativo aos fatos geradores até a data de ocorrência 31/07/2010, mais especificamente as notas fiscais emitidas até 27/10/2010, por quantum o art. 150, §4º do CTN, o defendente argui a aplicação do instituto da decadência nesses fatos geradores, vez que, à luz do seu entendimento, cada nota fiscal teria o período contagem a partir de sua emissão. Diz o defendente que, se não há dolo, o Estado da Bahia deve aplicar o art. 150, § 4º do CTN, e não a aplicação do art. 173, do CTN, contando o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, como assim agiu o fiscal Autuante na autuação em análise.

Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, como arguiu o defendente, quando este declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o imposto devido, mas efetua o pagamento inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, que não foi caso objeto em análise.

Trata-se, na realidade, de exigência fiscal relativo ao ICMS retido, destacado nas notas fiscais e não recolhido pelo defendente, decorrentes de operações de circulação de mercadorias por vendas realizadas, para contribuintes localizados no Estado da Bahia de mercadorias, acobertadas pelo instituto da substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Como tal, conta-se o prazo decadencial do débito fiscal a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e pago, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributável e apura o imposto devido, como no caso específico em análise, relativo ao destaque do ICMS devido por substituição nas notas fiscais emitidas objeto da autuação, porém não efetua o respectivo pagamento. Daí, não há que se arguir a decadência dos fatores geradores referentes às notas fiscais emitidas até 27/10/2010, objeto da autuação, vez que não houve qualquer pagamento sobre tais ocorrências fiscais. Afasto, portanto, a preliminar de decadência arguida.

Versa o Auto de Infração de exigência ao sujeito passivo do ICMS retido de R\$116.083,00, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição tributária em suas notas fiscais de saída e não recolheu o respectivo ICMS, referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, novembro e dezembro de 2010; abril, novembro e dezembro de 2011; maio, junho de 2012; janeiro e novembro de 2013 e outubro de 2014 com enquadramento no artigo 10º da Lei 7.014/96, c/c Cláusula 8ª e 11ª do Convênio 81/93.

No mérito, o defendente não objeta as ocorrências dos fatos geradores materializado no lançamento em si, porém ultrapassado a preliminar de decadência, diz que, para algumas das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de débito da autuação, possuem comprovação de recolhimento do ICMS –ST via pagamento de GNRE, que correspondem às notas fiscais nºs 16839, 43684, 52406, 73007, 89068, 89105, 89106, 89459, 89629 e 135238, conforme cópias de diversos documentos às fls. 32 a 41 dos autos.

Em sede de Informação Fiscal, o d. Agente Fiscalizador, após analisar tais documentos, informa, em relação às notas fiscais 43684, 52406, 73007 e 135238, os recolhimentos foram efetivamente identificados no banco de dados do Sistema SIGAT, conforme extratos acostados ao presente PAF. Para estas notas, reconhece à fl. 97 como cabível a alegação da autuada, em razão do que o valor do presente PAF deverá ser reduzido em R\$11.272,18, correspondente à soma do ICMS-ST retido nas mesmas.

Em relação à nota fiscal nº 16839, o DAE apresentado não corresponde a recolhimento do ICMS-ST, uma vez que foi utilizado o código 1593 e não o 1218. Sendo assim, diz o Agente Fiscal, que a cobrança deste valor deve ser mantida. Quanto às demais notas fiscais, de números 89068, 89105, 89106, 89459 e 89629, observa que a defendente não apresentou documento hábil para comprovar o efetivo de recolhimento do ICMS-ST retido nas mesmas. Também diz não ter encontrado registro de pagamento no sistema SIGAT. Portanto, diz que devam manter a autuação quanto a tais documentos.

Da análise das peças processuais, mais precisamente da peça de defesa apresentada às fls. 32 a 41 dos autos, que diz respeito aos comprovantes de pagamentos do ICMS ST relativos às notas fiscais nºs 16839, 43684, 52406, 73007, 89068, 89105, 89106, 89459, 89629 e 135238, verifica-se que, apesar de consignado pelo defendente que tais pagamentos comprovam o pagamento do ICMS ST dessas notas fiscais, de fato, como bem destacou o d. Fiscal Autuante, elide apenas os débitos relacionados às notas fiscais 43684, 52406, 73007 e 135238.

A GNRE relacionada a nota fiscal nº 16839, tem como código de recolhimento 1.593 e não o código 1.218 como as relacionadas no documento de arrecadação das notas fiscais 43684, 52406, 73007 e 135238. Por outro lado, quanto as demais notas fiscais de números 89068, 89105, 89106, 89459 e 89629, de fato não se vê nos autos documento hábil para comprovar o efetivo de recolhimento do ICMS-ST retido nas mesmas.

Em sendo assim, entendo restar subsistente a autuação no valor de R\$104.810,82, conforme o novo demonstrativo de débito, acostado à fl. 99 dos autos, ajustado com a exclusão das notas fiscais para as quais foram acatadas as alegações da defesa. Infração 1 subsistente em parte

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 139/154, tecendo um breve relato sobre os fatos, tempestividade do Recurso e competência recursal.

Preliminarmente pede a nulidade pela “NECESSIDADE DE RETIFICAÇÃO DO AUTO – EXISTÊNCIA DE PARCELAMENTO PARCIAL DO DÉBITO EM DISCUSSÃO.”

Afirma que: conforme se depreende dos documentos acostados às fls. 45/63 do PAF, a ora Recorrente procedeu ao reconhecimento parcial da dívida, ora exigida, e promoveu o parcelamento parcial do montante então sub judice.

“Dessa forma, o crédito tributário ora sub judice não corresponde ao crédito tributário que é identificado nos extratos de débito, razão pela qual é medida que se impõe a conversão do julgamento em diligência a fim de que a Fiscalização determine a exata medida do quantum debeat e efetiva e legalmente em discussão, excluindo-se o montante objeto de parcelamento. É o que se requer.”

No mérito, pede a decadência do recolhimento a menor – ICMS/ST pela impossibilidade de lançamento.

Diz que, a Constituição Federal de 1988 (“CF”), em seu artigo 155, conferiu competência tributária aos Estados para exigir imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços.

Assim, e com o intuito de mitigar possíveis conflitos de competência tributária entre os Entes federativos, a CF, acertadamente, estabeleceu, em seu artigo 146, que cumpre à lei complementar, em âmbito nacional, estabelecer normas gerais em matéria tributária, notadamente quanto ao lançamento tributário e prescrição e decadência, que transcreve.

Nesta toada, argumenta que: ganha relevo a Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – “CTN”), que cumpre o papel da delegação conferida pelo artigo 146 da CF, ao dispor, em seu artigo 150, que o lançamento por homologação, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, de forma expressa ou tácita.

Assevera que: o ICMS instituído pela Lei estadual nº 7.014/1996, caracteriza-se por ser tributo sujeito ao famigerado “lançamento por homologação”, conforme terminologia estabelecida pelo CTN, ao largo de críticas quanto à impropriedade técnica desta nomenclatura. Assim, por se tratar, o ICMS, de tributo sujeito ao lançamento por homologação, é dever do contribuinte, in casu, a ora Recorrente, apurar o valor devido, informar por meio das obrigações instrumentais/acessórias, e, por fim, antecipar o respectivo pagamento.

Explica que, *aqui, reside a quaestio iuris: prazo decadencial (ou prescricional, conforme se entenda), para exigência da suposta e alegada diferença de ICMS/ST não recolhido em cada período de apuração.*

Salienta que, quanto ao crédito tributário lançado exigido no PAF relativo ao período de apuração de Janeiro/2010 a Setembro/2010, a pretensão fazendária está fulminada pela decadência, haja vista ter havido o decurso do prazo estabelecido no artigo 150, § 4º do CTN.

E para tal, transcreve lições de Paulo de Barros Carvalho, Hugo de Brito Machado e Ricardo Lobo Torres sobre a matéria.

Assim, tendo em vista que a ora Recorrente foi cientificada do AUTO, ora impugnado, em Outubro/2015, não há o que tergiversar: todos os valores exigidos no AUTO, relativos ao período de Janeiro/2010 a Setembro/2010 estão abrangidos pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º do CTN. É o que se requer.

Vale frisar que a contagem do prazo decadencial, na hipótese deste AUTO, não pode ter como dies a quo o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter ocorrido, posto que, neste caso, aplicar-se-ia o artigo 173, inciso II do CTN.

Isto porque, a regra prevista no artigo 150, § 4º do CTN é regra especial, e como tal, prefere à norma do artigo 173, inciso II do CTN (artigo 107-A, inciso I do CTEB), conforme sustentado por Alberto Xavier:

Note-se que o art. 150, § 4º, do CTN prevê a possibilidade de o prazo de homologação ser ‘fixado em lei’ em termos diversos dos previstos naquele artigo, enquanto o art. 173 fixa imperativamente o prazo de 5 (cinco) anos, sem admitir que prazo diferente seja fixado em lei. A lei a que se refere o art. 150, § 4º, só pode ter o alcance de reduzir o prazo de 5 (cinco) anos, baseado no reconhecimento da suficiência de menor período para o exercício do poder de controle, mas nunca o de excedê-lo, funcionando assim os cinco anos como limite máximo do prazo decadencial.

Ressalta que, em uma interpretação sistemática da CF, CTN e COTEB, é possível inferir que o artigo 150, § 4º do CTN, aplica-se à hipótese do lançamento por homologação, no qual a contribuinte, ora Recorrente, recolhe o crédito tributário, sob condição de ulterior homologação do Fisco, no prazo retro assinalado – 5 anos contados do fato gerador.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), instado a se manifestar, exarou o entendimento, aqui representado pelo Recurso Especial nº 973.733/SC, julgado sob a égide dos recursos repetitivos, no sentido de que:

Se o lançamento é de ofício, aplica-se o artigo 173, I;

Se o lançamento é por homologação, mas o contribuinte atua com fraude, dolo ou simulação, aplica-se o artigo 173, I;

Se o lançamento é por homologação, o contribuinte atua sem fraude, dolo ou simulação, mas incorre na inadimplência integral do tributo, aplica-se o artigo 173, I; e

Se o lançamento é por homologação, o contribuinte atua sem fraude, dolo ou simulação, mas paga parcialmente tributo, aplica-se o artigo 150, §4º - que é a hipótese dos autos.

No mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. PAGAMENTO A MENOR. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. EXEGESE DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP PARADIGMA 973.733/SC. SÚMULA 83/STJ.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), firmou entendimento no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, para a fixação do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, considera-se apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150, e parágrafos, do CTN. Súmula 83/STJ.

2. "Não importa, para efeitos da contagem da decadência, perquirir as circunstâncias apresentadas pelo contribuinte para justificar o pagamento a menor. A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela administração", de modo que "houve pagamento a menor de débito tributário em decorrência de creditamento indevido. Dessa forma, deve-se observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN".

(AgRg no REsp nº 1.448.906/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe de 05/02/2016)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO SUPLEMENTAR. CREDITAMENTO INDEVIDO. PAGAMENTO PARCIAL. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. FATO GERADOR. ART. 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para o lançamento suplementar de tributo sujeito a homologação recolhido a menor em face de creditamento indevido é de cinco anos contados do fato gerador, conforme a regra prevista no art. 150, § 4º, do CTN. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.199.262/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 07/11/2011; AgRg no REsp 1.238.000/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29/06/2012.

(AgRg no REsp nº 1.318.020/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe de 27/0/2013)

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - PAGAMENTO A MENOR - INCIDÊNCIA DO ART. 150, § 4º, DO CTN – FATO GERADOR COMPLEXIVO - DECADÊNCIA AFASTADA.

1. Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando o contribuinte constitui o crédito, mas efetua pagamento parcial, sem constatação de dolo, fraude ou simulação, o termo inicial da decadência é o momento do fato gerador. Aplica-se exclusivamente o art. 150, § 4º, do CTN, sem a possibilidade de cumulação com o art. 173, I, do mesmo diploma (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18/9/2009, submetido ao regime do art. 543-C do CPC).

(AgRg no AgRg no Ag nº 1.395.402/SC, Relª. Minª. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe de 24/10/2013)

Frisa que: as decisões do Egrégio STJ são de aplicação obrigatória por este E. CONSEF, em cumprimento ao disposto no artigo 180 do RPAF c/c artigo 927, inciso III da Lei nº 13.105/2015 (CPC).

Conclui que: “tendo em vista que todos os valores exigidos no AUTO, relativos ao período de Janeiro/2010 a Setembro/2010 estão alcançados pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º do CTN, é medida que se impõe o seu reconhecimento, e a conseqüente extinção e baixa do crédito

tributário correspondente. É o que se requer.

Quanto ao Recolhimento do Tributo devido sob o suposto Código Equivocado – Ausência de Prejuízo ao Erário – Necessidade de Imputação de Pagamento – Nota Fiscal 16.839, diz que restou consignado na Informação Fiscal, houve recolhimento de ICMS para a Nota Fiscal nº 16.839 sob o código de arrecadação nº 1593.

Aduz que: conforme estabelecido pela própria Fiscalização, a despeito da regular e correta apuração do valor do tributo devido na operação, por mero lapso, a ora Recorrente não se utilizou o código de arrecadação 1218.

“Ora Ínclitos Julgadores, seria teratológico manter-se o lançamento tributário sobre uma rubrica que a própria Fiscalização reconhece que houve o recolhimento do tributo, não obstante pelo código equivocado. Ora, a legislação permite este E. CONSEF determine a imputação do pagamento, a fim de que seja dado baixa e cancelamento no crédito.”

Finalmente, pede a inconstitucionalidade e ilegalidade da Multa Punitiva – Percentual de 150% que se Equipara ao Confisco – Inexistência de Razoabilidade – Vedação ao Confisco. Para tal colaciona aos cadernos processuais diversas Jurisprudências e julgados de Tribunais Pátrios.

Por fim, a Recorrente refuta, em todos os seus termos o Auto, e reiterando os pedidos expostos acima como se aqui estivessem transcritos, requer a esta Colenda Câmara de Julgamento a conversão do julgamento em diligência a fim de que retificar o AUTO com base no parcelamento parcial realizado pela ora Recorrente, e, com o retorno dos autos, o julgamento pela improcedência integral do crédito tributário relativo ao período que compreende Janeiro/2010 a Setembro/2010, bem como a imputação do recolhimento de ICMS efetuado sob o código 1593, para código 1218 em relação à Nota Fiscal nº 16.839, e, finalmente, no que tange à multa punitiva de 150% o reconhecimento da sua improcedência, seja com fundamento na inconstitucionalidade, seja com fundamento em sua ilegalidade.

VOTO

Temos sob apreciação, Recurso Voluntário interposto em face da decisão da 2ª JJF que julgou Procedente em parte o Auto de Infração lançado pelo suposto cometimento de uma infração, referente à falta de 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 em suas notas fiscais de saída e não recolheu o respectivo ICMS ou o recolheu a menor, referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, novembro e dezembro de 2010; abril, novembro e dezembro de 2011; maio, junho de 2012; janeiro e novembro de 2013 e outubro de 2014.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário.

Da análise dos documentos e demais elementos que instruem o presente PAF, em confronto com o quanto decidido no julgamento realizado em Primeira Instância, constata-se que, de fato, o direito de defesa do contribuinte foi devidamente atendido, no caso vertente, não ensejando a nulidade do presente Auto de Infração.

Ora, o procedimento fiscal foi realizado à luz do quanto exigido no inciso II, do § 4º, do art. 28 do RPAF/BA, tendo em vista que o fiscal autuante, colacionou aos cadernos processuais levantamentos essenciais à demonstração da infração, objeto do presente Recurso Voluntário.

No Auto de Infração foram obedecidas todas as determinações inseridas no art. 39, do RPAF/BA, quais sejam: a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, o dispositivo da legislação tributária infringido, a indicação da base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido, permitindo ao recorrente o exercício do seu direito de defesa e do contraditório.

Assim, os levantamentos e documentos acostados aos PAF, são suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

A respeito do argumento do defendente de preliminar de nulidade pela “necessidade de retificação do auto – existência de parcelamento parcial do débito em discussão.” Entendo que não deve ser atendido, pois ele não é causador, a princípio, de nulidade da ação fiscal, mas sim, de medidas saneadoras, conforme disposições do §1º, do art. 18, do RPAF/BA.

Ressalte-se parcelamento ocorre após a lavratura do Auto de Infração. E que após o julgamento da lide, do saldo devedor remanescente, será abatido todos os pagamentos referentes aos parcelamentos em andamento.

Desta forma afasto a preliminar de nulidade.

Quanto à arguição de decadência, a Recorrente pede que *“tendo em vista que todos os valores exigidos no AUTO, relativos ao período de Janeiro/2010 a Setembro/2010 estão alcançados pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º do CTN, é medida que se impõe o seu reconhecimento, e a conseqüente extinção e baixa do crédito tributário correspondente. É o que se requer.”*

Verifico nos fólios processuais que a Recorrente não efetuou nenhum pagamento referente ao período reclamado, e para tal o núcleo da exigência fiscal refere-se à falta de 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.

Para aplicarmos o entendimento, da Procuradoria Fiscal de uniformização quanto ao prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, parágrafo 4º, do CTN, é necessário que o contribuinte declare a ocorrência do fato jurídico tributário, apure o montante do imposto devido, mas efetue o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Ao compulsar o presente PAF, verifico que a Recorrente não realizou o pagamento do ICMS devido nos meses autuados. Como podemos perceber da transcrição de parte do voto da decisão de primeira Instância:

Trata-se, na realidade, de exigência fiscal relativo ao ICMS retido, destacado nas notas fiscais e não recolhido pelo defendente, decorrentes de operações de circulação de mercadorias por vendas realizadas, para contribuintes localizados no Estado da Bahia de mercadorias, acobertadas pelo instituto da substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Como não foram atendidas as regras do art. 150, parágrafo 4º, do CTN no caso em tela, conta-se o prazo decadencial do débito fiscal a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e pago, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, uma vez que a Recorrente declarou a ocorrência do fato jurídico tributável e apura o imposto devido, como no caso específico em análise, relativo ao destaque do ICMS devido por substituição nas notas fiscais emitidas objeto da autuação, porém não efetua o respectivo pagamento.

Assim, voto pelo afastamento da preliminar de Decadência, suscitada pela Recorrente.

Quanto ao argumento de que deve ser considerado o recolhimento de ICMS efetuado sob o código 1593, para código 1218 em relação à Nota Fiscal nº 16.839, teço as seguintes considerações:

Ao compulsar os cadernos processuais verifico a existência do DAE N° DE SÉRIE 10011238814, 30/04/2010 no valor total de R\$739,58. (fl.41), sendo que tal valor consta do demonstrativo da infração, elaborado pelo autuante a fl.43.

Desta forma, entendo que, a tese recursal da Recorrente deve ser acatada, e procedo à retirada do valor do DAE N° DE SÉRIE 10011238814, 30/04/2010 no valor total de R\$739,58. (fl.41), do crédito tributário exigido.

Julgo a infração parcialmente procedente, restando um valor a cobrar de R\$104.071,24.

Em mesa o representante da Recorrente pede para que o enquadramento da multa seja pelo art. 42, I, alínea da Lei nº 7.014/96, aplicando desta forma uma multa mais benéfica ao contribuinte.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária;

Entendo que este argumento não deve ser acatado, pois, no caso em tela, a Recorrente na realidade destacou o ICMS retido nas notas fiscais e não recolheu, desta forma, a infração enquadra-se no art. 42, V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

V - 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto:

a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, observo que as mesmas estão previstas: no art. 42, V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

No que se refere ao argumento de que é inconstitucional ressalto que nos termos do art. 125, I, da Lei nº 5.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB), não se inclui entre as competências deste colegiado a apreciação de aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Pelo todo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281071.0014/15-4**, lavrado contra **INDÚSTRIA E COMÉRCIO SANTA MARIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$104.071,24**, acrescido da multa de 150%, prevista no art.42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo a repartição de origem homologar os pagamentos já efetuados via parcelamente de débito.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS