

A. I. N° - 299326.0010/17-9
AUTUADO - PLASTSPUMA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA. - ME
AUTUANTES - CLEBER RAIMUNDO SANTOS MAFRA e ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22. 12. 2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0205-01/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO.
O autuado na qualidade de sujeito passivo por substituição tem a obrigação de efetuar a retenção e o recolhimento do imposto retido de terceiro. No presente caso, o autuado efetuou a retenção do imposto, contudo, não procedeu ao devido recolhimento. Impugnou a autuação alegando simplesmente que a exigência fiscal não procede. Não colacionou aos autos qualquer elemento comprobatório de sua alegação. Infração subsistente. Não acolhida a decadência arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$3.519.611,32, acrescido da multa de 150%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS) imputada ao autuado: Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls.46 a 74). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Argui a ocorrência da decadência no período de janeiro a maio de 2012 com fundamento no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN). Alega que quando foi intimado em 30/06/2017 dos termos da autuação em referência, já havia transcorrido mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores do ICMS, relativamente ao período de 01/01/2012 a 29/06/2012, o que implicou na homologação tácita dos procedimentos de apuração adotados e dos pagamentos realizados pela empresa, operando-se, desse modo, a perda do direito da Fazenda Pública exigir as diferenças do ICMS a que supostamente faz jus. Neste sentido, invoca a doutrina pátria reproduzindo lições, especialmente de Sacha Calmon Navarro Coelho. No mesmo sentido invoca e reproduz a jurisprudência do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba e do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Assevera que tendo o apurado e recolhido, quando devido, o ICMS de cada mês aos cofres públicos, reputa-se tacitamente homologado o procedimento previamente efetivado pelo particular e extinto o crédito tributário ao final de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme dicção do art. 156, VII, do CTN, cujo teor reproduz.

Conclusivamente, afirma que se impõe o cancelamento da exigência fiscal no tocante ao período de 01/01/2012 a 29/06/2012.

Prosseguindo, sustenta que não assiste razão à Fiscalização ao exigir o pagamento do ICMS em decorrência de operações que não se concretizaram, tendo sido devidamente recolhidos, conforme documentos fiscais juntados, razão pela a autuação deve ser julgada integralmente improcedente.

Reporta-se sobre a multa imposta de 150%. Argui o seu cancelamento como forma de realizar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Neste sentido, invoca e reproduz lições de Helenilson Cunha Pontes. Diz que o legislador concedeu no § 7º do art. 42 da Lei n.º 7.014/96, reproduzido pelo art. 158, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, ao órgão julgador o poder de dosar a penalidade aplicável ao contribuinte infrator em função do grau da sua culpabilidade e dos prejuízos causados ao Erário. Reproduz o referido dispositivo legal. Observa que o cancelamento da multa pelo órgão julgador está condicionado ao atendimento de alguns requisitos, quais sejam: (i) a penalidade deve decorrer do descumprimento de obrigação acessória; (ii) a conduta infratora não pode ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação; e (iii) a infração não pode ter implicado na falta de recolhimento do imposto.

Assevera que o aludido dispositivo legal aplica-se perfeitamente ao caso concreto.

Assinala que consoante se extrai da peça acusatória, a Fiscalização aplica multa pelo não cumprimento de obrigações acessórias, quanto ao erro na base de cálculo. Alega, contudo, que a ausência de escrituração das notas fiscais listadas pela Fiscalização não se deu de maneira dolosa, fraudulenta ou dissimulada, mesmo porque caberia ao Fisco comprovar, de forma incontestável, a ocorrência de dolo, fraude ou simulação no caso em apreço.

Ressalta que, além disso, é de se notar que tampouco o Erário baiano deixou de arrecadar o imposto estadual, já que o que a Fiscalização exige é tão somente multa e não o tributo devido nessas operações.

Reitera que, dessa forma, o que houve no caso em questão foi simplesmente o não cumprimento de uma obrigação acessória atinente ao ICMS, por uma questão meramente operacional.

Salienta que se cometeu alguma infração, esta não foi praticada com dolo, fraude ou simulação; mas sim, decorreu de falha cometida pelos prepostos da empresa, que, por um lapso, deixaram de escriturar no Livro Registro de Entrada algumas das notas fiscais referentes a entradas ocorridas no período fiscalizado. Acrescenta que a ausência de escrituração das notas fiscais de entradas de mercadorias, no respectivo livro fiscal, decorreu de um escusável equívoco que em nada prejudicou a arrecadação estadual, pois, em momento algum, deixou de arrecadar os impostos estaduais, quando efetivamente devidos.

Consigna que se verifica que todos os requisitos autorizadores do cancelamento da multa, impostos pelo § 7º, art. 42, da Lei n.º 7.014/96 foram devidamente atendidos, pelo que, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cabe a esta Junta de Julgamento Fiscal cancelar a multa apontada no Auto de Infração. Afirma que o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia – CONSEF vem proferindo diversas decisões nesse sentido, conforme se pode ver, a título exemplificativo, do excerto da decisão que transcreve.

Conclusivamente, diz que cumpre aos membros desta JJF observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que se afiguram em preceitos básicos inerentes ao Processo Administrativo, contudo, caso este não seja o entendimento, pugna para que, ao menos, seja reduzida a multa imposta, por afigurar-se desproporcional e iníqua. Neste sentido, invoca e reproduz decisões deste CONSEF, no caso ACÓRDÃO CJF Nº 0433-13/13, ACÓRDÃO CJF Nº 0250-11/10, ACÓRDÃO CJF Nº 0025-11/10.

Continuando, reporta-se sobre o caráter confiscatório da multa de 150%. Alega que a imposição de multa nesse patamar representa mais que uma excrescência jurídica, um acinte aos princípios constitucionais que regem o sistema tributário brasileiro. Tece amplo comentário sobre o caráter confiscatório da multa, invocando a doutrina e jurisprudência para fundamentar as suas razões.

Salienta que em face dos argumentos postos, tem-se por urgente a necessidade de revisão da absurda sanção confiscatória imposta pela legislação estadual, havendo que se expungir do débito exequendo o montante exigido pelas multas, sob pena de afronta direta e literal à Constituição Federal de 1988.

Conclusivamente, diz que, caso não se repute cabível a anulação pura e simples da sanção aplicada, deve o órgão julgador proceder ao redimensionamento de seu aspecto quantitativo, volvendo-a a parâmetro consentâneo com os princípios invocados, com especial destaque à proporcionalidade, o que, levando-se em conta que à empresa não se atribui mais do que a ausência de recolhimento de um tributo cuja apuração deriva de operação deveras complexa e multifacetada, sendo certo que nem se cogita de sonegação ou deliberado cumprimento da norma tributária, o valor da multa eventualmente incidente jamais poderá extrapolar a monta de 100%.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- a decadência referente ao período de 01/01/2012 a 29/06/2012, que a Fiscalização entende fazer jus, pois estão extintas, a teor do art. 156, VII, do CTN, visto que o direito à sua constituição decaiu, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN;
- a improcedência total do Auto de Infração;
- que as intimações pela Imprensa Oficial sejam feitas, exclusivamente, em nome do advogado Dr. Nicolai Trindade Mascarenhas, OAB/BA 22.386, sob pena de nulidade processual.

Protesta pela juntada posterior de documentos, bem como pela realização de diligências fiscais para constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário esta Junta de Julgamento Fiscal.

Um dos autuantes prestou Informação Fiscal (fls.91 a 93). Contesta a arguição defensiva atinente à ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário apontado no Auto de Infração. Observa que o impugnante alega que ocorreu a decadência com fundamento nos artigos 150 § 4º e 156, VII, do Código Tributário Nacional - CTN, em face de os lançamentos versarem sobre fatos que ocorreram a mais de cinco anos, mencionando que a intimação ocorreu em 30/06/2017, e foram incluídos indevidamente os lançamentos relativos ao período de 01/01/2012 a 29/06/2012.

Afirma que os lançamentos foram realizados em conformidade com o art. 965, I, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97 e legislação superveniente. Assevera que com base no referido artigo não se pode acatar o instituto da decadência, razão pela qual mantém a autuação na sua integralidade.

Quanto a alegação defensiva de que a Constituição não admite tributação que resulta em confisco, conforme previsão de seu artigo 150, IV, ressalta que toda a atividade administrativa de lançamento que ensejou a lavratura do Auto de Infração foi pautada em regras predeterminadas pela legislação tributária, realizando-se um ato vinculado à Lei, em sentido lato, compreendendo a Lei 7.014/96 que institui o ICMS neste Estado, o Regulamento do ICMS de 1997, aprovado pelo Decreto 6.284/97, e o Regulamento do ICMS de 2012, Decreto nº. 13.780/2012, visando tão somente a defender os interesses do Estado e, por conseguinte, dos cidadãos.

Assevera que em nenhum momento foram olvidados os princípios básicos da legalidade, moralidade e finalidade com que deve estar sintonizada a atuação da Fiscalização, conforme evidencia de forma inequívoca o contexto da Informação Fiscal. Diz que as questões de constitucionalidade estão dirigidas a autoridades não competentes para reconhecê-las, ficando a critério deste CONSEF, representar ao Secretário da Fazenda nos termos do art. 167, I, e *caput* do art. 168 do RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99, caso as acolha.

Ressalta que o impugnante alega, também, que as operações não se concretizaram, conforme documentos fiscais juntados, e pede a improcedência da autuação; todavia, não anexou quaisquer

provas de suas alegações. Reafirma que todo o levantamento foi realizado com base nas informações do sistema de emissão de Notas Fiscais eletrônicas e informações econômico-fiscais, conforme arquivos e relatórios já acostados aos autos.

Finaliza a peça informativa mantendo na sua integralidade o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento infração à legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS) imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O impugnante argui a ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo ao período de 01/01/2012 a 29/06/2012, sob o fundamento de que, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), quando foi intimado em 30/06/2017 da autuação em referência, já havia transcorrido mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores do ICMS, o que implicou na homologação tácita dos procedimentos de apuração adotados e dos pagamentos realizados pela empresa. Alega que tendo apurado e recolhido, quando devido, o ICMS de cada mês aos cofres públicos, reputa-se tacitamente homologado o procedimento previamente efetivado pelo particular e extinto o crédito tributário ao final de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme dicção do art. 156, VII, do CTN.

A questão da decadência por um longo tempo tornou-se uma matéria tormentosa no âmbito deste CONSEF, haja vista que, via de regra, as decisões sempre apontaram no sentido de inocorrência da decadência, por se considerar a contagem do prazo de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN.

Ocorre que, após um detalhado estudo sobre a matéria, inclusive a repercussão das autuações nos julgamentos realizados na esfera judicial, a Procuradoria Geral do Estado a Bahia/Procuradoria Fiscal, promoveu a uniformização de sua orientação jurídica sobre esse tema, tendo editado o Incidente de Uniformização nº. PGE 2016.194710-0, no qual firmou o entendimento de que: *Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas;* .

Foi observado no Incidente de Uniformização acima que, no caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não se aplicaria a regra do art. 150, § 4º, mas sim do art. 173, I, ambos do CTN.

Por outro lado, quanto a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, o entendimento firmado apontou no sentido de que conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o valor efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Diante disso, como no presente caso a acusação fiscal diz respeito à falta de recolhimento do imposto retido, portanto, imposto devido por terceiro referente à operação subsequente que este irá realizar e não imposto decorrente de operação própria realizado pelo autuado, o que, sem dúvida nenhuma agrava a infração, razão pela qual, inclusive, a multa imposta alcança o patamar de 150% do valor retido e não recolhido, não há que se falar em ocorrência da decadência, haja vista que descabe a aplicação da regra do art. 150, § 4º, mas sim do art. 173, I, do CTN.

Assim sendo, não acolho a decadência arguida.

Ultrapassada a questão da decadência, constato que o impugnante nada trouxe aos autos que pudesse elidir a autuação.

Na realidade, o impugnante sustenta na peça defensiva que não assiste razão à Fiscalização ao exigir o pagamento do ICMS em decorrência de operações que não se concretizaram, tendo sido devidamente recolhidos, conforme documentos fiscais juntados, razão pela qual a autuação deve ser julgada integralmente improcedente.

Entretanto, verifica-se que inexiste qualquer documento juntado à peça defensiva. Não há qualquer explicação pelo impugnante no tocante à alegação de que “ [...] operações que não se concretizaram, tendo sido devidamente recolhidos.”.

É certo que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, consoante estabelece o art. 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

Do mesmo modo, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme dispõe o art. 143 do mesmo RPAF/BA/99.

Diante disso, a infração é procedente.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa, cumpre observar que, diversamente do aduzido pelo impugnante, a multa imposta diz respeito a descumprimento de obrigação principal e não descumprimento de obrigação acessória.

Assim sendo, falece competência a este órgão julgador administrativo de Primeira Instância para apreciação do pedido, já que a sua competência está adstrita à apreciação de pedido de cancelamento ou redução de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Quanto à arguição sobre o caráter confiscatório da multa de 150%, vale consignar que esta tem previsão no art. 42, V, “a”, da Lei n.7.014/96, sendo vedado a este órgão julgador a apreciação de inconstitucionalidade da norma consoante determina o art. 125, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB).

Por derradeiro, quanto ao pedido do impugnante para que as intimações sejam feitas, exclusivamente, em nome do advogado Dr. Nicolai Trindade Mascarenhas, OAB/BA 22.386, nada obsta que o pedido seja atendido pelo órgão competente da repartição fazendária, contudo, ressalto que as hipóteses de intimação estão previstas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, não sendo caso de nulidade do ato se obedecidas as determinações do referido dispositivo regulamentar processual.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299326.0010/17-9, lavrado contra **PLASTSPUMA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA. – ME**, devendo ser

intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.519.611,32**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, ‘a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR