

PROCESSO - A. I. Nº 232209.3038/16-0
RECORRENTE - XITO'S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELE - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0144-03/17
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/05/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

ACÓRDÃO C/JF Nº 0061-12/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETIDO E NÃO RECOLHIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O contribuinte substituto não consegue provar o recolhimento do ICMS-ST, tampouco consta nos sistemas da SEFAZ, respectivos pagamentos, nos períodos da autuação. Ajustes realizados pelo autuante quando da informação fiscal reduziram o valor originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Negado pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, em epígrafe, lavrado em 11/10/2016, para exigir crédito tributário no valor de R\$514.697,75 e multa de 150%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, (infração 07.02.01). Ocorrências nos meses de janeiro a dezembro de 2011, janeiro a maio de 2012, setembro a dezembro de 2013, janeiro, fevereiro, agosto e setembro de 2014, fevereiro a agosto de 2016.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 3ª JFJ, decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Preliminarmente o Autuado alegou que o auto de infração seria nulo, visto que não apresenta as formalidades legais e necessárias para a sua validade e eficácia. Disse que o lançamento fiscal deveria vir acompanhado de todos os termos lavrados na ação fiscal, os quais fundamentaram a autuação, incluindo o termo de abertura e encerramento da ação fiscal, as notas fiscais que serviram de base para o lançamento fiscal, além de todos os demonstrativos e levantamentos elaborados pelo Autuante, provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Acrescentou que não foi devidamente notificado com antecedência mínima, acerca da ação fiscal em seu desfavor, tendo sido surpreendido com o recebimento do auto de infração, já pronto e elaborado, sem ter tido a oportunidade de apresentar as notas fiscais e os demonstrativos contábeis, para fazer prova da sua idoneidade fiscal, o que teria cerceado seu direito de defesa.

Analisando os elementos que compõem a presente exigência fiscal, verifico que carece de suporte fático e jurídico tais alegações. Compulsando os autos, constato que o defendente foi devidamente intimado da ação fiscal, conforme Termo de Intimação assinado pelo sócio da empresa fl. 18, no dia 03/10/2016. A documentação foi arrecadada pelo fiscal no dia 05/10/2016. O auto de infração só foi lavrado no dia 14.10.2016, mesma data em que foram devolvidos todos os documentos recebidos, conforme faz prova documento fl.19.

Sobre a alegação defensiva da falta de clareza quanto aos valores apurados e de não recebimento dos documentos fiscais que sustentaram a autuação, observo que o Autuante, fez entrega ao contribuinte do demonstrativo analítico com as informações completas sobre os valores lançados, inclusive com registro da

“chave de acesso” das notas fiscais, possibilitando dessa forma, o exercício do contraditório e da defesa ampla. Este procedimento se encontra em consonância com o disposto no § 1º do art. 18, in verbis:

Art.18. São nulos:

(. . .)

As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Observo que na constatação de erro na apuração do imposto devido, deve ser realizada a necessária correção. No presente caso, o Autuante esclareceu que o demonstrativo analítico é proveniente das informações constantes na base de dados da SEFAZ e que foram declaradas pelo próprio sujeito passivo. Afirmou que o autuado teve o prazo regulamentar concedido para exercer de forma ampla a defesa e o contraditório e os vícios formais constatados foram devidamente saneados.

Superados, portanto, os argumentos de nulidade, ficam rejeitadas as preliminares argüidas pelo autuado, uma vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, não havendo falta de motivação, vez que foram indicadas as ocorrências que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário referente ao ICMS substituição tributária, retido pelo sujeito passivo e não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa conforme declaração de entrega dos demonstrativos e CD contendo relação das NFe de Saídas fls.20/21; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e o levantamento fiscal foi realizado com base nas informações fiscais disponibilizadas pelo próprio autuado.

Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes do processo administrativo fiscal, não se encontrando no presente PAF qualquer dos pressupostos de nulidades previstos no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, o Auto de Infração trata da retenção do ICMS pelo Autuado, sem o respectivo recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Nas razões defensivas, o impugnante contestou a autuação alegando os seguintes fatos: (i) não haveria nos autos, a fórmula utilizada para apuração do imposto devido, como a alíquota do ICMS e percentuais de MVA, utilizados para apuração do débito; (ii) que a partir de junho de 2016, o percentual de MVA dos produtos a base de trigo – NCM 1905.90, passou para 30% (trinta por cento) e não a 55% (Cinquenta e cinco por cento); (iii) não foram disponibilizadas as cópias das notas fiscais de modo a comprovar se as mercadorias arroladas pelo fiscal, estariam sujeitas ao regime da substituição tributária ou da antecipação parcial; (iv) no rol dos produtos comercializados pela impugnante, até março de 2016, os produtos enquadrados no NCM 1905.90, não estariam sujeitos ao regime da substituição tributária; (v) que o fiscal deixou de compensar o imposto que foi devidamente recolhido pela impugnante na elaboração do levantamento fiscal.

Em sede de informação fiscal, o Autuante afirmou que os Relatórios que embasaram a autuação foram gerados pelas vendas efetuadas e informadas pelo próprio Contribuinte. Aduziu que este fato pode ser constatado da análise do Relatório de notas fiscais – ANALÍTICAS, onde constam, dentre outras, as Colunas: “Notas Fiscais”, o “ICMS Substituto” e a “Chave de Acesso”, contidos no “CD”, fl. 20 dos autos, que lhe foi entregue. Reiterou que estes Relatórios foram obtidos dos arquivos gerados e disponibilizados pelo próprio Autuado à SEFAZ/BA.

Da análise dos elementos que compõem a presente exigência fiscal, verifico que, de fato, a composição, processamento e lavratura do auto de infração decorreram dos arquivos eletrônicos encaminhados pelo defendente para a base de dados da SEFAZ.

Assim, foi o próprio defendente quem declarou as mercadorias nas notas fiscais de vendas, determinou a base de cálculo, aplicou as alíquotas e MVAs correspondentes na apuração do ICMS ST devido. Não faz o menor sentido alegar inconsistências nos valores que ele próprio apurou, sem apontar quais as parcelas que estariam equivocadas.

Neste caso, competiria ao contribuinte autuado fazer efetiva prova do recolhimento do ICMS ST por operação. Acaso fossem verificados possíveis equívocos, quando de sua declaração ao Fisco, relativamente a NCM, MVA, alíquotas, omissão da compensação de créditos, carga tributária, contrariando regras estabelecidas na legislação de regência, aplicadas ao regime de substituição tributária, caberia ao defendente trazer aos autos os elementos para fazer tais comprovações. Para tanto, foi concedido o prazo regulamentar de 60 (sessenta)

dias, para o cumprimento de tal desiderato, do qual não se desincumbiu.

O defendente alegou que analisando os seus arquivos, encontrou os comprovantes de pagamento do imposto, a que se refere a autuação, referente aos meses de Janeiro de 2011 a Maio de 2012, totalizando um valor de R\$ 161.021,16. Os comprovantes estariam contidos na mídia que anexou juntamente com sua defesa e esse valor deveria ser subtraído do auto de infração.

O Autuante na informação fiscal afirmou que os citados Documentos de Arrecadação - DAEs, se referem a valores atinentes a Entradas, compras de mercadorias, tanto é assim, que registram Código de Receita é "1145 - ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA". Explicou que o levantamento deste Auto de Infração se refere a Saídas (vendas), cujo Código de Receita é "1.006 - ICMS CONTRIBUINTE SUBSTITUTO". Ressaltou que todos os valores pagos através desta rubrica foram devidamente considerados, cobrando-se, tão-somente, os valores retidos e não recolhidos.

Analisando os documentos contidos no CD e citados pela defesa, concordo com as conclusões do autuante. Constatado que o presente lançamento limita-se a cobrança do ICMS ST nas saídas para contribuintes no estado da Bahia, nada tendo a ver, com operações interestaduais, conforme consigna documentos trazidos pela defesa.

Observo que o auto de infração em análise foi ajustado quando da Informação Fiscal. O autuante explicou que o demonstrativo a partir do Relatório Analítico, com a apresentação dos valores detalhados, nota a nota, e com a respectiva chave de acesso para cada nota fiscal, registra valores ligeiramente inferiores aos constantes nas Relações de Notas Fiscais - SINTÉTICAS, que serviram de base para os valores lançados originalmente, em função de aproximações numéricas. Informou que, a partir dos Relatórios ANALÍTICOS, os valores mensais foram reduzidos. Importante registrar que o defendente foi cientificado desses novos demonstrativos e não se manifestou.

Destaco que o defendente, em momento algum de sua defesa, aponta objetivamente quais os valores de sua declaração ao Fisco, ensejariam correções devido a inconsistências.

Neste sentido, assim determina o Regulamento do Processo Administrativo deste Estado (RPAF/BA):

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 142. 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.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

O defendente insurgiu-se, de modo veemente, quanto ao percentual da multa aplicada, que entende possuir caráter confiscatório, em afronta ao princípio da proporcionalidade, e aos princípios constitucionais que regem o sistema tributário brasileiro. Destacou que as Cortes Superiores do país já firmaram posição nesse sentido.

Ressalto que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, instituído pelo Decreto 7.629/99, não autoriza a apreciação por parte dos órgãos julgadores de questões de inconstitucionalidade da legislação tributária, como dispõe expressamente no art. 167, I.

Por fim, ressalto que a multa de 150% indicada na autuação é a prevista no artigo 42, inciso V, alínea "a", da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade descrita no Auto de Infração, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade desse dispositivo legal, que assim estabelece, in verbis:

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;

Cabe reiterar que os montantes cobrados nestes autos resultaram dos valores calculados, retidos e não pagos pela própria Autuada. Tais lançamentos, não podem, portanto, serem elididos sob mera alegação de não cometimento da infração.

Diante das determinações legais e pelo fato do impugnante não ter apresentado qualquer motivo (nem jurídico, nem fático) para dar sustentáculo a suas razões defensivas, o auto de infração restou devidamente caracterizado.

Deste modo, acolho as conclusões do autuante e o ICMS devido remanesce em R\$ 499.396,30, conforme novos demonstrativos fls.78 a 80, e 81 a 123.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JJF nº 0144-03/17, vem aos autos para expor as razões que motivam seu recurso voluntário.

Começa seu arrazoado aduzindo que quando da apresentação do Auto de Infração, deveria a peça acusatória estar acompanhada dos termos de abertura e encerramento da ação fiscal, além de todos os demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante, das provas necessárias à demonstração da acusação e, das notas fiscais., o que suscita a nulidade do Auto de Infração.

Também aduz que não teria sido corretamente notificada, com antecedência mínima, entendido que teria sido surpreendida com o recebimento do auto de infração sem ter tido a oportunidade de apresentar, antes da lavratura do auto de infração, as notas fiscais, demonstrativos contábeis e os pagamentos do imposto para fazer prova da sua regularidade fiscal.

Informa que apesar de o Autuante haver disponibilizado mídia eletrônica, tal mídia contém informações que não podem ser aferidas, demonstrativos que se mostram insuficientes para demonstrar o valor apurado do tributo que se exige, além da ausência de livros fiscais e demais demonstrativos contábeis.

Nessa linha, considerando que o imposto exigido diz respeito a mercadorias enquadradas no regime da Substituição Tributária, entende o Sujeito Passivo que além da comprovação da técnica contábil da apuração do tributo, seja demonstrado se o imposto objeto da imputação teria origem em produto constante do competente anexo do RICMS/BA.

Quanto à sua atividade, diz que fabricava e comercializava salgados a base de cereais e trigo, respectivamente inscritos no NCM 1904.10 e 1905.90, sublinhando que em relação ao primeiro produto, estaria sujeito ao regime da substituição tributária no período abrangido pela fiscalização, enquanto que o segundo não estaria. Nessa senda, registra que o autuante deixou de demonstrar os elementos formadores do fato gerador do tributo, sem os quais não poderia defender-se, certo na afirmação de que os documentos colacionados pela Autuante não dão o devido amparo à acusação fiscal, em ofensa ao devido processo legal e em desequilíbrio em seu desfavor.

Também aduz falta de comprovação da utilização da formula correta para apuração do imposto devido, mencionando que para o cálculo do ICMS ST, deveria o Autuante comprovar que calculou o valor do imposto devido, utilizando a correta formula de apuração. diz da jurisprudência do STJ referente à ocorrência de cerceamento de defesa em face do indeferimento da produção probatória.

Com respeito ao produto de NCM 1905.90, diz que comercializava salgadinhos a base de trigo, e que o referido produto somente passou a fazer parte do regime da Substituição Tributária a partir de 01/03/2016, aduzindo que os respectivos faturamentos oriundos de tal produto não poderia compor a base de calculo do ICMS, no período anterior a 01/03/2016.

Quanto ao valor comprovadamente recolhido, afirma que se trata de uma industria que produzia salgadinhos por ela mesma fabricado, e que nessa circunstância não haveria que se falar em pagamento de imposto por substituição nas aquisições de outros estados, haja vista que as

compras realizadas dizem respeito, basicamente, em matérias primas para compor o seu produto final, também aduzindo que os DAE's pagos com o código 1145, em verdade, estaria equivocado, e que neste caso, deveria a própria autoridade, em razão da constatação de erro, considerar a compensação do imposto, ao invés de imputar sanção à ora recorrente.

Diz da validade do Auto de Infração, aduzindo que uma simples informação não comprovada pelo Autuante, não teria o condão de superar o comando legislativo, sobretudo quando se trata de multa em desfavor dos contribuintes.

Discorre em derredor do Devido Processo Legal, da ampla defesa, dos Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica e do ônus da prova, afirmando que *"... não resta dúvida de que há necessidade de comprovar o alegado é da própria autuante, sendo que esta deixou de fazer, pois, sem todos os documentos fundamentais ao processo, não há como a autuada se defender adequada e tecnicamente, porque, não há como decompor quais foram as mercadorias que motivaram a lavratura do auto de infração"*.

Na mesma linha, entende que o Autuante não pode ater-se unicamente nas informações constantes na base de dados da Fazenda Publica, devendo também buscar a comprovação de que o cálculos utilizados para se chegar ao valor do imposto seguiram os métodos descritos na lei própria, tudo de maneira a que se proporcione ao Contribuinte a possibilidade do contraditório e da ampla defesa.

Avançando, aduz a necessidade de conversão do feito em diligência, entendendo que se verificará a verdade dos fatos, bem como restará comprovado que os recolhimentos, quando devidos, foram realizados, não restando nenhum tributo a ser exigido sob sua responsabilidade.

Por derradeiro, pugna pelo conhecimento e provimento do seu Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea "b", do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o Recurso Voluntário à apreciação das razões recursais atinentes à decisão de primeiro grau que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração, cuja acusação é 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 neste Estado.

A tese recursal, em apertada síntese, em que pese volumosa, atine à nulidade do Auto de Infração, sustentando a Recorrente que não teria sido lavrado os termos de abertura e encerramento da ação fiscal, não teriam sido colacionadas pelo Autuante as provas do delito e que, também, não teria sido corretamente notificada, além do fato de que os documentos juntados pelo Autuante, em meio eletrônico, não seriam suficiente a lhe proporcionar a possibilidade do contraditório e da ampla defesa.

No mérito, aduz que o produto de NCM 1905.90, salgadinhos a base de trigo, teria passado a fazer parte do regime da Substituição Tributária a partir de 01/03/2016, registrando que a comercialização respectiva não poderia compor a base de cálculo do ICMS, no período anterior à data referida.

Diz que como é indústria que produzia salgadinhos, não haveria que se exigir imposto por substituição nas aquisições de outros estados, entendendo que os produtos adquiridos, em verdade seriam matérias primas que comporiam o seu produto final.

Finaliza aduzindo que os DAE's pagos com o código 1145, equivocadamente, deveriam ser

compensados pela própria autoridade fiscal.

Aponta a necessidade de realização de diligência para que seja apurada a verdade dos fatos.

Preliminarmente denego o seu pedido de realização de diligência tendo em vista verificar que se encontram nos autos todos os elementos necessários e suficientes para se entender a autuação e a fundamentação da Decisão Recorrida, restando certo que conforme determinação legal, pode o julgador, convencido, indeferir solicitações que considerar desnecessárias ao deslinde da querela.

Analisando as nulidades suscitadas, vejo que razão não assiste à Recorrente.

Da compulsão dos autos, vê-se que há na peça acusatória a clara exposição dos fundamentos de fato e de direito, certo que o fato descrito como típico está na legislação, bem como as circunstâncias do fato são claras e consubstanciadas em documentos trazidos aos autos juntamente com a peça inicial, conforme atesta o próprio Sujeito Passivo.

Dito isto, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, tendo em vista que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, nem quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Voltando o olhar às etapas processuais, sobretudo o quanto suscitado pela Recorrente no que pertine à produção de prova pericial, vejo que todos os passos foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao Recorrente e à possibilidade de manifestação, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

Ou seja, nada há no processo que dê substância às alegações recursais, certo também que a Junta de Julgamento Fiscal cuidou de analisar todos os fatos aduzidos em sede de defesa de maneira pontual e absolutamente clara, o que ao fim e ao cabo determinou a preservação do direito que tem o Sujeito Passivo ao contraditório e à ampla defesa.

Com respeito à falta dos Termos de Abertura e Encerramento da ação fiscal, vejo que conforme fls. 1, 3 e 18 dos autos, tanto o início e o encerramento da ação fiscal foram devidamente demonstrados, além de que a ciência de tais atos foram assinadas e, assim, a eventual falta de emissão de tais Termos em nada afetou o direito que tem o Sujeito Passivo ao contraditório e à ampla defesa, haja vista que em nenhum momento lhe foi negado os referidos direitos, ao contrário, foram exercidos em sua plenitude, além do fato de que a simples ciência da ação fiscal, o que não se nega, supre a falta dos referidos Termos.

Quanto aos documentos jungidos ao Auto de Infração pelo Autuante, merece registro que apesar de colhidos nos sistemas eletrônicos da SEFAZ, tais elementos foram fornecidos pelo próprio Sujeito Passivo, ou seja, ainda que se verifique alguma inconsistência ou incongruência, referidos desalinhos de informações deveriam ser apontadas, uma a uma, pela Recorrente, o que não foi feito.

Isto posto, afasto as nulidades suscitadas.

No mérito, a sorte é a mesma.

A tese recursal repete a de defesa, e nessa mesma linha, verifico que na informação fiscal prestada pelo Autuante há registro de que os fundamentos da autuação estão nos Relatórios gerados pelas vendas realizadas pelo Sujeito Passivo e informadas à SEFAZ, ou seja, decorrem de informações do próprio Contribuinte, fato que afasta a tese de inconsistência do lançamento, ao menos sem a indicação clara e precisa de eventuais inconsistências.

Com respeito a valores equivocadamente recolhidos pelo Sujeito Passivo, sustentada a tese de que deveria haver compensação, há que se comprovar, efetivamente, o cometimento dos equívocos suscitados e, só então, pelos meios próprios, se poderia pensar na compensação

pretendida, entendido que tal procedimento deve ocorrer em processo administrativo próprio.

No entanto, verificando que a Recorrente foi cientificada da autuação em 14/10/2016, devo julgar, de Ofício, que estão fulminadas pela ocorrência da decadência as infrações relativas ao período de 31 de janeiro a 30 de setembro de 2011, por ter transcorrido o prazo decadencial de cinco anos, que deve ser contado a partir do fato gerador respectivo, conforme preceitua o parágrafo 4º, do Artigo 150 do Código Tributário Nacional.

Nesses termos, entendo que não há como acolher a tese recursal, o que encaminha a decisão na direção de manter o julgado de piso, reduzindo da autuação apenas as parcelas atingidas pela decadência, podendo o Sujeito Passivo, de posse dos elementos que provem a existência dos equívocos alegados, provocar a PGE/PROFIS para, no controle da legalidade, encaminhar Representação a uma das câmaras deste Conselho.

Assim, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao apelo recursal.

VOTO VENCEDOR

Em que pese a diligência e qualidade do voto do eminente Relator, permito-me discordar do mesmo, diante dos seguintes argumentos:

A acusação é a de ter o sujeito passivo deixado de recolher o ICMS a título de substituição tributária retido nas operações de vendas para diversos contribuintes, de produtos por ele produzidos, razão, inclusive, para a aplicação da penalidade de 150% a título de multa, prevista no artigo 42, inciso V, alínea “a” da Lei 7.014/96.

A legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que *“o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, e se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”*.

O Relator apegou-se a tal artigo, a meu ver equivocadamente, razão pela qual, inclusive de ofício, aplicou a decadência.

Por outro lado, a decadência é forma de extinção do crédito tributário, prevista no artigo 156, inciso V, do CTN. Já o conceito de crédito tributário é, em síntese, a obrigação tributária exigível, devidamente lançada e possível de cobrança, estando regulada pelo artigo 173 do multimencionado Código, o qual estabelece:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”;

A doutrina, aqui representada por Luciano Amaro (Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1998, p. 382), entende que *“O lançamento por homologação não é atingido pela decadência, pois feito o lançamento (dito ‘antecipado’), ou a autoridade administrativa anui e homologa expressamente (lançamento por homologação expressa) ou deixa transcorrer, em silêncio, o prazo legal e, dessa forma, anui tacitamente (lançamento por homologação tácita). Em ambos os casos, não se pode falar em decadência (do lançamento por homologação), pois o lançamento terá sido realizado (ainda que pelo silêncio). O que é passível de decadência é o lançamento de ofício, que cabe à autoridade administrativa realizar quando constate omissão ou inexecução do sujeito passivo no cumprimento do dever de ‘antecipar’ o pagamento do tributo”*.

Ao seu turno, Marcos Freitas Gouveia (O lançamento no direito tributário brasileiro: a prescrição e a decadência nos tributos lançados por homologação. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1162, 6 set. 2006) nos fala em três possibilidades, em relação à aplicação ou não da decadência. Uma delas, como no presente caso, é quando o tributo não é declarado (ou é declarado a menor) e não é pago, naturalmente que não há declaração para constituir o crédito (integral ou parcialmente) nem pagamento para a aplicação do artigo 150, § 4º, do CTN. Dessa forma, aplica-se a regra de decadência do artigo 173, do Código, qual seja 05 anos a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador. Se nesse período a Administração lavrou o auto de infração, conta-se a partir dele (se não houver recurso) ou da decisão administrativa final (se houver recurso), o prazo de 05 anos de prescrição (artigo 174, do CTN).

Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173 inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste Órgão era o que prevalecia em tais hipóteses como a presente, não somente a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive no Poder Judiciário, tal entendimento acima exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o entendimento anterior, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.

Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de n.º PGE 2016.194710-0, aliás, invocado pela defesa, cujo enunciado transcrevo: “*Entendimento firmado: 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 correspondia às operações declaradas*”.

E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte Nota 1: “*Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173 I do CTN, 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 efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação*”.

Inequívoco o fato de o contribuinte não ter lançado o imposto, como, da mesma forma, não ter antecipado o pagamento de que nos fala o dispositivo legal acima enunciado, sendo clara e inquestionável não ocorrência da decadência, frente à aplicação do disposto no artigo 173, inciso I do CTN.

Relevante, de igual forma, a conduta do sujeito passivo, em reter o imposto devido por substituição ou antecipação tributária e não o recolher, que vem a se constituir em tipo inserido na Lei de Crimes Contra a Administração Pública (8.137/90), independentemente do tipo penal de apropriação indébita contida no Código Penal Brasileiro, o que clama, inclusive, a remessa ao ministério público, para adoção das medidas judiciais necessárias.

Desta forma, afasto a ocorrência de decadência, mantendo a decisão de piso e NÃO DANDO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232209.3038/16**, lavrado contra **XITO'S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$499.396,30**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Valtércio Serpa Júnior, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): José Carlos Barros Rodeiro, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas e Paulo Sérgio Sena Dantas.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - VOTO VENCEDOR

LEÔNICIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS