

A. I. N° - 02385780/96
AUTUADO - SUPERMERCADO E PANIFICADORA CABRAL LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTONIO MACHADO ABREU
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 28/05/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0166-03/02

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **2.** CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. ESTOQUE EXISTENTE EM 31/12/93. **3.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO E ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. **4.** ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE MAPAS-RESUMO DE CAIXA, DE CUPONS FISCAIS E USO IRREGULAR DE MÁQUINA REGISTRADORA, EM RAZÃO DA CONSTATAÇÃO DE REDUÇÃO ILEGAL DO VALOR ACUMULADO. **5.** DOCUMENTOS FISCAIS. MAPAS RESUMO DE CAIXA. UTILIZAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES. MULTA DE 1 UPF-BA. Todas as infrações estão caracterizadas. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Não cabe a este órgão julgador a apreciação de inconstitucionalidade ou ilegalidade da legislação tributária estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/06/96 para exigir o ICMS no valor de R\$1.274,24 acrescido das multas de 30%, 60% e 150%, além da multa de 1 UPF-BA, em decorrência de:

1. Falta de antecipação do ICMS referente a aquisição, junto a outros Estados, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – exercício de 1993;
2. Falta de estorno de crédito, previsto no Decreto n° 2.728/93, das mercadorias em estoque em 31/12/93, adquiridas com o imposto pago por antecipação ou substituição tributária – exercício de 1993;
3. Falta de recolhimento da diferença de alíquotas referente a aquisição de mercadorias oriundas de São Paulo e destinadas a consumo ou ativo fixo – exercício de 1993;
4. Diferença de ICMS a recolher resultante de arbitramento da base de cálculo, por falta de apresentação dos mapas-resumo de caixa e de cupons fiscais, bem como do uso irregular de máquina registradora, através da constatação de redução em seu valor acumulado – exercício de 1993;
5. Utilização de mapas-resumo de caixa em desacordo com as exigências regulamentares, sem numeração seqüencial, inscrição estadual, CGC e assinatura do responsável, com a indicação da multa de 1 UPF-BA – exercício de 1993;

O autuado apresentou defesa, através de advogado legalmente habilitado, às fls. 80 a 85, argumentando, quanto à infração 1, que a substituição tributária, disciplinada através de Convênios estaduais, não tem amparo legal porque contraria dispositivos do Decreto-lei nº 406/68 e do Código Tributário Nacional, conforme já decidido pelos Tribunais do país.

Suscita a nulidade do lançamento em relação à infração 2, tendo em vista que o autuante não demonstrou, através de levantamentos, a suposta falta de estorno de crédito do imposto, sendo impossível, em sua opinião, adentrar-se no mérito, e quanto à infração 4, porque não recebeu os demonstrativos, esclarecendo como o autuante apurou os valores de débito, o que teria cerceado o seu direito de defesa. Além disso, entende que é ilegal a aplicação do instituto do arbitramento, pois baseado apenas em regulamento sem a existência preexistente de lei.

No mérito, em relação à infração 3, afirma que “não dispõe no momento dos elementos indispensáveis à abordagem do tema” devendo fazê-lo “na oportunidade própria, exibindo os respectivos demonstrativos da existência ou não dessa pretendida irregularidade”.

A final, pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração e protesta por todo o gênero de provas em Direito permitido.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 88), mantém o lançamento, argumentando que:

Infração 1 – a substituição tributária é um instituto implantado há bastante tempo e consagrado pelo uso, não cabendo a alegação de ilegalidade.

Infração 2 – foram anexados ao processo, às fls. 30 a 40, o demonstrativo e as cópias das notas fiscais de aquisição correspondentes.

Infração 3 - foram acostados aos autos, às fls. 41 e 42, as cópias das notas fiscais de aquisição. Requer a manutenção deste item dada à impossibilidade de impugnação futura, como pleiteado pelo contribuinte.

Infração 4 – todo o levantamento fiscal encontra-se no PAF, às fls. 43 a 77. Quanto à alegação defensiva, de ilegalidade do arbitramento da base de cálculo do imposto, aduz que não é procedente porque tal instituto está previsto no artigo 43 da Lei nº 4.825/89.

Infração 5 – o autuado não se pronunciou, concordando tacitamente com a autuação.

O representante da PROFAZ emitiu parecer, às fls. 91 e 91-verso, pela procedência do Auto de Infração pelos seguintes motivos:

1. ao contrário do entendimento do autuado, antes mesmo da vigência dos Convênios 66/88 e 107/89, o regime da substituição tributária era previsto pelo Decreto-lei nº 406/68, recepcionado pela Carta de 1988 e alterado pela Lei Complementar nº 44/83 e pelo artigo 128 do CTN, estando consagrado atualmente pelo artigo 150, § 7º, da Constituição Federal;
2. as demais infrações encontram-se perfeitamente demonstradas e comprovadas no lançamento, merecendo acolhimento do órgão julgador.

O então relator converteu o PAF em diligência à ASTEC (fl. 93) para que aquele órgão emitisse parecer técnico quanto à aplicabilidade do arbitramento, da antecipação tributária e do estorno de crédito, considerando que o autuado é usuário de máquina registradora.

A ASTEC (fl. 94) solicitou a fiscal estranho ao feito lotado no DICO que informasse “a repercussão econômica causada no recolhimento do imposto” e verificasse se os cálculos efetuados pelo autuante, em relação ao estorno de crédito, previsto no Decreto nº 2.728/93, estavam corretos.

O diligente, à fl. 96, informa que:

1. o autuado não realizou o estorno dos créditos como previsto no artigo 2º do Decreto nº 2.728/93, conforme cópia do livro Registro de Apuração do ICMS anexa;
2. a partir de janeiro/94, o autuado transferiu as mercadorias existentes em estoque para outra loja, com emissão de notas fiscais, sem o destaque do imposto sob a alegação de que teria havido a antecipação do pagamento do imposto. Entretanto, como se creditou do ICMS nas entradas das mercadorias, deveria ter promovido o estorno de tais créditos.

Outro diligente da ASTEC, à fl. 111, a fim de cumprir integralmente a diligência do então relator (fl. 93), solicitou ao autuante que se pronunciasse informando de que forma as notas fiscais, referentes à infração 1, foram escrituradas no livro Registro de Entradas e qual a sistemática utilizada pelo contribuinte para efetuar os estornos de débito, relativamente às mercadorias isentas, não tributadas ou enquadradas na substituição tributária (artigo 294 ou 295 do RICMS/89).

Em atendimento à solicitação, o autuante (fl. 114) informou que, quanto à infração 1, as notas fiscais foram escrituradas como tributadas, com utilização do crédito fiscal e que ele preferiu, ao invés de glosar os créditos, exigir o imposto pela falta de antecipação tributária. Afirma ainda que o autuado optou pelo artigo 295 do RICMS/89 para realizar os estornos de débito.

O CONSEF remeteu o processo à ASTEC para emissão de parecer (fl. 115-verso), após o atendimento da solicitação, mas o processo retornou sem o parecer solicitado.

À fl. 117, foi acostado um Pedido de Parcelamento do débito apresentado pelo autuado e à fl. 136, consta um despacho da PROFAZ informando que o parcelamento requerido com os benefícios da Lei nº 7.504/99 foi “indeferido por falta de pagamento da parcela inicial, conforme demonstrativo à fl. 130”.

VOTO

Inicialmente, deixo de acatar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, de que a substituição tributária contraria dispositivos do Decreto-lei nº 406/68 e do CTN e de que o instituto do arbitramento é ilegal porque está disciplinado apenas em Regulamento, já que, acorde o artigo 167, combinado com o artigo 168 do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade da legislação tributária estadual. Ademais, ao contrário do alegado pelo contribuinte, o arbitramento da base de cálculo do imposto está previsto no artigo 43 da Lei nº 4.825/89, tendo sido, tão-somente, detalhada a sua aplicação pelo RICMS/89.

Rejeito, ainda, a preliminar de nulidade levantada pelo autuado, por cerceamento de seu direito de defesa, em relação às infrações 2 e 4, uma vez que foram anexados ao processo, às fls. 30 a 40, os demonstrativos e as cópias das notas fiscais de aquisição correspondentes, e às fls. 43 a 77, o levantamento fiscal e os documentos referentes ao arbitramento da base de cálculo, não tendo ocorrido o alegado cerceamento do direito de defesa.

No mérito, constata-se, em relação à infração 1, que o contribuinte não apresentou nenhuma comprovação de sua improcedência ou do pagamento do imposto por antecipação tributária, sendo devido o valor ora apurado.

Quanto ao item 2, verifica-se que os demonstrativos encontram-se acostados ao PAF e a infração foi confirmada por fiscal estranho ao feito, devendo ser também considerado correto o valor apontado.

Em referência ao item 3, o RPAF/81, vigente à época dos fatos geradores, em seu artigo 37, determinava que o sujeito passivo tributário tinha o direito de impugnação na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada de todas as provas, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, desde que produzidas ou requeridas na forma e nos prazos legais. O autuado se reservou o direito de produzir as provas em outra oportunidade, entretanto, a impugnação é o momento apropriado para esse mister. Como não trouxe aos autos nenhum elemento de prova que pudesse elidir a autuação, entendo que é procedente o débito apurado.

Em relação ao item 5, o autuado preferiu se calar, concordando implicitamente com a autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a alteração no percentual da multa, indicada na infração 4, de 150% para 100%, em razão do princípio da retroatividade benigna, como indicado no demonstrativo a seguir:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo R\$	Alíquota (%)	Multa UPF/BA	Multa (%)	Valor Débito (R\$)
10/02/93	10/02/93	3,59	17%		60%	0,61
10/03/93	10/03/93	10,41	17%		60%	1,77
10/04/93	10/04/93	3,71	17%		60%	0,63
10/06/93	10/06/93	4,29	17%		60%	0,73
10/07/93	10/07/93	9,12	17%		60%	1,55
09/01/94	09/01/94	371,20	10%		30%	37,12
20/03/93	20/03/93	1,70	10%		60%	0,17
20/05/93	20/05/93	1,65	17%		60%	0,28
31/12/93	09/01/94	7.243,41	17%		100%	1.231,38
31/12/93	31/12/93			1		
TOTAL DO DÉBITO				1		1.274,24

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **02385780/96**, lavrado contra **SUPERMERCADO E PANIFICADORA CABRAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.274,24**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 30% sobre R\$37,12, de 60% sobre R\$5,74 e de 100% sobre R\$1.231,38, previstas no art. 61, I e II, “d”, da Lei nº 4.825/89 e no art. 42, IV, “i”, aplicado em razão da retroatividade benigna, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa de **1 UPF-BA**, prevista no art. 61, XXI, da Lei nº 4.825/89,

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR