

A. I. Nº - 02385780/96
AUTUADO - SUPERMERCADO E PANIFICADORA CABRAL LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTONIO MACHADO ABREU
ORIGEM - INFAS VALENÇA
INTERNET - 28/05/2002

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 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 constitucionalidade 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 nº 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 constitucionalidade 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 3^a 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