

A. I. Nº - 157065.0013/03-2
AUTUADO - SUPERMERCADO CENTRAL LTDA.
AUTUANTE - GERANILSON DANTAS REQUIÃO
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 28. 11. 2003

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0469-04/03

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e relacionadas na Portaria nº 270/93, o pagamento do ICMS deve ser feito na entrada da mercadoria no território baiano, caso o adquirente não possua regime especial. **2.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, é devido ao Estado destinatário o imposto correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infrações caracterizadas. Não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Rejeitados o pedido de diligência e a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/03, exige ICMS no valor total de R\$ 404.855,45, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 403.316,71, devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadoria relacionada nos anexos 69 e 88.
2. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 1.538,74, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento.

O autuado apresentou defesa tempestiva, fls. 45 a 69, e, inicialmente, alegou que o auditor fiscal deixou de considerar informações sobre as entradas e saídas de mercadorias, além de não ter observado o tratamento fiscal a ser dispensado a mercadorias destinadas à revenda. Diz que os dados desprezados mostram a incerteza dos números apurados, requisito indispensável ao lançamento, sob pena de cerceamento do direito de defesa. Afirma que a incerteza do valor lançado será demonstrada por meio de documentos que juntará na oportunidade processual própria, bem como mediante perícia, a qual requer com respaldo no artigo 49 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Relativamente à infração 1, o defendente diz que, no caso em tela, a utilização do regime de substituição tributária vulnerou a Constituição Federal, feriu direitos líquidos e certos e desconsiderou princípios elementares regentes do sistema tributário nacional. Sintetizando, diz que a autuação: a) atribui a condição de substituto tributário a quem não tem relação direta com o fato gerador, no caso o fornecedor, afrontando o artigo 128 do Código Tributário Nacional – CTN. b) vulnerou o princípio da legalidade tributária.

Após transcrever dispositivos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional, decisão do Superior Tribunal de Justiça e farta doutrina, o autuado reafirma que a presente exigência fiscal é inconstitucional e ilegal, uma vez que atribui a condição de substituto tributário a quem não está diretamente vinculado com o fato gerador respectivo. Alega que “A autuada, no caso, encontrando-se na condição de substituída tributária, o que ocorreu de forma ilegal, não pode ser penalizada pelo Fisco da Bahia em razão de não ter procedido, a fornecedora, substituta tributária, sendo indevida e ilegal a retenção e recolhimento do ICMS na qualidade e contribuinte responsável por substituição tributária, sendo, pela mesma razão, ilegal a pretensão contida no A.I. aqui apreciado, que vulnera seu direito líquido e certo.”

Prosseguindo em sua defesa, teceu comentários sobre o princípio da legalidade, transcreveu artigo da Constituição Federal, citou doutrina e, em seguida, afirmou que “Como visto acima, o que se reservou à Lei Formal não foi apenas o poder de criar e cobrar determinada exação, mas também o poder de definir seus elementos essenciais e individualizadores. O afronta, pelas formas mais diversas, a estes preceitos, fere de morte a exigência ou a instituição ilegal do tributo.”

Afirma que a exigência da substituição tributária, desfigurando os elementos constitutivos do ICMS, explicitamente contidos na Constituição Federal. Para embasar sua alegação, o defendente transcreveu farta doutrina. Alega que a cobrança do ICMS antes da ocorrência do fato gerador do imposto é inconstitucional. Transcreve doutrina e ementa de decisão do STJ. Diz que só deve pagar o imposto após a ocorrência do fato gerador correspondente, que é a saída da mercadoria de seus estabelecimentos.

Salienta que, por força da sistemática da substituição tributária, a base de cálculo do ICMS deixou de ser o efetivo valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria, para corresponder ao valor presumido pelo Estado, por meio de pauta de valores. Diz que a ilegalidade do cálculo do imposto com base em valores fixados por meio de pauta tem sido reiteradamente declarada pelo Poder Judiciário. Transcreve decisões do STF sobre a matéria.

Ao concluir, diz que não cometeu nenhuma infração, pois o seu procedimento foi pautado em normas contidas no Decreto-lei nº 406/68 e no CTN. Requer a realização de diligência e protesta por todos os meios de provas admitidas em direito. Solicita a improcedência do lançamento.

Na informação fiscal, fl. 71, o autuante explica que o autuado funciona como um estabelecimento centralizador, o qual adquire mercadorias em outros Estados e as repassam a suas filiais. Diz que o defendente só faz a antecipação tributária das mercadorias adquiridas quando as mesmas são apreendidas em postos fiscais. Aduz que um outro Auto de Infração, o qual se encontra em parcelamento, já foi lavrado contra o autuado em decorrência da mesma irregularidade. Afirma que as mercadorias adquiridas são lançadas no livro Registro de Entradas como “outras” e, quando é efetuada a saída, as mesmas não são tributadas. Em seguida, o autuante afirma que o contribuinte não apresentou nenhuma prova que descaracterizasse a exigência fiscal. Diz que não lhe cabe discutir a constitucionalidade da substituição tributária. Às fls. 72 a 1325, anexou cópia das notas fiscais arroladas na autuação e pertencentes ao autuado (1ª via). Ao final, o autuante solicita a manutenção do Auto de Infração.

De acordo com as fls. 1327 a 1330, o autuado foi cientificado da informação fiscal e dos documentos anexados ao processo, recebeu cópia dos mesmos e teve o prazo de lei para se manifestar, contudo não se pronunciou.

VOTO

Inicialmente, afasto qualquer hipótese de nulidade do presente Auto de Infração, pois o mesmo não possui nenhum dos vícios elencados no artigo 18 do RPAF/99, que o inquine de nulidade.

Indefiro a solicitação de diligência, uma vez que não está devidamente fundamentada a sua necessidade, como exige o art. 145 do RPAF/99. Ademais, considero que a mesma é desnecessária, haja vista que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação da convicção dos julgadores. O autuado afirmou, em sua defesa, que juntará documentos que demonstram a incerteza dos valores lançados, todavia, até o presente momento, nenhum documento foi apresentado pelo defendente. Saliento que, nos termos do art. 123 do RPAF/99, o momento oportuno para a apresentação de provas é no trintídio legal, junto com a defesa.

Quanto à infração 1, observo que o autuado fundamenta a sua defesa em alegações pertinentes à inconstitucionalidade e à ilegalidade do regime de substituição tributária. Todavia, essas alegações não podem prosperar, uma vez que a Constituição Federal, no seu art. 155, XII, “b”, diz que caberá à Lei Complementar dispor sobre substituição tributária.

Ao tratar da substituição tributária, o artigo 6º da Lei Complementar nº 87/96, assim dispôs:

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que o contribuinte assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

Por seu turno, a Lei nº 7014/96, no seu artigo 8º, II, ao tratar da substituição tributária por antecipação, reza que:

Art. 8º: São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

Em face dos dispositivos legais acima transcritos, vê-se que a cobrança do imposto, por antecipação tributária, referente às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária está amparada em dispositivos constitucionais e legais, não incidindo a exigência em inconstitucionalidade e nem em ilegalidade. Reiteradas decisões deste CONSEF já pacificaram esse entendimento. Ademais, não obstante a farta argumentação defensiva, não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do artigo 167, I, do RPAF/99.

Adentrando no mérito da primeira infração, observo que o autuante elaborou demonstrativos e anexou aos autos cópia das notas fiscais arroladas na autuação, comprovando, assim, a acusação feita ao autuado. Por seu turno, o sujeito passivo limitou-se a alegar que o autuante não

considerou informações e não observou o tratamento a ser dispensado a algumas mercadorias. Essas alegações defensivas não podem ser acatadas, pois não apontam os erros, são vagas e imprecisas. Considerando que o autuado não comprovou o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, entendo que a infração em tela está devidamente caracterizada, sendo devidos os valores nela exigidos.

Quanto à infração 2, saliento que o autuado não se defendeu da acusação que lhe foi feita. Interpreto esse silêncio do contribuinte como um reconhecimento tácito do acerto da ação fiscal. Dessa forma, considero que a infração está devidamente caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 157065.0013/03-2, lavrado contra **SUPERMERCADO CENTRAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 404.855,45**, sendo R\$ 139.812,15, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais o valor de R\$ 265.043,30, acrescido de idêntica multa e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE ARAUJO - JULGADOR