

A. I. N° - 146548.0603/03-6
AUTUADO - ARNALDO RIBEIRO DE SOUZA DE ITANHÉM
AUTUANTE - HAMILTON DE OLIVEIRA DOS REIS
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 09. 09. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0328-04/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Não acolhida a preliminar de nulidade, bem como a alegação de inconstitucionalidade da legislação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/12/2003, exige ICMS no valor de R\$10.866,75, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$8.251,77, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;
2. Deixou de proceder a retenção do imposto e o conseqüente recolhimento no valor de R\$2.614,98, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado.

As infrações acima foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado, relativos aos anos de 1998 a 2002.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 38 a 75 dos autos, transcreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal, além de citar os dispositivos do RICMS/97, bem como da Portaria n° 445/98

tidos como infringidos e da multa aplicada, com base na Lei nº 7.014/96. Também reproduziu o teor dos arts. 125, I, do RICMS/97 e 128, do Código Tributário Nacional.

Em seguida, transcreveu na íntegra às fls. 41 a 46, artigo publicado em revista de autor que indica sobre o tema “A IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIR SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA AO SUBSTITUÍDO – EM COMBUSTÍVEIS”.

Prosseguindo em seu arrazoado, alegou que o fisco agiu de forma atípica, pois, conferiu tratamento fiscal eivado de plena nulidade absoluta, importando em levantamento inexistente e com base em presunção fiscal, a qual é terminantemente proibida pelo Direito Brasileiro, além de violar o art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, oportunidade em que transcreveu os seus teores, em apoio a sua alegação.

Argumenta que além da irregularidade acima, utilizou-se a fiscalização aleatoriamente da alíquota de 25% e multa de 70%, quando se sabe que a legislação que define a base de cálculo do ICMS não tipifica, não normativa no contexto constitucional a presunção como imputação de fraude e correspondente suprimento de caixa de origem não comprovada, ou seja, a matriz constitucional do ICMS define como fato gerador à saída de mercadoria do estabelecimento.

Salienta que a fiscalização também não logrou êxito ao aplicar o decreto, ao invés da lei de regência da matéria, além do que a alíquota de 25% aplicada não pode ser uniforme para todos os produtos, conforme disposto no art. 50, I, “a” e seguintes do próprio regulamento.

Alega que o autuante junto com as infrações aplicou o disposto no art. 10, I, “a”, da Portaria nº 445/98, demonstrando, mais uma vez, deficiência na autuação, porque não se pode tributar contribuintes nestas situações, oportunidade em que transcreveu os seus teores, para embasar a sua alegação.

Sustenta que o estabelecimento de preço médio fixado pela autoridade não tem o menor senso jurídico. Para corroborar o seu argumento, o autuado cita às fls. 48 a 50, entendimento de autores que indica, sobre a base de cálculo que deve ser utilizada no cálculo do imposto.

Às fls. 50 a 57, o autuado transcreveu entendimento de autores sobre o instituto da substituição tributária progressiva, segundo o qual fere diversos princípios constitucionais, tais como: o princípio da não-cumulatividade; o princípio da instituição de tributo com efeito de confisco e o princípio da capacidade contributiva; o princípio da tipicidade tributária.

Assevera também, com base em lição de autor que indica, sobre a Emenda Constitucional nº 3, segundo o qual a substituição tributária para frente é outro equívoco, oportunidade em que transcreveu às fls. 62 a 71 diversas decisões de tribunais acerca da substituição tributária.

Sobre a multa aplicada pelo autuante no percentual de 70%, com base na Lei nº 7.014/96, em seu art. 42, III, o autuado após transcrever os seus teores, disse que a lei prescreve que as omissões de receitas tributáveis devem ser constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque e isto não ocorreu, conforme já denunciado na presente defesa anteriormente, razão pela qual a multa é também indevida.

Assegura, no entanto, que se a multa fosse corretamente aplicada com o levantamento de estoque e os outros livros fiscais, o caminho estruturalista do direito tributário comporta a interpretação de

que as multas são identificadas como NGDT - Normas Gerais de Direito Tributário, porque a estrutura constitucional já foi delineada pela Constituinte de 1988, a qual dispôs, em inúmeras passagens, que certos institutos, categorias e formas são identificáveis na NGDT.

Às fls. 72 a 74, o autuado transcreveu os teores dos arts. 146, III, “b”, da Constituição Federal, 142 e 113, seus parágrafos 1º e 3º, além de citar outros artigos, todos do CTN, bem como discorreu sobre a multa tributária, segundo a qual é punitiva.

Argumenta que a multa de 70%, criada por lei pelo Estado da Bahia, sem arrimo em lei complementar federal, por ser crédito tributário, a sua instituição foi ao arrepio da Carta Constitucional, portanto, está configurada a sua inconstitucionalidade.

Acerca da correção do débito, diz inexistir na autuação quais os índices que foram utilizados, além do que foram aplicados juros não previstos em lei.

Assevera que embora o crédito tributário deveria ser corrigido pela Taxa SELIC, a qual foi instituída pelo Governo Federal por meio da Lei nº 9.250/95 e que se a mesma tivesse sido aplicada na autuação, diz que sobre ela inúmeros questionamentos judiciais foram feitos, tendo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se manifestado quanto a sua inconstitucionalidade.

Ao finalizar, pede a nulidade do Auto de Infração, a expedição de certidão negativa de débitos e que o Sr Inspetor Fazendário forneça autorização para emissão de notas fiscais regulares da empresa.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 79 dos autos, alegou que o patrono do autuado não apresentou argumento passível de ser rebatido, já que se reportou a inconstitucionalidade da Substituição Tributária, motivo pelo qual fica impossibilitado de se manifestar.

Salienta que o autuado não questionou os valores que serviram de base para apuração do imposto exigido, tampouco em relação à alíquota e o enquadramento legal, portanto, aceitou os dados do levantamento fiscal.

Ao finalizar, solicita dos senhores julgadores a manutenção integral do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, ressalto que nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Por força da norma acima mencionada, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, sob a alegação de ser inconstitucional a substituição tributária.

Quanto ao mérito da autuação, observei que o autuante para instruir a ação fiscal, fez a juntada aos autos às fls. 5 a 33, além de outros documentos, do Demonstrativo de Apuração do ICMS normal e por antecipação tributária, das relações de entradas de álcool, de cópias de notas fiscais de compras, da Declaração de Estoque e da 1ª via da Nota Fiscal de nº 0281, em nome do autuado, a qual foi inutilizada pela fiscalização.

Com referência a defesa formulada, entendo razão não assistir ao autuado, já que não fez a juntada de qualquer planilha ou levantamento, em que demonstrasse inexistir as omissões de entradas de álcool nos exercícios que foram objeto de fiscalização.

De acordo com o disposto no art. 123, do RPAF/99, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa,

aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de trinta dias, contado da intimação.

Face à constatação de diferenças de entradas de álcool desacompanhadas da documentação fiscal comprobatória de sua origem e por ser o produto enquadrado no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento:

- a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V);
- b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”).

Com base na explanação acima, considero caracterizada as infrações 1 e 2, pelo que mantenho as exigências.

No tocante aos percentuais de multas de 60% e 70% aplicadas pelo autuante, esclareço que as mesmas têm respaldo legal no art. 42, II, “b” e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96.

Acerca da taxa SELIC, a ser utilizada para atualização do débito tributário, ressalto que a mesma também está prevista na Lei nº 7753/00.

Ante o 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 **146548.0603/03-6**, lavrado contra **ARNALDO RIBEIRO DE SOUZA DE ITANHÉM**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.866,75**, sendo R\$1.283,69, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$974,78 e de 60% sobre R\$308,91, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais os valores de R\$7.276,99 e R\$2.306,07, acrescidos das multas de 70% e 60%, previstas nos incisos III e II, “d”, do mesmo artigo e lei citados, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA