

A. I. N° - 269203.0004/09-9
AUTUADO - VIDEOLAR S/A.
AUTUANTE - NILCÉIA DE CASTRO LINO e SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 09.04.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0066-05/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE RETENÇÃO E PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do tributo pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do mesmo em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição. Infração parcialmente descaracterizada, em virtude de o autuado ter comprovado que parte das operações interestaduais se deram com prestadores de serviços não contribuintes. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/09/2009, exige ICMS no valor de R\$ 92.463,86, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, 'e' da Lei 7.014/96, sob a acusação de ter o autuado deixado de reter e recolher o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes nas vendas para contribuintes localizados na Bahia.

Através de advogado regularmente constituído, nos termos do instrumento de mandato (substabelecimento) de fl. 273, o sujeito passivo ingressa com impugnação, às fls. 257 a 271.

Inicialmente, registra que é pessoa jurídica de direito privado, voltada principalmente para a industrialização e comercialização de mídias em CD e DVD.

Verificando seus arquivos, entendeu que, por um lapso material, em algumas operações realmente deixou de recolher o imposto na qualidade de substituto tributário. Entretanto, em outras operações, verificou não haver responsabilidade por substituição tributária, uma vez que os destinatários não eram contribuintes. Informa que, por concordar com parte da autuação, recolherá os valores respectivos.

Em preliminar, citando doutrina e princípios de Direito Tributário, aduz a *"inconstitucionalidade da substituição tributária para frente"*, já que o legislador estadual não é livre para moldar o ICMS à sua vontade, devendo assim respeitar as normas constitucionais, principalmente aquelas destinadas a limitar o poder de tributar, como, por exemplo, os princípios e as imunidades tributárias. Também porque na substituição tributária "para frente", parte-se do pressuposto de que o fato imponível ocorrerá no futuro, sendo que este pode ou não se realizar.

Não se pode fazer recair carga tributária sobre pessoa estranha ao fato gerador da obrigação fiscal, não sendo cabível compelir sujeito que não participou da relação de circulação de mercadoria a recolher o tributo.

No mérito, afirma que o regime de substituição não poderia designadas nas notas fiscais listadas à fl. 263. Tal impossibilidade,

no art. 355 do RICMS/BA, que veda a retenção do imposto nas aquisições interestaduais por consumidor final, e quando as operações subsequentes forem isentas ou não tributadas.

Em seguida, defende a tese de que a multa aplicada tem o caráter confiscatório, com base em jurisprudência do STF e do TRF da 3ª Região.

Insurge-se também contra os acréscimos moratórios aplicados, fundamentado em jurisprudência, bem como nos arts. 394 do Código Civil e 151 do Código Tributário Nacional, por entender que os juros de mora só podem incidir a partir do momento em que a obrigação passa a ser exigível.

Requer diligência para analisar as notas fiscais mencionadas à fl. 263, reconhecimento da inconstitucionalidade do sistema de substituição tributária, improcedência parcial do Auto de Infração, desconstituição da multa e dos juros aplicados, além da homologação dos valores pagos.

As autuantes apresentam informação fiscal às fls. 471 a 474.

Dizem que lavraram o Auto de Infração com esboço no RICMS/BA, na Lei nº 7.014/96 e no Protocolo ICM 19/85, que dispõe sobre o regime de substituição nas operações com discos fonográficos, fitas virgens ou gravadas.

A multa encontra fundamento no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96 e os acréscimos moratórios no art. 138-B, II do RICMS/BA, não lhes competindo discutir constitucionalidade.

Entendendo procedentes os argumentos de mérito apresentados pelo defendente, excluíram as notas fiscais questionadas, cujos destinatários eram sociedades empresárias distribuidoras cinematográficas de vídeos de programação de televisão, não contribuintes do ICMS, conforme documentos de fls. 477 a 481. Assim, elaboraram novo demonstrativo de débito às fls. 473 e 474, onde a quantia exigida ficou reduzida de R\$ 92.463,86 para R\$ 85.258,83.

Finalizam requerendo a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado junta petição às fls. 487 e 488, onde informa pagamento realizado e requer a homologação do mesmo.

Intimado da informação fiscal (fl. 491), o contribuinte apresenta manifestação às fls. 492 a 500, reiterando a argumentação e os pedidos anteriormente citados.

Às fls. 504 a 506, a Coordenação de Administração do CONSEF colacionou comprovantes de pagamento parcial do quanto exigido.

VOTO

Ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo contribuinte. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois as autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveram a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicaram o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputada.

Quanto ao regime de substituição por antecipação tributária, vejo que está devidamente encartado no art. 373 do RICMS/BA, que dispõe que, nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade do imposto em favor da unidade federada destinatária, na condição de substituinte. A substituição, nos termos do Convênio ICMS 81/93 e, no caso em tela,

Os acréscimos moratórios aplicados estão previstos no art. 51 da Lei 7.014/96 e no art. 138-B do RICMS/BA, enquanto a multa encontra embasamento no art. 42, II, “e” da mesma Lei.

De acordo com o art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade.

Quanto ao pedido de diligência, concluo que não há razões para seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico. Os levantamentos e documentos presentes no processo demonstram a autoria e a materialidade dos fatos, de maneira que, como dito, mostra-se desnecessário o objeto deste pleito.

No mérito, entendo que as autuantes agiram corretamente ao acatar as razões de defesa relativas às notas fiscais designadas na fl. 263, pois os destinatários eram prestadores de serviços não contribuintes do imposto estadual, conforme documentos de fls. 477 a 481. Dessa forma, incide o comando do art. 355, IV do RICMS/BA, que veda a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como de competência tributária dos municípios, sendo a mercadoria destinada a emprego na prestação de tal serviço.

Por conseguinte, acato o levantamento de fls. 473 e 474, elaborado pelas autuantes em revisão fiscal, de maneira que a quantia exigida fica reduzida de R\$ 92.463,86 para R\$ 85.258,83.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 85.258,83, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração nº **269203.0004/09-9**, lavrado contra **VIDEOLAR S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$85.258,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA