

PROCESSO - A. I. Nº 273307.0005/13-5
RECORRENTE - TECNICARE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0040-05/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 29/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0396-11/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E NÃO RECOLHIMENTO. Ficou comprovado que o recorrente realizou operações para contribuintes localizados no Estado da Bahia com produtos enquadrados no Regime de Substituição Tributária e não efetuou o recolhimento do ICMS a que estava obrigado por força do disposto no Convênio ICMS 76/94. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 5ª JJF, constante no Acórdão nº 0040-05/14, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 22/08/2013, em razão da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Período: janeiro a dezembro de 2012 e de janeiro a julho de 2013. Valor: R\$830.944,97. Multa: 150%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 4ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 143/144):

No Auto de Infração em lide o contribuinte foi autuado em razão de ter procedido a retenção e não recolhimento do ICMS por substituição tributária nas operações interestaduais de remessa de mercadorias enquadradas no regime da antecipação, por força do Convênio ICMS 76/94 e alterações posteriores. Para embasar a exigência fiscal os autuantes juntaram ao processo cópias das Guias Nacionais de Informação do ICMS - Substituição Tributária (GIA-ST), onde consta expressamente que os valores retidos pelo sujeito passivo nas notas fiscais de venda de mercadorias para a Bahia não foram repassados para o Erário Estadual, configurando situação de apropriação indevida de tributo (docs. apensados às fls. 10 a 29 dos autos).

O autuado, na peça de defesa, impugnou tão somente questões de ordem jurídica, envolvendo erro na apuração da base de cálculo por uso de MVA (margem de valor agregado), também denominada de base de cálculo presumida; "ilegalidade do diferencial de alíquotas"; impossibilidade de previsão de substituição tributária "para frente" por via Convênio ou Decreto. Pediu a nulidade do Auto de Infração. Transcreveu no processo decisões judiciais para embasar a sua pretensão.

Verifico que o cerne da questão é se contribuinte efetuou ou não pagamento do ICMS-ST cobrado de seus clientes nas notas fiscais com valores informados nas GIA-ST à Fazenda pública da Bahia.

A prova do pagamento do ICMS retido por substituição não foi apresentada na defesa.

O argumento de invalidade do lançamento pelas razões expostas na peça impugnatória é medida que não elide a autuação fiscal, visto que o contribuinte se valeu exatamente das disposições normativas que impugna, a exemplo do Convênio ICMS 76/94, inclusive no que se refere à quantificação da base de cálculo, para proceder a retenção do imposto nas notas fiscais de venda para o Estado da Bahia.

As decisões judiciais transcritas na defesa não modificam o entendimento acima delineado, visto que os arestos não declaram expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade da substituição tributária "para frente", com efeitos "erga omnes", ou seja, para todos os operadores direito. Também não há uma Decisão emanada do Poder Judiciário e transitada em julgado, que exclua o contribuinte, ora impugnante, da relação jurídico-tributária em lide.

Ademais, na esfera administrativa, e em especial, no RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia), é vedado aos órgão julgadores:

I - declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma vigente no ordenamento;

II - negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Nesse sentido as disposições do art. 167, incisos I e III, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto Estadual nº 7.629

de 09 de julho de 1999.

Frente ao acima exposto e considerando que o contribuinte não se desincumbiu do ônus de provar a quitação do tributo retido e não recolhido, julgo PROCEDENTE o Auto de Infração, devendo ser intimado novamente o contribuinte a proceder o pagamento do ICMS, mais acréscimos legais, na forma da legislação vigente.

Às fls. 155/171, o Sujeito Passivo apresenta Recurso Voluntário.

Sustenta haver afronta à Constituição, bem como ao art. 6º da LC 87/96, que outorgam à Lei Complementar e à Lei Estadual a tutela da substituição tributária e não a decreto, como fora no Estado da Bahia.

Diz haver nulidade do Auto de Infração por erro na apuração da base de cálculo.

Entende que o critério para a determinação da base de cálculo do ICMS (substituição tributária) é o somatório de todas as parcelas que hão de compor o “preço final”, assim definidos como o preço praticado pelo substituto; o seguro, o frete e todos os demais encargos transferíveis ao adquirente da mercadoria ou ao tomador de serviço e a MVA.

Considera que não é lícito ao Estado ignorar o valor praticado pelo fabricante e adotar a sistemática de “pautas fiscais” para determiná-lo e sobre ele calcular o ICMS devido.

Diz que segundo a jurisprudência do STJ, o art. 148 do CTN só pode ser utilizado para a determinação da base de cálculo do tributo quando certa a ocorrência do fato imponível, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública, nesse caso, autorizada a proceder ao arbitramento mediante processo administrativo regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Assevera serem institutos diferentes o da Pauta Fiscal, arbitramento e o regime de valor agregado estabelecido no art. 8º da LC nº 87/96, que é técnica adotada para a fixação da base de cálculo do ICMS na sistemática de substituição tributária.

Ao final, alega que a Lei Complementar n.º 87/96 não disciplinou o diferencial de alíquotas, no plano das normas gerais, pois na sistemática inicialmente idealizada a diferença seria paga ao Estado de destino na medida em que o creditamento seria menor.

Assim, conclui que o diferencial de alíquota cobrado pelo Estado é ilegal, devendo ser realizada perícia para a mensuração do quantum recolhido indevidamente.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, fls. 179/185, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pelas razões a seguir expostas.

Aponta que em que pese a inconformidade do Sujeito Passivo ter trafegado no sentido da falta de fundamentação legal da substituição tributária e, por outro lado, da base de cálculo do ICMS-ST, o Recorrente cobrou dos seus clientes o ICMS-ST, constantes nas GIA-ST, não recolhendo o imposto ao Estado da Bahia.

Transcreve o art. 150, §7º da CF/88, arts. 6º, §1º e 7º da Lei Complementar nº 87/96 e art. 8º, I e II da Lei nº 7.014/96, para afastar a tese do Recorrente, de que a substituição tributária teria sido manejada por decreto.

Por fim, no que se refere a tese da nulidade por erro na apuração da base de cálculo, verifica que não existe na hipótese de medicamentos uma “Pauta Fiscal”, mas uma lista fornecida pela ABCFARMA, com previsão no art. 8º, 2º e 3º da Lei Complementar nº 87/96.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0040-05/14, prolatado pela 5ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, em razão da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Pela análise do quanto trazido aos autos, não há reparo a fazer na Decisão recorrida.

Compulsando os autos vejo que o Recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que, repete os mesmos fundamentos trazidos na impugnação inicial, que foram corretamente enfrentados e afastados pela 1ª JJF.

Verifico que não há controvérsia quanto ao mérito, visto que o recorrente não nega o cometimento das infrações, em atenção ao art. 140 do RPAF, abaixo transrito:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

A Constituição Federal autoriza que a Lei atribua a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador ocorra posteriormente.

Assim, através da Lei nº 7.014/96, bem como o Convênio ICMS 76/94, foi atribuída à Recorrente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário, das mercadorias relacionadas no anexo único do referido Convênio.

Neste contexto, com base nas informações obtidas no INC – Informação do ICMS – Substituição Tributária (GIA-ST), consta expressamente que os valores retidos pelo sujeito passivo nas notas fiscais de venda de mercadorias para a Bahia não foram repassados para o Erário Estadual, caracterizando a imputação.

Desta forma, não há guarida a tese do recorrente de que haveria erro na apuração da base de cálculo, em razão de uma suposta pauta fiscal, posto que o autuante utilizou as informações prestadas pelo próprio Sujeito Passivo, que reteve os valores devidos por substituição tributária, todavia não efetuou o recolhimento.

O RPAF/BA no art. 123, garante ao sujeito passivo tributário o direito de impugnar o lançamento decorrente de ação fiscal, com supedâneo em provas, documentos, levantamentos e demonstrativos, que entenda necessários à comprovação das suas alegações.

No presente processo, para elidir a infração, caberia ao Recorrente demonstrar que efetuou o pagamento do ICMS-ST cobrado de seus clientes nas notas fiscais com valores informados nas GIA-ST à Fazenda Pública da Bahia, tal comprovação não fora feita.

Ademais, o recorrente requereu o parcelamento dos valores devidos no presente Auto de Infração, assinou termo de confissão de dívida e pagou a primeira parcela, todavia, o mesmo indeferido pela Fazenda Pública.

Por fim, deixo de apreciar pedido de constitucionalidade, por falecer a este Colegiado competência para tanto, consoante disposto no art. 167, I do RPAF.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a inalterada a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 273307.0005/13-5, lavrado contra **TECNICARE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$830.944,97**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS