

A. I. Nº - 273307.0005/13-5
AUTUADO - TECNICARE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA e MARIA DE FÁTIMA ARAÚJO DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 08/04/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0040-05/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E NÃO RECOLHIMENTO. Imputação fiscal caracterizada. Não acatados os argumentos defensivos. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração (AI) lavrado em 22/08/2013, para exigir ICMS, no valor de R\$ 830.944,97, acrescido da multa de 150%, com a seguinte imputação:

***Infração 01** – Deixou de proceder ao recolhimento ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. A empresa deixou de efetuar o recolhimento do ICMS-ST retido, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e de janeiro a julho de 2013. Multa pecuniária prevista no art. 42, inc. V, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

O contribuinte, sediado no município de Curitiba – Estado do Paraná - foi intimado do Auto de Infração pelos correios, via “AR”, aviso de recebimento, em 29/08/2013 e ingressou com defesa 20/09/2013, em petição subscrita por advogado com procuração nos autos (procuração e substabelecimento às fls. 88 e 89, respectivamente).

Na peça defensiva o contribuinte, após fazer uma síntese da autuação, arguiu a nulidade do lançamento por “erro na apuração da base de cálculo”. Apontou a ilegalidade do diferencial de alíquota. Alegou também a “ausência de fundamento de validade do Convênio que previu a substituição tributária para frente” e a impossibilidade de previsão de Substituição Tributária por meio de Decreto. Transcreveu decisões judiciais a respeito do tema em lide.

O contribuinte, ao finalizar a peça defensiva, formulou pedido pela invalidade do lançamento fiscal e declaração de inexistência de dívida veiculada ao Auto de Infração, com fulcro no princípio da legalidade e observância dos art. 6º, § 4º e art. 8º, inc. III, da LC 87/96 e do art. 155, inc. II, § 2º e inc. XII, letra “b”, da Constituição Federal.

Os autuantes apresentaram informação fiscal apensada às fls. 128/130 dos autos. Após fazerem uma apertada síntese da autuação e das razões defensivas, os autuantes informaram a peça impugnatória é um expediente meramente protelatório, visto que não fora questionada a apuração da base de cálculo. Frisaram ainda que o imposto exigido no lançamento ex-officio foi apurado com base nas próprias informações prestadas pelo contribuinte através da GIA-ST, onde estão apresentados os valores do ICMS-ST (ICMS Substituição Tributária) retidos pelo substituto nas vendas realizadas para o Estado da Bahia e não recolhidos aos cofres públicos. Ressaltaram ainda que o contribuinte ao não efetuar tais recolhimentos incorreu em crime de apropriação indébita, sujeito, inclusive, à denúncia ao Ministério Público.

Em relação ao questionamento da constitucionalidade do instituto da Substituição Tributária, os autuantes consignaram que este assunto se encontra bastante exaurido nas instâncias judiciais. Citaram decisão do STJ nesse sentido. Frisaram ainda que de acordo com o art. 167, I, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade de norma vigente.

No que diz respeito ao mérito da exigência fiscal os autuantes destacaram que o sujeito passivo não teceu qualquer consideração e não apontaram também qualquer erro na apuração fiscal. Que nos termos do art. 143 do RPAF, a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da exigência fiscal.

Ao finalizar a peça informativa os autuantes pediram pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

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 órgãos 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **273307.0005/13-5**, lavrado contra **TECNICARE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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, 18 de março de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR