

PROCESSO - A.I. Nº 113840.0003/02-2
RECORRENTE - COTTON INDÚSTRIA E COMÉRCIO TÊXTIL LTDA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ªJF nº 0049-02/03
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 14.05.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CEF Nº 0203-11/03

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO NAS VENDAS À CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS, LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado nos autos tratar-se de operações a contribuintes, diante das quantidades comercializadas. Infração subsistente. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/11/02, refere-se a falta de retenção, pelo remetente, do ICMS no valor de R\$ 36.685,54, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas, nos exercícios de 2001 e 2002, para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme Auditoria da Substituição Tributária às fls. 14 a 59 dos autos.

O autuado, em sua impugnação, às fls. 63 a 69 dos autos, alega que promove vendas de tecidos a pessoas físicas, cuja saída do estabelecimento foi acobertada por documento fiscal hábil, com recolhimento do imposto apurado.

Registra que a fiscalização entende que os destinatários das mercadorias são contribuintes do ICMS não inscritos, em virtude da habitualidade ou quantidades vendidas (art. 353, I, do RICMS), fato este admissível diante da definição de contribuinte pela Lei Complementar nº 87/96. Porém, discorda que tal preceito o torne responsável pelas obrigações tributárias dos destinatários, o que entende absurdo e sem qualquer sustentação jurídica, uma vez que diante de tais indícios deve o fisco perseguir a proteção dos seus interesses, sem transferir a responsabilidade “fiscalizatória” à terceiros, já que esta atividade é exclusivamente estatal, sob pena dos destinatários serem considerados como consumidores finais, nos termos do art. 352 do RICMS.

Ressalta que a citada L/C nº 87/96 não contém dispositivo que possibilite a atribuição de responsabilidade tributária a terceiros, com base em presunção de que o destinatário seja contribuinte do imposto. Cita que a Constituição Federal atribui à lei complementar a tarefa de definir, entre outras coisas, o fato gerador, a base de cálculo e, no caso do ICMS, acerca da substituição tributária, cuja responsabilidade deve ser em relação a mercadorias ou serviços previstos em lei ordinária de cada Estado, sendo que o Anexo I da Lei nº 7.014/96, não contém a mercadoria vendida, ou seja, tecido.

Aduz que a Lei nº 7.014/96 delegou indevidamente ao regulamento a tarefa de fixar o percentual de agregação, elemento que compõe a base de cálculo do ICMS, ferindo o princípio da legalidade tributária.

Por fim, pede o arquivamento do Auto de Infração.

A autuante, em sua informação fiscal, prestada às fls. 71 a 73 dos autos, aduz que o contribuinte efetuou vendas de tecidos através de cupons fiscais em quantidades muito grande, em valores elevados, evidenciando o fim de comercialização, como se fossem vendas para consumidor final.

Ressalta que na época, o contribuinte tinha a atividade de comércio atacadista de tecidos e, como tal, sabia da responsabilidade de emitir a nota fiscal e realizar a retenção do ICMS dos contribuintes não inscritos na SEFAZ, conforme disposto no art. 353, inciso I, do RICMS/BA.

Quanto à base de cálculo e a margem de valor agregado do imposto, informa que cumpriu o que determina o artigo 61, inciso I, alínea “b-1”, do RICMS.

Por fim, ressalta que o próprio autuado admite ser bem possível que os destinatários das mercadorias sejam contribuintes do ICMS, porém, não concorda com a responsabilidade de ter que efetuar a retenção do imposto. Assim, entende que nenhuma prova foi apresentada que destituísse o lançamento do crédito tributário.

A 2ª JJF após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

"Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a retenção do ICMS relativo às operações internas e subsequentes, nas vendas por ele realizadas para contribuinte, não inscritos no Cadastro do ICMS, ocorridas através de cupons fiscais, em virtude das quantidades vendidas.

O autuado admite tratar-se de contribuinte do ICMS, discordando da responsabilidade pelas obrigações tributárias dos destinatários, entendendo absurda e sem qualquer sustentação jurídica, cuja atividade é exclusivamente estatal. Por fim, destaca a ilegalidade dos dispositivos regulamentares para a citada exigência.

Inicialmente deve-se ressaltar que a esfera administrativa não é o fórum adequado para se discutir a questão de ilegalidade ou não de normas tributárias, cabendo a este tribunal a aplicação dos dispositivos legais previstos tanto no RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97, quanto na Lei n.º 7.014/96.

Assim, comprovado tratar-se de contribuintes do ICMS não inscritos na SEFAZ, como também de operações internas com intuito comercial, em razão do volume, o que é admitido pelo próprio autuado, caberia ao mesmo, como responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, a retenção do imposto, para fins de antecipação do tributo relativo às operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, conforme determina o art. 353, inciso I, do RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que as razões de defesa não se insurgem contra os números apurados nos levantamentos fiscais".

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0049-02/03. Após fundamentar a interposição do Recurso Voluntário, reitera integralmente toda sua alegação defensiva apresentada anteriormente. Afirma que o fato de que os destinatários das mercadorias serem possivelmente contribuintes do ICMS não inscritos na SEFAZ, não têm o condão de tornar o recorrente responsável pelas respectivas obrigações tributárias. O Fisco pretende ilegalmente transferir a responsabilidade fiscalizatória a terceiros.

A Lei Complementar nº 87/96 não respalda esta atribuição a terceiros, logo, a Lei Ordinária do Estado da Bahia (7014/96) contraria a lei Complementar ao atribuir a responsabilidade pelo ICMS com base na condição pessoal do destinatário.

A mercadoria tecidos não consta do Anexo I da mencionada lei, a qual, não estabeleceu base de cálculo do ICMS na substituição tributária conforme exige a Lei Complementar e o Código Tributário Nacional.

Portanto, são bastante robustas e expressivas as alegações defensivas trazidas no Recurso Voluntário para comprovarem a ilegalidade da autuação, e desprezadas pela 2ª JJF.

Comenta a relação fisco x contribuinte, onde é imperativo discutir-se legalidade dos atos do regulamento, etc, aspectos de competência do Contencioso Administrativo Fiscal. Caso não haja consenso, pode valer-se o contribuinte do Poder Judiciário independente, autônomo e imparcial.

No presente caso não houve julgamento, a JJF apenas cancelou o Auto de Infração, o que não se espera da Câmara de Julgamento.

Quando o recorrente afirmou que seria bem possível que os destinatários fossem contribuintes do imposto, não admitiu que incontestavelmente fossem como entendeu a JJF. O que foi afirmado é que diante da incerteza do fato, diante do indício, não pode o fisco atribuir a responsabilidade de fiscalizar a terceiros.

E mesmo que houvesse a certeza, a legislação não contempla a possibilidade da pretensa exação tributária, o que aqui se reitera para fins de apreciação deste colegiado.

Requer o Provimento deste Recurso Voluntário, para que seja reformada a Decisão singular e julgado Improcedente o Auto de Infração. A PROFAZ analisa a petição recursal entende correta e fundamentada a ação fiscal, afirma que o contencioso administrativo deve se restringir à análise e aplicação da legislação vigente, não cabendo a discussão sobre a sua legalidade / inconstitucionalidade. Opina pelo não Provimento deste Recurso Voluntário.

VOTO

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o Parecer PROFAZ exarado à folha nº 90 deste processo.

O recorrente tem conhecimento do seu dever na condição de Atacadista, de emitir notas fiscais e recolher o ICMS no regime de substituição tributária nas vendas a contribuintes não inscritos.

Não adianta neste momento querer alegar ilegalidade ou inconstitucionalidade de regulamento regido por lei, e vigente no âmbito estadual, de amplo conhecimento por parte de todos os contribuintes do Estado da Bahia.

Bastava o recorrente, ao invés de afirmar que possivelmente os destinatários das mercadorias fossem contribuintes do imposto, provasse em sentido contrário, e o procedimento fiscal estaria elidido. Em momento algum procurou desconstituir a acusação fiscal, e apenas alegar dúvidas quanto ao fato gerador que em nada lhe socorre.

Por concordar com os fundamentos da 2ª JJF e da PROFAZ, além de não vislumbrar fato ou fundamento que possa alterar o julgado, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

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 **113840.0003/02-2**, lavrado contra **COTTON INDÚSTRIA E COMÉRCIO TÊXTIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.685,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ