

PROCESSO - A. I. Nº 207109.0007/04-2
RECORRENTE - CID ENTERTAINMENT LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0242-04/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 25/10/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0353-12/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CD'S). FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A operação estava sujeita à retenção do imposto pelo remetente, nos termos do art. 10 e 11, da Lei nº 7.014/96 e em consonância com o Protocolo ICM nº 19/85, e posteriores alterações, celebrado entre o estado da Bahia e o estado de origem das mercadorias. Entretanto, ficou provado que parte das operações autuadas foram realizadas com consumidor final. Efetuadas as devidas correções do lançamento, remanesce parcialmente a exigência fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0242/04-05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado exigindo imposto no valor de R\$5.775,94, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O recorrente, em sua defesa, impugnou o lançamento fiscal alegando que as mercadorias (CD's) foram adquiridas: primeiro, por consumidores finais, e em segundo lugar, as operações com pessoas jurídicas se referiram ao envio dos produtos como material de trabalho para empresas que lhe prestam serviço de representação e que estão sob a competência tributária do município. Nesta situação, não se inseriam no Protocolo nº 19/85. Transcrevendo o art. 36, incisos e art. 38, parágrafo único, todos do RICMS/97, anexou cópia de todos os documentos fiscais autuados e requereu o cancelamento do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal, observou, primeiramente, que a autuação foi realizada com base nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte à esta Secretaria da Fazenda. Em seguida, afirmou que, analisando os documentos fiscais apresentados pelo impugnante, de fato, a maior parte tratou de vendas a pessoas físicas ou empresas não contribuintes do ICMS, segundo a legislação estadual. Entretanto, as notas fiscais apensadas às fls. 83, 85, 91, 92, 95, 99, 101, 102, 103, 106, 108, 109, 110, 112, 113, 115, 116, 118, 120, 131, 179, 188, 193, 198, 201, 203, 204, 206, 207, 220, 222, 233, 240, 271, 275, 276, 280, 283, 291, 293, 294, 295, 296, 297, 302, 309, 328, 334, 344, 345, 349, 354, 355, 360, 361, 362, 365 e 372 foram emitidas com regularidade para um mesmo destinatário e em quantidade considerável da mercadoria. Citando o art. 36, do RICMS/97, opinou pela procedência parcial da autuação.

Chamado para tomar conhecimento da informação prestada pelo autuante, o contribuinte se manifestou, ratificando seu entendimento inicial. Afirmou que, embora o preposto fiscal tenha feito um trabalho de saneamento bastante “zeloso”, a autuação não merecia prosperar, pois as notas fiscais que não foram excluídas do levantamento foram emitidas para a empresa Esquema Representações Ltda, que é sua representante desde abril de 1996, conforme comprovava a cópia

de contrato que anexou aos autos. Nesta situação, não envia os CD's para revenda mas sim para divulgação em rádios e pontos de vendas em todo o Estado da Bahia. Considerando a extensão territorial deste Estado, com centenas de pontos de vendas, as quantidades emitidas não podiam ser consideradas “*anormais*” ou ilegais, sendo efetuadas dentro da razoabilidade. Acrescentou, ainda, que se não houver divulgação das músicas, existirá prejuízo para todos (representante, representado e Estado) e que se a fiscalização tivesse sido realizada *in loco* com certeza não haveria a autuação. Em seguida requereu, caso persistissem as dúvidas, diligência em sua escrita fiscal e contábil e a cópia de todo o processo, com o envio para seu endereço, observando que arcará com as custas.

Posteriormente, o autuado enviou e-mail à Repartição Fiscal requerendo que fosse enviada uma relação das notas fiscais que o preposto fiscal não aceitou excluir da autuação, uma vez que na sua informação somente a elas se referiu através dos números de folhas do PAF. Esta solicitação foi atendida e ao contribuinte foi enviada a relação, reabrindo-se prazo para manifestação do sujeito passivo.

Através do Acórdão JF N° 0242-04/05, a 4ª JF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração sob o entendimento de que:

- a) para obter cópia do PAF o contribuinte deve fazê-lo através de requerimento específico para esta finalidade;
- b) quanto ao pedido de diligência fiscal, o mesmo deve ser rejeitado, tendo em vista o convencimento para o deslinde da presente lide, à luz do art. 147, I, “a”, do RPAF/99;
- c) no que concerne ao *meritum causae*, convém ressaltar que CD's estão enquadrados no regime da substituição tributária, conforme preceitua o art. 353, II, 20, do RICMS/97, e, não havendo convênios e protocolos firmados entre os estados brasileiros, o imposto deve ser antecipado pelo remetente das mercadorias e estabelecido em outra unidade da Federação (responsabilidade por substituição) – art. 373, do RICMS/97; no caso vertente, a base desta determinação é o Protocolo ICM n.º 19/85, e posteriores alterações, acordo firmado entre os Estados da Federação; inexistiu lide a respeito desta obrigação tributária, tendo sido a mesma estabelecida em face de o autuante ter entendido que as operações de vendas realizadas foram para consumidor final e para a empresa Esquema Representações Ltda, seu representante neste Estado, que recebia os CD's não para revenda, mas sim para divulgação do produto; *pari passu*, após analisar o argumento de defesa e as cópias das notas fiscais trazidas aos autos, a autuante concordou quanto à exclusão das vendas a consumidor final, não aceitando, porém, a exclusão dos documentos emitidos para a empresa Esquema Representações Ltda.;
- d) da análise das peças constitutivas do presente Auto de Infração, de fato, a maioria dos documentos foi emitida à consumidor final e, portanto, devem ser excluídos da autuação; todavia, com relação às operações com a empresa Esquema Representações Ltda, não há como prosperar a defesa apresentada, uma vez que pelo contrato de representação trazido aos autos pelo próprio impugnante, o representante fazia vendas diretas conforme cláusulas 9ª a 15ª dos produtos do autuado, razão pela qual, ao contrário do que afirmou o autuado, os CD's enviados a título de “*divulgação*” não se limitavam a serem entregues à rádios ou outros pontos de vendas; não é razoável um representante de uma empresa receber, mensalmente e na quantidade apurada, conforme indicado na parte final do voto, CD's apenas para “*divulgação*”; causa, no mínimo, estranheza o fato de que em todas as notas fiscais emitidas para a Esquema Representações Ltda, como operação de divulgação, e somente nelas, ter a seguinte observação: “*Não trabalhamos com mercadoria consignada. Devoluções e/ou trocas, devem obedecer aos critérios da empresa. O frete da devolução é sempre por conta do cliente*”; no campo dos documentos fiscais “*dados adicionais*”, constam os números dos pedidos de compra;
- e) aplica-se ao caso vertente o art. 5.º, da Lei n.º 7.014/96, cujo teor transcreveu, devendo, portanto, manter-se a autuação em relação às operações realizadas com a empresa Esquema Representações Ltda, conforme demonstrado no quadro explicativo e demonstrativo de débito, constantes do voto;

f) a Nota Fiscal nº 47425, trazida pelo defendente, não foi incluída no levantamento fiscal, pelo que, embora o autuante tenha, na sua informação fiscal, a ela se reportado, ela não integra a lide.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 4.ª JF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, invocando, inicialmente, o art. 2.º, do Decreto n.º 7.629/99 e art. 2.º, VI, VII, VIII e IX, da Lei n.º 9.784/99, cujo teor transcreveu. Alega que, em verdade, não faz vendas diretas conforme cláusulas contratuais, sendo o instrumento um contrato padrão muito antigo (de 1996), não bastando estar escrito no contrato que o representante está autorizado a efetuar vendas, mas sim que essas vendas tenham efetivamente ocorrido. Assevera que deveria ter sido apurada junto ao representante ou junto ao autuado a verdade material dos fatos, o que não foi feito, faltando segurança jurídica e verdade material na autuação. No que se refere ao fundamento de que não é razoável a quantidade enviada para fins de divulgação, de igual forma, entende que foi ferido o princípio da segurança jurídica, posto que não há indicação clara do que seria “razoável” para o Estado da Bahia. Esclarece que nesse período procurou o recorrente impulsionar as suas vendas, promovendo, de forma mais agressiva, a divulgação de seus produtos. Argumenta que a ilustre relatora considerou que um determinado número de produtos poderiam ter sido enviados para fins de divulgação, razão pela qual, no mínimo, deveria haver uma redução no valor da autuação, o que efetivamente não ocorreu. Aduz que a observação contida no corpo dos documentos fiscais é padrão para todas as remessas efetuadas a representantes ou revendedores, exceto para as pessoas físicas (*consumidores finais*), sendo inverídica a afirmativa de que somente para a Esquema Representações Ltda. é que essa observação existe, conforme documentação anexada às razões recursais. Ademais, o fato de que no campo “dados adicionais” constou o número dos pedidos de compra em nada volem-se contra o recorrente, vez que se trata de um documento interno do mesmo que serve para a venda, troca, simples remessa, remessa para divulgação, etc. Informa que para se ter comprovado tal fato era necessário que se tivesse procedido a uma diligência na escrita fiscal/contábil do recorrente, direito que se encontra precluso. Após reafirmar que a autuação e a Decisão de primeira instância carecem de fundamentação, verdade material e segurança jurídica, além de terem ferido princípios basilares do direito administrativo fiscal, roga pelo acolhimento do Recurso interposto, a fim de que seja o mesmo parcialmente provido, desconstituindo-se a parte que lhe foi desfavorável na Decisão recorrida.

Em seu Parecer, a representante da PGE/PROFIS entende, inicialmente, que não se vislumbram as nulidades suscitadas pelo recorrente, uma vez que o processo administrativo fiscal transcorre dentro das normas previstas, inexistindo insegurança na infração, cerceamento de defesa, tendo se baseado em documentos juntados aos autos pelo autuante. Afirma que os elementos constantes das notas fiscais trazidas aos autos, assim como o contrato social trazido pela defesa, indica que a empresa Esquema Representações Ltda estava autorizada a comercializar os produtos do autuado, bem assim que essa não admitia venda por consignação e que as devoluções deveriam ser por conta dos clientes. Além disso, as quantidades constantes das notas fiscais não se adequam à tese de produtos para divulgação. Logo, tudo leva a crer que se trata de remessa para comercialização que, caso não tivesse ocorrido, caberia ao recorrente comprovar cabalmente em sentido contrário. Assevera que o recorrente pretende distorcer as regras básicas de divisão do ônus da prova, pois quer ver provado pelo Fisco a efetiva comercialização, o que não é o caso. Aduz que a operação tributada por antecipação é a remessa que indica comercialização pelos elementos já elencados, fato que, se não for verdadeiro, caberia ao recorrente provar em sentido contrário o que não ocorreu no caso presente, razão pela qual opina pelo não provimento do Recurso Voluntário interposto.

Excluído: i

VOTO

Razão alguma assiste ao recorrente. Senão, vejamos.

Da análise dos fatos e documentos que instruem o presente processo administrativo fiscal, depreende-se, com clareza solar, que o recorrente realmente realizou operações de venda com a empresa Esquema Representações Ltda, tendo em vista que, como brilhantemente esposado na Decisão de primeira instância:

1. “pelo contrato de representação trazido aos autos pelo próprio impugnante, o representante fazia vendas diretas conforme cláusulas 9ª a 15ª dos produtos do autuado. Portanto, ao contrário do que afirmou, os CD’s enviados a título de “divulgação” não se limitavam a serem entregues às rádios ou outros pontos de vendas.
2. Não é razoável, um representante de uma empresa receber, mensalmente e na quantidade apurada, conforme abaixo indicado, CD’s apenas para “divulgação”.
3. Causa, no mínimo estranheza, o fato de que em todas as notas fiscais emitidas para a Esquema Representações Ltda, como operação de divulgação, e somente nelas, ter a seguinte observação: “Não trabalhamos com mercadoria consignada. Devoluções e/ou trocas, devem obedecer aos critérios da empresa. O frete da devolução é sempre por conta do cliente”.
4. No campo dos documentos fiscais “dados adicionais” constam os números dos pedidos de compra.”

Ora, estava a citada empresa autorizada a comercializar os produtos do autuado, não admitindo a mesma venda por consignação e que as devoluções deveriam ser por conta dos clientes. Ademais, as quantidades indicadas das notas fiscais não se adequam à tese de produtos para divulgação.

Assim, tudo leva a crer que as operações realizadas se tratavam de remessa para comercialização, cabendo ao recorrente a efetiva e cabal demonstração em sentido contrário, ou seja, de que as operações não foram destinadas à venda.

Manifesto que, *in casu*, o *onus probandi* era do recorrente, e não do Fisco Estadual, que apresentou evidências concretas de que se tratava de comercialização junto àquela empresa, ao contrário do que pugnou o contribuinte.

Note-se que a operação tributada por antecipação é a remessa, a qual indica comercialização, em face dos robustos elementos já elencados, fato que, se não for verdadeiro, deveria ter sido elidido por parte do recorrente, o que efetivamente não ocorreu.

Ex positis, com espeque no Parecer emitido pela representante da PGE/PROFIS, como se aqui estivesse literalmente transcrito, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo *in totum* a referida Decisão que decretou a procedência parcial do Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 207109.0007/04-2, lavrado contra **CID ENTERTAINMENT LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **RS\$4.014,51**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA GE/PROFIS