

A. I. N.º - 108875.0012/05-5
AUTUADO - ROTEIROS DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MATTOS DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 02. 02. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0010-04/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. . Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/05, refere-se à cobrança de ICMS a título de antecipação tributária correspondente a mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS/BA, por falta de escrituração e respectivo lançamento no Registro de Entradas de Mercadorias de notas fiscais relativas a aquisição de “bebidas destiladas” oriundas do Estado de Pernambuco, no valor de R\$ 270.311,80, infração tipificada nos artigos 371, 125 II “b” combinado com o artigo 61 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6284/97 com multa aplicada prevista no artigo 42 II “d” da Lei 7014/96.

O autuado apresenta impugnação às fls. 188 a 212, alegando que a empresa é pessoa jurídica de direito privado, dedicada à exploração do ramo de comércio atacadista de outras bebidas em geral. Admite que a empresa é obrigada por disposição legal, no momento da entrada das mercadorias no estabelecimento, a lançar e recolher sob a égide do instituto da substituição tributária o tributo devido referente às operações subseqüentes, encerrando, por conseguinte, a fase tributária futura. E que não se afasta dessa obrigação e no fiel cumprimento da legislação específica. Afirma, todavia, que não adquiriu qualquer das mercadorias mencionadas no auto de infração. Discorre longamente sobre disposições constitucionais que amparam a cobrança do tributo de competência estadual esclarecendo que a circulação das mercadorias não pode ser meramente física, pressupondo a transferência de posse ou de propriedade da mercadoria, reiterando que sem a mudança de titularidade não há que se falar em tributação por meio do ICMS. Cita o entendimento de renomados juristas como Hugo de Brito Machado e Roque Carraza sobre a questão da transferência de propriedade, essencial para a subsunção da norma relativa às operações de mercadorias e que opera-se somente com a tradição destas, uma vez que caracterizadas como bens móveis sujeito a mercancia. Assim, somente com a entrada no estabelecimento comprador ter-se-ia o fato gerador do ICMS. Ratifica a sua impugnação, afirmando que a mera circulação da nota fiscal sem o acompanhamento das mercadorias não basta para a confirmação do fato gerador. Indica também a falta de registro no sistema

informatizado da SEFAZ, denominado CFAMT das notas fiscais objeto da autuação, o que caracteriza a inexistência de circulação física das mercadorias, levantando a hipótese das mercadorias sequer ter deixado o Estado de origem, além de conterem no campo relativo a transporte a expressão “retira FOB” sem que a empresa vendedora tenha colocado os dados da empresa que realizou os serviços. Por fim, pede nulidade por ilegitimidade passiva sob o argumento da não aquisição das mercadorias, por falta de prova da ocorrência do fato gerador e pelo grau de incerteza e insegurança na identificação da infração e na determinação do infrator. Quanto ao mérito, considera que as notas fiscais que ampararam o auto de infração são inidôneas, pela falta de circulação física das mercadorias e a prova do efetivo ingresso das mercadorias em território baiano. Informa que notificou extrajudicialmente as empresas fornecedoras: Pernod Ricard Brasil, Campari do Brasil e Seagram do Brasil, para que se manifestassem a respeito do assunto (fls. 214 a 222), e que fosse aplicado os dispositivos prelecionados no artigo 112 III do CTN que reza uma interpretação mais favorável ao contribuinte. Ainda com relação à matéria objeto da lavratura do auto de infração pede diligência para que preposto fiscal estranho ao feito: a) pesquise no banco de dados da Sefaz a existência de via capturada no posto fiscal; b) proceda a circularização de informações com os emitentes das notas fiscais para encontrar o verdadeiro destinatário das mercadorias c) proceda diligência no Estado de Pernambuco para identificar se as mercadorias circularam nos postos fiscais do interior e de fronteira; d) realização de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias que comprove a omissão de entradas.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 41 e 42), diz que o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2005 em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, referente às aquisições de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Refuta todas as alegações da defesa aduzindo inclusive que a autuada está inscrita no cadastro da Sefaz na atividade “Comércio atacadista de carnes e produtos de carne” (fl. 20). Argúi que a autuada não trouxe aos autos nenhum elemento de prova que pudesse elidir a acusação e que a autuação está albergada no processo 221660/2004-6 (fls 224 a 226), fundado no conjunto de notas fiscais recolhidas junto aos emitentes (fls 31 a 112). Aberta vistas à autuada, em face dos novos documentos apensados aos autos, a impugnante adita a defesa anterior, mantendo integralmente o teor da peça defensiva, e reiterando todas as razões de defesa anteriormente colocadas. Por sua vez o autuante manifesta-se mais uma vez, ratificando inteiramente o procedimento fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor de R\$ 270.311,80, além de multa de 60% por descumprimento de obrigação principal, por falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, correspondentes a mercadorias elencadas no anexo 88 do RICMS/BA.

Rejeitada a preliminar de nulidade, por ilegitimidade passiva, (falta da ocorrência do fato gerador e não aquisição de mercadorias), tendo em vista que além do Auto de Infração estar revestido de todas as formalidades legais previstas no art. 39 do RPAF, as provas presentes nos autos – cópia das notas fiscais de aquisição- demonstram claramente que as mercadorias foram endereçadas e adquiridas pela autuada.

Quanto ao pleito para realização de diligência, ao nosso ver é desnecessária, considerando que as provas constantes nos autos são suficientes para firmar o nosso entendimento.

No mérito, a legislação vigente, estabelece em relação aos adquirentes de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, não havendo acordo interestadual em que haja previsão da retenção do imposto, a sua responsabilidade pelo pagamento do imposto por antecipação tributária relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas

mercadorias. Assim, constata-se que o imposto reclamado no presente processo encontra-se amparado na legislação, conforme art. 371, alínea "b", do RICMS/97, dispositivo vigente à época.

Vale ressaltar que operação, circulação e mercadorias são conceitos profundamente interligados e complementares, que não podem ser analisados em separado, sem que o intérprete se dê conta de suas profundas inter-relações. Com efeito, o contrato de compra e venda em si, isoladamente, embora perfeito, não transfere o domínio, quer no direito civil, quer no direito comercial, sem a tradição, assim, a circulação de mercadoria é conceito complementar importante porque representa a tradição da coisa, execução de um contrato translativo, movimentação que faz a transferência do domínio e configura circulação jurídica, marcada pelo *animus* de alterar a titularidade. Tradição, nas coisas móveis, é o ato mediante o qual se transforma o direito pessoal em real, com a entrega, ao comprador, da *res vendita*. Com a entrega ao adquirente, a ele se transfere o domínio da coisa. Em suma. É a tradição- não o contrato de compra e venda- que produz a transferência do domínio.

Lembramos, entretanto, que a tradição pode dar-se numa das seguintes modalidades: real, simbólica, consensual ou constituto possessório. Tradição real: quando o vendedor entrega a coisa vendida ao comprador, transferindo-lhe a posse e o domínio. Tradição consensual: ocorre quando o vendedor declara seu propósito de manter a coisa a disposição do comprador podendo ser *brevi manu*, quando o comprador adquire bem que já se encontrava em sua posse ou tradição *longa manu*, quando a entrega do bem é realizada por terceiro a partir de ordem do tradente. Constituto possessório: quando o vendedor perde a posse do bem, adquirida pelo comprador, mas, autorizado por este, continua detendo a coisa em nome e por conta do comprador. Qualquer delas tem o condão de abrir espaço à exigência do ICMS. No caso em tela, houve uma tradição simbólica, que por intermédio de sinais figurativos que a ordem jurídica considera aptos a revelar que o bem já teve sua posse e seu domínio transferidos, do vendedor para o comprador. Há aí atos equivalentes à entrega da coisa, que, por isso mesmo, produzem os mesmos efeitos jurídicos: ordem de entrega, emissão de recibos, endosso de títulos à ordem, emissão de nota fiscal-fatura etc.

O autuado, devidamente representado pelo seu advogado, apesar da ampla e detalhada contestação, não apresentou qualquer elemento para contrapor os valores apurados no Auto de Infração, alegando em suma que não adquiriu as mercadorias (bebidas destiladas) e que o ônus da prova é do Fisco, entendendo que neste caso, em virtude de o Auto ser com base em relação às notas fiscais coletadas junto aos emitentes, não existe prova material da circulação física da mercadoria. Observo que o levantamento fiscal está lastreado em notas fiscais relacionadas nos demonstrativos às fls. 31 a 112 dos autos, ressaltando-se que não houve a juntada de qualquer elemento pelo autuado para contrapor o levantamento fiscal, e a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada de provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações (art. 123 do RPAF/99), e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99). Assim, considero subsistente a exigência do imposto.

No tocante as notas fiscais anexadas aos autos as mesmas servem de prova material da aquisição das mercadorias nelas constantes não cabendo simplesmente a alegação do autuado de que não as adquiriu. Cabe ao autuado caso sinta-se prejudicado tomar as medidas judiciais cabíveis junto aos emitentes das notas fiscais pelo uso indevido de seus dados cadastrais. Houve, neste caso, efetivamente a circulação jurídica das mercadorias e, por conseguinte a transferência da sua posse e propriedade, que tanto pode ter sido concretizada através da tradição real ou simbólica.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da ^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 108875.0012/05-5**, lavrado contra **ROTEIROS DISTRIBUIÇÃO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 270.311,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42 II “d” da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2006.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR