

**PROCESSO** - A. I. Nº 206954.0009/08-1  
**RECORRENTE** - CASA SILVA CALÇADOS LTDA. (SILVA CALÇADOS)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0304-03/09  
**ORIGEM** - INFAZ VITORIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 02/12/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0413-11/10

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não foi comprovado o pagamento da antecipação tributária, conforme prevê a legislação, sendo o autuado considerado responsável pelo recolhimento do imposto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 3ª JF – através do Acórdão nº 0304-03/09 - que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Consta que os produtos são calçados, adquiridos de contribuinte não inscrito – pessoa física – sem recolhimento da substituição tributária, no mês de junho de 2005.

Em Primeira Instância, o julgamento pela procedência da autuação trouxe as seguintes fundamentações como embasamento ao seu “*decisum*”, resumidamente:

- I. que o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de calçados, mercadorias relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, sendo que o autuado alega que as mercadorias adquiridas pertenciam à empresa Soares e Botelho, CNPJ 01.032.576/0001-01, com sede na cidade de Vitória da Conquista, e esta tendo acumulado lucro, fez distribuição desses lucros ao seu sócio majoritário - Daniel Soares Neto – repassando, como pagamento a este sócio, mercadorias do estoque, no valor do lucro que lhe cabia, tendo o sócio em referência lhe vendido as mercadorias, acobertadas pelos documentos fiscais que o próprio autuado emitiu, e que originaram o presente lançamento;
- II. que os documentos acostados aos autos pelo sujeito passivo não comprovam que o imposto exigido foi recolhido por antecipação, em relação às mercadorias objeto da autuação, haja vista que foi apresentada apenas uma relação do estoque existente em 09/06/2005, da empresa Eduardo C. S. Botelho & Cia.Ltda.;
- III. que, de acordo com o art. 359 do RICMS/BA, “*o contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterá, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo*”: “*ICMS PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA*”, mas, no caso em exame, não foi comprovada a emissão de documento fiscal correspondente à saída da mercadoria com imposto pa como prevê a legislação;

- IV. que na aquisição interestadual de calçados, mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária interna, a necessidade de recolhimento do imposto por antecipação é prevista no art. 125, do RICMS/97, o qual transcreve;
- V. que, como não foi comprovado o pagamento da antecipação tributária, conforme prevê a legislação, o autuado é considerado responsável pelo pagamento do tributo, sendo exigido o recolhimento do imposto no momento da caracterização da responsabilidade, considerando que o autuado adquiriu mercadorias de pessoa física não obrigada à emissão de documento fiscal, fato mencionado pelo próprio sujeito passivo e comprovado pelas notas fiscais objeto da autuação fiscal;
- VI. que, assim, é subsistente a exigência fiscal, no valor apurado pela autuante, tendo em vista que não foi comprovado o recolhimento da antecipação do imposto no prazo regulamentar.

Inconformado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário, pleiteando a modificação da Decisão recorrida, repetindo integralmente as alegações apresentadas em sua defesa, nos seguintes termos, em síntese:

- I. que os julgadores de primeira Instância, de forma equivocada, confirmaram o lançamento, o que não pode prevalecer, sob pena de não se fazer a justiça fiscal e homologar cobrança de tributos em duplicidade;
- II. que o imposto exigido já foi recolhido pela verdadeira responsável por substituição tributária, visto que as mercadorias adquiridas pelo recorrente pertenciam à empresa Soares e Botelho, com sede na cidade de Vitória da Conquista/BA, inscrita no CNPJ sob o nº 01.032.576/0001-01, que, por ter lucro acumulado, a empresa Soares Botelho fez uma distribuição desses lucros ao seu sócio majoritário, repassando como pagamento a ele mercadorias de seu estoque, no valor do lucro que lhe cabia, conforme se comprovou com a juntada da competente alteração contratual devidamente registrada na Junta Comercial do Estado da Bahia;
- III. que feito o lançamento contábil distribuindo os lucros para os sócios, debitando a conta de Lucros e creditando a conta de Estoques de Mercadorias, com as mercadorias sob sua propriedade, o Sr Daniel Soares Neto vendeu as mercadorias para a empresa recorrente, emitindo os documentos fiscais que originaram o lançamento em tela;
- IV. que as mercadorias adquiridas pelo recorrente são as mesmas que eram da empresa Soares e Botelho Ltda., o que se verifica por simples análise do livro de inventário da mesma, que segue anexada cópia, e que por serem as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o ICMS foi recolhido pela empresa Soares e Botelho quando as adquiriu da indústria, não devendo ser novamente exigido, prescrevendo a legislação do Estado da Bahia que mercadorias já tributadas neste regime ficam isentas em operações posteriores, descabendo, pois, o lançamento, sob pena de se homologar uma cobrança em duplicidade, e por consequência, enriquecimento indevido do Estado.

Em seu Parecer opinativo – às fls. 126 a 128 – a representante da PGE/PROFIS opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário, asseverando que da análise das razões recusaís, estão ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido. Aduz que o recorrente alega cobrança em duplicidade do imposto, sem, contudo, comprovar o recolhimento da antecipação.

Registra, ainda, que os documentos colacionados aos autos pelo recorrente não comprovam o recolhimento do imposto, haja vista tratar-se de simples relação de estoque da empresa Botelho & Cia. Ltda., e que, em conformidade com o art. 359 do RICMS/97, a Bahia, ao contribuirista substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria ou antecipado, emitir documento fiscal, sem destaque do imposto,

requisitos exigidos, a declaração certificando pagamento do ICMS por substituição tributária. Finaliza, ressaltando que, como não há prova do recolhimento da antecipação tributária, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto pertence ao contribuinte adquirente de mercadorias perante pessoa física, não obrigada para emissão de documento fiscal.

## VOTO

De logo, devemos consignar que a Decisão recorrida não merece reparos, visto que o julgamento pela manutenção da exigência fiscal baseou-se na legislação pertinente, não se desincumbindo o sujeito passivo de elidir a infração que lhe foi imputada, muito embora entendamos necessário apontar algumas questões não suscitadas no Julgado em referência.

Devemos, inicialmente, consignar que o produto calçados é sujeito ao regime de substituição tributária apenas nas operações internas, não havendo acordo interestadual que preveja tal regime. Embora a imputação descrita na peça inicial da autuação seja de falta de recolhimento do ICMS-ST, por antecipação, em operação de aquisição interestadual, restou esclarecido que se tratava de aquisição interna de calçados, produtos apenas sujeitos à substituição tributária nas operações internas, repetimos. Como o próprio sujeito passivo confessa a aquisição dentro do Estado e demonstrou perfeitamente ter plena ciência do que lhe foi imputado, o equívoco na imputação não se constitui em mácula que inquine de nulidade o referido lançamento de ofício.

Assim, nas aquisições de calçados oriundos de outros Estados da Federação, cabe ao contribuinte adquirente aqui estabelecido efetuar o recolhimento do imposto por antecipação, nos termos do art. 125, II, “b” do RICMS/BA, abaixo transcrito. Por sua vez, em se tratando de aquisições dentro do Estado, caso dos autos, cabe ao adquirente o recolhimento do imposto, também por antecipação, a menos que o imposto já tenha sido recolhido anteriormente, nos termos do art. 355, inciso II, do mesmo diploma legal, que abaixo também transcrevemos:

***Art. 125.** O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:*

***II -** na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:*

***b)** tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;*

***Art. 353.** São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

***II -** o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

*32. calçados - NCM 6401, 6402, 6403, 6403 e 6405.*

Como bem frisou a JJF e a PGE/PROFIS, a documentação acostada aos autos pelo recorrente, ainda em sede de Impugnação, não se presta a elidir a exigência fiscal, visto que a cópia anexada como sendo do livro Registro de Inventário da empresa Soares e Botelho não possibilita comprovar que as mercadorias ali listadas são as mesmas descritas nas notas fiscais da autuação, e muito menos a alteração contratual apresentada permite comprovar a alegada distribuição de lucros a pessoa do sócio através de mercadorias adquiridas anteriormente pela referida empresa.

No entanto, se restasse comprovado que as mercadorias são de fato as mesmas anteriormente adquiridas pela empresa Soares e Botelho, estabelecida neste Estado, ainda que não restasse comprovado o pagamento do imposto devido a título de antecipação, seria possível perfeitamente aplicar a regra do art. 354 do RICMS/BA, abaixo transcrita, sob a responsabilidade do contribuinte substituído - condição que se adequa

segundo adquirente na cadeia de comercialização do referido produto dentro do Estado - pelo não pagamento do imposto pelo contribuinte substituto, nas operações internas, apenas atribuindo a este o recolhimento das parcelas relativas ao frete e seguro, acaso não incluídas na base de cálculo da substituição tributária, no momento da emissão do documento fiscal.

*“Art. 354. Nas operações internas, a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade supletiva do contribuinte substituído, unicamente quando a retenção do imposto for feita sem a inclusão, na base de cálculo, dos valores referentes a frete e seguro, por não serem esses valores conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal, hipótese em que caberá ao destinatário recolher o imposto sobre as referidas parcelas (art. 357, parágrafo único, e art. 125, II, “i”, item 2).”*

Assim, à míngua destas comprovações, cujo ônus cabe ao sujeito passivo, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo e homologando a Decisão recorrida.

## 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 **206954.0009/08-1**, lavrado contra **CASA SILVA CALÇADOS LTDA. (SILVA CALÇADOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$54.916,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS