

PROCESSO - A. I. Nº 206915.0001/10-8
RECORRENTE - ALAGOINHAS TECIDOS E CONFECÇÕES LTDA. (MUNDIAL TECIDOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ºJF nº 0228-04/10
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 26/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0381-12/11

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fatos comprovados no PAF. Infração caracterizada. 2. 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, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, no qual impugna a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 19/02/2010, que exige ICMS, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no valor histórico total de R\$ 61.054,35, em razão de terem sido constatadas as irregularidades abaixo citadas.

- 1- Entradas de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Consta que o autuado não efetuou nos seus livros Registros de Entradas números 3 e 4, os lançamentos de diversas notas fiscais, referentes aos exercícios de 2005 e 2006, apreendidas em postos desta Secretaria da Fazenda e registradas no sistema informatizado de nome CFAMT, que controla as notas fiscais de mercadorias em trânsito. Apensadas aos autos vias dos citados documentos fiscais, cópias dos livros Registros de Entradas e demonstrativos de débito. Multa de 10%, no valor de R\$ 30.394,19, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.
- 2- Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, relacionadas nos Anexos 88/89 do RICMS/BA. Consignou-se no corpo da peça inicial que o ilícito refere-se a compras de calçados, cujas notas fiscais também foram apreendidas em postos fiscais, registradas no CFAMT e colacionadas aos autos, conforme demonstrativo denominado “*Levantamento Fiscal de Antecipação e/ou Substituição Tributária nas Entradas*”. Valor exigido de R\$ 30.660,16 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Cientificado da autuação, o recorrente interpôs defesa inicial combatendo as infrações consignadas no Auto de Infração em epígrafe, nos termos constantes às fls. 518 a 523 dos autos.

Em resposta ao teor da defesa interposta, o autuante prestou informação fiscal às fls. 531 a 533, rebatendo os argumentos defensivos e mantendo a autuação na sua inteireza.

Os autos foram encaminhados para julgamento da 4ª Junta de julgamento Fiscal que após análise dos mesmos, exarou a seguinte Decisão, transcrita *in verbis*:

“Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos respectivos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos argumentos abordados na impugnação, na narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.

O defendente possui legitimidade para figurar no pólo passivo da presente relação jurídica processual, conforme fundamentação tracejada linhas abaixo.

Por conseguinte, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte.

No mérito, com relação à infração 01, a fiscalização juntou ao PAF vias das notas fiscais destinadas ao autuado (fls. 42 a 298), não registradas no Livro de Entradas. Logo, não tendo feito a escrituração, é cabível a multa por descumprimento de obrigação acessória.

No que tange à constitucionalidade ou eventual antinomia com a legislação de regência das relações jurídicas de direito privado (títulos de crédito) não podem ser apreciadas por este órgão, seja por força do quanto disposto no art. 167, I do RPAF/99, seja pela própria natureza da Lei de Duplicatas, que não se destina a regular questões referentes a tributos.

Quanto ao ICMS por antecipação tributária, cuja constitucionalidade também não será objeto deste julgamento, com supedâneo no mesmo artigo do RPAF/99, acima mencionado, encontra fundamento no art. 353, II, item 32 c/c 371 do RICMS/BA.

O primeiro estabelece a responsabilidade, pelo lançamento e recolhimento do ICMS, do contribuinte que efetuar saídas de calçados destinados a outro não inscrito no Cadastro da SEFAZ, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, no caso de tê-los recebido sem o recolhimento antecipado (calçados - NCM 6401, 6402, 6403, 6404 e 6405 - Lei nº 8.534/02).

A redação do art. 371 do RICMS/BA determina que, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do tributo devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

Já o art. 40 do RICMS/BA traz a regra de que são sujeitos passivos por substituição as pessoas que se enquadrarem na situação do art. 353, nos casos de substituição tributária por antecipação.

Assim, são improcedentes os argumentos de que o autuado não é sujeito passivo por substituição, visto que as mercadorias que lhe foram destinadas estão enquadradas nos dispositivos da legislação, acima citados, que regem a substituição tributária interna.

Desse modo, a legitimidade passiva é inquestionável, uma vez que os dispositivos regulamentares acima citados, no que tange ao autuado, determinam a sua responsabilidade por substituição, na medida em que se referem ao ICMS relativo às suas próprias operações e às subseqüentes, desde que fiquem comprovadas as aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto.

O impugnante não trouxe ao processo qualquer prova de pagamento do imposto.

A base de cálculo da infração 02 não foi constituída de forma aleatória, mas de acordo com o levantamento de fls. 19 a 41, onde a margem de valor adicionado é de 35%, de acordo com o item 34 do Anexo 88 do RICMS/BA.

Com relação à alegação defensiva de que as notas fiscais objeto das infrações não dizem respeito a operações realizadas pelo contribuinte, de modo a concluir em sentido contrário, vejo que foram todas coletadas em postos fiscais de fronteira, fato que demonstra a circulação física neste Estado.

Igualmente, tais documentos indicam mercadorias típicas do giro operacional do defendente, números de pedidos (por exemplo, a nota fiscal 342.968, de fl. 256), transportadores e duplicatas com datas de vencimento, provas suficientes das respectivas aquisições. O autuado teve oportunidade de apresentar elementos em contrário, mas não o fez.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado que a Decisão acima que manteve o Auto de Infração na sua íntegra, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, que repisa, em parte, a defesa inicial. Nesta peça recursal, o recorrente, inicialmente alega, em linhas gerais que, os argumentos trazidos na sua defesa exordial não foram na verdade apreciados, o que justifica a improcedência da autuação.

No que se refere à infração 1, contesta tal imputação fiscal, arguindo que não houve prova material da infração, uma vez que esta seria os recibos assinados pelo comprador comprovando a entrega da mercadoria.

Se não existe este recibo, não existe prova da entrega da mercadoria, até porque, qualquer empresa pode fazer pedidos usando o CNPJ e endereço de outra empresa, criando aí uma fraude, que é exatamente o que aconteceu com a contestante.

Salientou que a fiscalização se limitou a apresentar cópias reprográficas de notas fiscais, mas não apresentou o comprovante de recebimento da entrada das mercadorias. Para o recorrente o autuante poderia ter se aprofundado e buscado outras espécies de levantamento fiscal. Por exemplo, efetuar um levantamento financeiro comparando o faturamento com as despesas de entradas, para verificar se haveria uma “*defasagem natural*” entre tais valores confrontados.

No que se refere à infração 2, alegou que a substituição tributária só acontece quando a empresa integra a relação que faz nascer a obrigação tributária, o que se denomina em Direito Tributário, de solidariedade (artigo 124, CTN).

O recorrente argumenta que não participou nem tinha como participar da situação que fez surgir o fato gerador do ICMS, pois essa relação de natureza comercial se efetivou apenas entre varejista e o consumidor final, não havendo operações posteriores.

Ressaltou que a empresa não tem nenhuma vinculação nas operações acontecidas entre os varejistas e os respectivos consumidores adquirentes das mercadorias, logo não pode assumir responsabilidade por obrigação tributária surgida nessa relação.

Afirmou que a base de cálculo é aleatória e que é inconstitucional a retenção de ICMS na fonte. No seu entendimento o substituto é aquele que, vinculado a uma situação geradora de tributo, por força de lei, passa a assumir a responsabilidade pela obrigação tributária resultante.

Concluiu requerendo que seja acolhido o presente Recurso, para reformar a “*sentença singular e absolver a empresa*”.

Encaminhado os autos para o Parecer opinativo da D. PGE/PROFIS, o referido órgão de controle da legalidade, por meio da ilustre procuradora, Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, emitiu o seu entendimento jurídico acerca da matéria em lide.

Segundo a preclara procuradora, no que tange a infração 1, as notas fiscais coletadas junto ao CFAMT e trazidas aos autos administrativos, indicam com precisão os dados cadastrais do autuado e também fazem prova da circulação das mercadorias em território baiano, além do que descrevem mercadorias comercializadas pelo recorrente.

Citou jurisprudência do próprio CONSEF para demonstrar que é pacificado que as notas fiscais capturadas junto ao CFAMT fazem prova da circulação da mercadoria no Estado Baiano, concluindo-se que o destinatário recebeu as mercadorias.

Quanto à infração 2, a procuradora afirmou que esta imputação fiscal encontra-se prevista na legislação tributária estadual, está corretamente tipificada e comprovada nos autos, e, em sede de Recurso Voluntário, não fora apresentado pelo sujeito passivo, qualquer dado fático ou jurídico

capaz de provocar a modificação da Decisão de Primeira Instância administrativa, com a qual a PGE/PROFIS se coaduna integralmente.

Sendo assim, concluiu opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Pude constatar que se trata de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de 1ª Instância que julgou procedente o Auto de Infração, lavrado em 19/02/2010, para exigir ICMS, adicionado de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor histórico total de R\$61.054,35, decorrente de duas infrações. A primeira imputação refere-se a entrada de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, ou seja, o recorrente não efetuou nos seus livros Registros de Entradas números 3 e 4, os lançamentos de diversas notas fiscais, referentes aos exercícios de 2005 e 2006, apreendidas em postos desta Secretaria da Fazenda e registradas no sistema informatizado de nome CFAMT, que controla as notas fiscais de mercadorias em trânsito; a segunda infração é concernente ao não recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

Compulsando os autos, verifico não assistir razão ao recorrente, em face de falta de amparo legal dos argumentos trazidos à baila na sua peça recursal.

Inicialmente, o recorrente argui que os argumentos da sua defesa não foram enfrentados pela 4ª JJF com base nos documentos e da legislação, pedindo assim a improcedência da autuação. Não vislumbro em que o sujeito passivo se baseia, já que na própria peça recursal ele ataca os elementos trazidos pela 4ª JJF para fundamentar seu julgamento, tendo a autuação e o julgamento de 1ª Instância cumprido as formalidades legais à luz da lei e dos documentos acostados aos autos. É mister ressaltar, a grande maioria das notas fiscais se refere a vendas a prazo ao adquirente, no caso em tela, o recorrente.

No que tange à **infração 1**, o argumento do recorrente para elidir a imputação fiscal tem como fulcro a não comprovação nos autos de que tenha havido a entrega e a entrada das mercadorias. Esta prova estaria em recibos firmados pelo comprador, logo *“se não existe recibo não existe prova da entrega da mercadoria”*. Portanto, de acordo com a peça recursal, o autuante não poderia acusar o recorrente de não ter lançado as referidas notas na sua escrita fiscal, inclusive poderia ter adotado outros roteiros para comprovar se de fato houve entrada das mercadorias, a exemplo de um levantamento financeiro entre o faturamento e as despesas do recorrente.

Com a devida vênia, os argumentos do sujeito passivo em nada permitem elidir o lançamento de ofício em análise. Esta é uma matéria já amplamente discutida e julgada no seio do CONSEF e não identifico nos seus argumentos qualquer amparo legal, de natureza fática ou jurídica, capaz de elidir a infração em foco. As notas fiscais acostadas aos autos em fotocópia foram coletadas através do sistema CFAMT e se revestem de legitimidade, indicando com clareza os dados cadastrais do autuado, as mercadorias que se coadunam com os produtos comercializados pelo recorrente, constituindo-se em prova da sua circulação no Estado da Bahia e destinadas ao recorrente, inclusive as aludidas notas fiscais se encontram acostadas às fls. 42 a 298, sem que tenham sido registradas no Livro de Entradas do recorrente, como apurado pela fiscalização. Isto enseja a multa por descumprimento de obrigação acessória, cerne da infração.

Entendo que caberia ao recorrente provar ou pelo menos trazer indícios de que tais documentos e as mercadorias nele constantes não tiveram efeito legal, ou seja, as notas fiscais e as mercadorias nelas consignadas não foram entregues ao recorrente, o que elidiria a obrigação da escrituração fiscal de tais documentos pela ilegitimidade dos mesmos, fato que não ocorreu. Inclusive, vale registrar que se pode constatar nos autos que as notas fiscais foram todas coletadas em postos fiscais de fronteira, fato que demonstra a circulação física neste Estado.

No que tange à **infração 2**, a alegação do recorrente é de que não pode figurar no polo passivo,

vez que é comércio varejista, já que a relação de natureza comercial se efetivou apenas entre varejista e o consumidor final, não havendo operações posteriores.

Sob esta alegação, entendo que a Decisão da 4ª JJF foi acertada, visto que o recorrente constituiu-se na figura do substituto tributário com base no art. 353, II, item 32 c/c 371 do RICMS/BA, ou seja, o recorrente adquiriu calçados de outras unidades federativas para fins de posterior comercialização, sendo que tais unidades não possuem acordos com o Estado da Bahia, exigindo-se que o sujeito passivo procedesse o recolhimento do imposto por antecipação na condição de substituto tributário.

O art. 371 do RICMS/BA exige do contribuinte o pagamento antecipado do ICMS devido às suas próprias operações e às operações posteriores com as referidas mercadorias advindas de outros estados brasileiros, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e tais estados de origem que preveja a retenção do imposto efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125. Por sua vez, o art. 40 do RICMS/BA estabelece que são sujeitos passivos por substituição as pessoas que se enquadrarem na situação do art. 353, nos casos de substituição tributária por antecipação, como pontuou a 4ª JJF no bojo de sua Decisão acima transcrita.

A alegação do recorrente de que a base de cálculo estipulada nesta infração foi aleatória e que padece de inconstitucionalidade a retenção de ICMS na fonte, tal argumento não merece guarida. Quanto ao aspecto de sua constitucionalidade, não cabe a este órgão julgador apreciar tal matéria por força do quanto disposto no art. 167, I do RPAF/99. No que tange a base de cálculo, esta foi constituída com base no levantamento de fls. 19 a 41, onde a margem de valor adicionado é de 35%, de acordo com o item 34 do Anexo 88 do RICMS/BA.

Por tudo quanto exposto, à luz dos documentos constantes dos autos e da legislação aplicável, entendo que as alegações do recorrente não foram capazes de elidir ou gerar dúvidas acerca da justa Decisão exarada pela 1ª Instância de julgamento, de modo que voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

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** o Auto de Infração nº **206915.0001/10-8**, lavrado contra **ALAGOINHAS TECIDOS E CONFECÇÕES LTDA. (MUNDIAL TECIDOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.660,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$30.394,19**, prevista no art. 42, IX, da mesma lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CBRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS