

PROCESSO - A. I. N° 232400.0003/10-4
RECORRENTE - VIDEOLAR S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0172-01/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 25/10/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0332-11/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDA PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. As mercadorias objeto da autuação são enquadradas no regime de substituição tributária, e o Protocolo ICM 19/85 prevê a faculdade de o Estado de destino atribuir a obrigação pela retenção do imposto ao remetente da mercadoria, nas operações interestaduais. A legislação baiana, com base no referido protocolo, prevê a retenção do imposto pelo remetente. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 13/12/2010 para exigir ICMS no valor de R\$ 10.101,38, acrescido da multa de 60%, por imputar o não recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro a dezembro de 2009.

Em Primeira Instância a lide foi dirimida sob os seguintes fundamentos:

"Inicialmente, não acolho o argumento de nulidade do Auto de Infração por enquadramento do fato em norma do Protocolo ICM 19/85, haja vista que tal fato não se constitui vício do procedimento capaz de determinar a invalidade do ato de lançamento, pois a descrição do fato foi feita de forma clara e precisa. Cabe observar que a atribuição da responsabilidade tributária pelo regime de substituição tributária é matéria de reserva legal, ou seja, somente pode ser estabelecida por lei. Dessa forma, sendo o protocolo, espécie do gênero convênio, efetivamente não pode ser considerado como lei, sendo, em verdade, um ato em que os Estados, no intuito de uniformizar normas ou procedimentos, se comprometem a elaborar suas leis internas em consonância com os parâmetros traçados no acordo interestadual."

Saliento que no Estado da Bahia a legislação do ICMS disciplina a substituição tributária nos arts. 8º a 12 e no art. 23 da Lei nº 7.014/96, assim como nos arts. 353 a 382 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Observo que o disco fonográfico, a fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, estão contemplados no subitem 20 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, em conformidade com a Lei nº 7.667/00. O art. 370 do RICMS/BA prevê que, nas operações interestaduais, a substituição tributária é regida conforme o disposto nos artigos que o seguem e nos convênios e protocolos firmados para esse fim entre a Bahia e as demais unidades da Federação. Já no art. 372, é regulada a substituição tributária nas operações interestaduais quando há convênio ou protocolo. A substituição tributária nas operações interestaduais com as mercadorias em questão é regulada pelo Protocolo ICMS 19/85, portanto, sendo aplicável a substituição tributária na situação em exame.

Verifico que a autuação expõe com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos.

Não vislumbro qualquer violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa ou do contraditório. Noto que o impugnante abordou todos os aspectos da acusação fiscal na impugnação apresentada, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputada, deixando claro que é conhecedor do motivo da autuação.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista a incorrencia de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No que concerne à alegação defensiva referente à incidência de juros antes da Decisão final transitada em julgado, convém observar que a incidência de acréscimos moratórios conforme indicado no Auto de Infração, tem previsão no art. 51 da Lei 7.014/96 e no art. 138-B do RICMS/BA, não merecendo qualquer reparo essa indicação no lançamento, pois em conformidade com a legislação do ICMS.

No que diz respeito à alegação de que a multa é confiscatória, esclareço que esta foi corretamente indicada no presente caso, estando prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

No que diz respeito à argüição de inconstitucionalidade, cabe-me consignar que em conformidade com o art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a apreciação de matéria atinente à inconstitucionalidade do ato.

No tocante à diligência requerida, indefiro o pedido por considerar desnecessária sua realização, haja vista que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação do meu convencimento sobre a Decisão da lide, inexistindo equívocos ou elementos de dúvidas que capaz de ensejar a necessidade de qualquer esclarecimento técnico. Noto que os levantamentos e documentos acostados aos autos demonstram a autoria e a materialidade dos fatos, de forma que, conforme dito acima, mostra-se desnecessária a realização de diligência. Indefiro, portanto, o pedido com fulcro no art. 147, inciso II, “a” do RPAF/99.

No mérito, verifico que o autuado impugna apenas as notas fiscais relacionadas no “anexo I” da defesa, significando dizer que reconhece o cometimento da infração quanto às demais notas fiscais arroladas na autuação.

No que concerne às notas fiscais impugnadas, constato que a autuante agiu acertadamente ao não acatar as razões de defesa, haja vista que em conformidade com os documentos cadastrais dos destinatários, estes não estavam na condição de prestador de serviços não contribuintes do ICMS, conforme alegado pelo impugnante.

Isto porque a análise dos documentos acostados pela autuante permite concluir que, efetivamente, os destinatários das mercadorias, no caso, Locadora de Fitas de Vídeo Amorim Ltda., CNPJ 00.935.394/0001-70; Vivo Eunápolis Comércio de Produtos Eletrônicos Ltda., CNPJ 04.838.565/0001-01; M OF Comércio de CDs Ltda., CNPJ 05.665.959/0001-60; Movie Store Com. e Serviços Ltda., CNPJ 61959760001-43; Maximus Comércio de DVD Ltda., CNPJ 08.087.095/0001-34; Gilson Antonio Lourenço Trindade, CNPJ 33.845.520/0001-54, estão cadastrados na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia na condição de contribuintes do ICMS, constando nos registros cadastrais que exercem a atividade comercial, inexistindo qualquer elemento nos autos que indique situação diversa.

Desta forma, concluo que não procede a alegação defensiva de que é aplicável ao caso a disposição do art. 355, inciso IV do RICMS/BA, que veda a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e a preendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como de competência tributária dos municípios, sendo a mercadoria destinada a emprego na prestação de tal serviço.

No que diz respeito ao Acórdão JJF Nº 0066-05/10, invocado pelo impugnante para fundamentar seu argumento de que descabe a exigência fiscal, observo que a Decisão deu pela procedência parcial do Auto de Infração, em razão de alguns dos destinatários praticarem, efetivamente, prestação de serviços de locação, o que não é aplicável ao caso em tela pelas razões acima esposadas.

Diante do exposto, considero integralmente subsistente a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Apresentando resistência ao julgado de piso, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 376/391, insistindo na mesma tese defensiva para, inicialmente, ressaltar a sua atividade comercial como sendo do segmento de industrialização e comercialização de mídias em CD e DVD.

Em sede de preliminar, invoca a nulidade da autuação alegando ausência de enquadramento legal inconsistente por nela conter tão só o Protocolo ICM 19/85 o que diz obstar a identificação da natureza da infração que lhe está sendo imputada e que o teor do disposto no art. 19 do RPAF/99 o dispositivo legal do Regulamento deve ser identificado e não apenas o Protocolo como ocorreu, e

com desobediência ao que prescreve o art. 39, inciso V, do mesmo RPAF/99 que exige a indicação do dispositivo da legislação tributária relativa a cada situação, por ter sido mencionadas as cláusulas do Protocolo ICM 19/85 que, serve tanto para autorizar a substituição tributária para as operações subsequentes, como também para a entrada destinada ao uso e consumo do estabelecimento destinatário, razão pela qual fica difícil saber ao certo sobre o que está sendo acusado, considerando que conforme será visto no tópico atinente ao mérito da presente autuação, algumas operações foram realizadas com empresas não contribuintes do ICMS, o que impossibilita completamente o recolhimento de ICMS referente à substituição tributária.

Ainda em sede de preliminar, argui a nulidade do lançamento por considerar ausente a vinculação entre o fato e a norma a ofender o princípio da vinculação, do ato vinculado, nos termos do art. 142 do CTN, sendo corolário do art. 5º da Constituição Federal, e que para lavrar o Auto de Infração, mister extraír do mundo fenomênico determinado evento previsto em lei abstratamente como possível de criar determinada obrigação tributária, isto é, se as operações escolhidas são ou não sujeitas ao sistema de substituição tributária, e que assim deveria ter antes constatado se os estabelecimentos localizados no Estado da Bahia destinaram tais mercadorias ao comércio e apenas após esclarecido isto se positivamente, verificaria se é devido o ICMS pelo regime de ST. Se negativamente, não se poderia aplicá-lo por faltar autorização legal e concluir que do exame do PAF não houve verificação pelo Fisco se as mercadorias adquiridas foram ou não destinadas ao comércio, contrariamente, militando em seu favor que na maioria todos os estabelecimentos têm como atividade principal à locação de vídeos, a evidenciar que a aquisição dificilmente foi destinada ao comércio.

Destaca que pela própria quantidade, com poucas notas fiscais, com volume muito pequeno se observa que a situação presente não induz à presunção de revenda, e que de qualquer modo o regime de substituição tributária não poderia ser aplicado com relação às notas fiscais constantes da autuação, citando que em 22/09/2009, a mesma autuante lavrou o Auto de Infração 269203.0004/09-9, sob o mesmo fundamento, de que não havia sido recolhido o ICMS-ST em operações de circulação de mercadoria com contribuintes localizados no Estado da Bahia e que, conforme ficou provado nesse PAF foi proferido o Acórdão JJF Nº. 0066-05/10 pela não aplicação do regime de substituição tributária já que várias das referidas notas fiscais tinham como destinatários não contribuintes do imposto na região, transcrevendo parcialmente o voto condutor.

Diz que a situação do presente Auto de Infração é exatamente a mesma de inaplicabilidade do sistema de substituição tributária para as notas fiscais à luz do art. 355 do RICMS que é no sentido de que não se aplica a retenção do imposto em aquisições de outra unidade da Federação quando a mercadoria for destinada a consumidor final e também nos casos em que a operação subsequente seja amparada por isenção ou não incidência.

No tocante às multas no percentual de 60%, alega que há afronta ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e que nunca poderiam corresponder a mais da metade do valor do tributo supostamente não recolhido, pois esta quantificação fere tais princípios que são basilares citando decisões na ADI MC 10/75/DF, ADIN 1094, RESP 728.999, ADIN 551-1 RJ, Apelação em MS 94.03.072819-1, TRF 3ª Região, Apelação cível 97.03.069148-0, TRF 3ª Região. E que por isso não resta dúvida de que houve o confisco ao serem aplicadas penalidades nessas proporções. Idem quanto aos juros e que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas que os juros devem incidir a partir do momento em que tal ou qual obrigação passa a ser exigível, a teor do que do art. 394 do CC que transcreveu, citando o art. 110 e o art. 151 do CTN.

Pugna pela nulidade da autuação e, no mérito, pela sua improcedência.

Requer, ainda, caso não seja aceito o pedido anterior, a realização de diligência, a fim de que seja verificado junto a cada estabelecimento destinatário das notas fiscais impugnadas, se a mercadoria adquirida foi destinada a prestação de serviço ou se foi destinada a comercialização.

Requer, sucessivamente, a desconstituição da multa de 60% e dos juros a teor do art. 151 do CTN.

Requer, finalmente, sejam imputados os pagamentos das demais notas fiscais não discutidas no presente Auto de Infração com o benefício de redução da multa previsto na legislação do ICMS.

Instada a se posicionar em derredor das alegações recursais, a PGE/PROFIS exarou Parecer às fls. 414 a 417, procedendo, inicialmente, a uma síntese dos atos processuais, afirmando que as imputações encontram-se alicerçadas na legislação tributária estadual e que todas as alegações de constitucionalidade devem ser rejeitadas por faltar a esta CJF competência material para deliberar sobre tal matéria consoante o disposto no art. 167, I do RPAF/BA. Idem no que toca ao caráter confiscatório das multas como alegado pelo contribuinte. Acerca dos juros, disse não ser plausível a insurgência do sujeito passivo, visto que tem arrimo no art. 51, da Lei nº 7.014/96 e no art. 138-B do RICMS-BA, afirmando que as garantias do devido processo legal foram respeitadas.

No que pertine ao mérito, registrou que o regime de ICMS-ST é de matéria de reserva legal disciplinada nos arts. 8º a 12 e no art. 23 da Lei nº 7.014/96, como também nos arts. 353 a 382 do RICMS-BA.

Pontua que os discos fonográficos, fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som e imagem estão contemplados no subitem 20, II, do art. 353 do RICMS em conformidade com a Lei nº 7.667/00 e que o art. 370 do RICMS-BA determina que nas operações interestaduais, a substituição tributária é regida conforme o disposto nos artigos que o seguem e nos convênios e protocolos firmados entre o Estado da Bahia e demais unidades federativas, e que, no caso, para essas mercadorias tem regulação pelo Protocolo ICMS 19-85.

Discorda da necessidade de realização de diligência ao autuante por estarem espelhados nos levantamentos e documentos fiscais reveladores da materialidade dos fatos sem que a matéria careça de conhecimento especial para ser dirimida. Por fim, menciona o art. 355, IV, do RICMS/BA que veda a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outras unidades federativas ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando se destinar a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar da competência dos municípios, mas, que, entretanto, no caso presente, há prova de que os destinatários estão cadastrados na SEFAZ/BA como contribuintes do ICMS. Opina, por derradeiro, pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

De logo, quanto às preliminares, comungo do mesmo entendimento esposado no julgado de base e no Parecer da Procuradoria, pois do exame dos autos não infiro qualquer mácula que inquine o auto infracional, tendo sido respeitado o devido processo legal, também discordando da necessidade de realização de diligência já que nos autos residem provas bastantes e capazes de elucidar a verdade material para um justo julgamento.

Com efeito, devo reportar-me à fl. 363 da Decisão recorrida por constar preciso esclarecimento com os dispositivos legais acerca da substituição tributária nas operações interestaduais envolvendo mercadorias – disco fonográficos e outros supra referidos -, previstos no art. 353, II, do RICMS-BA e da Lei nº 7.666/00 e, ainda, à vista da regra do art. 370 que prevê a hipótese de existência de convênios e protocolos firmados entre o Estado da Bahia e outras unidades federadas além de haver menção às regras do Protocolo ICM 19/85, normas estas que dão abrigo legal à autuação.

Ademais disto, também verifico que conforme evidenciam os documentos de fls. 54, 65, 66, 67, 68, 69, 70 e 71, os destinatários das mercadorias, como ressaltado no julgado de piso à fl. 364, se tratam de contribuintes cadastrados na SEFAZ/BA na condição de comerciantes e não que exercem exclusivamente a prestação de serviço, como alegou o sujeito passivo.

Todavia, não concluo na mesma direção, pois, como se verifica dos autos, a quantidade dessas mercadorias contidas nas notas fiscais-DANFES são em quantidades ínfimas que não levam de

modo algum à ilação de que foram adquiridas para revenda e, sim, para locação como consumidor final, como sustentado pela defesa pertinentemente.

Além disto, infiro também que consta a alíquota interna de 17%, e não a interestadual. Logo, em sendo assim, divirjo dos Julgadores de 1º grau para acolher o argumento defensivo de que é aplicável a regra do art. 353, IV, do RICMS/BA, pois apesar das empresas destinatárias estarem cadastradas como atividade principal o comércio varejista, os elementos constantes das notas não indicam o intuito comercial que justificaria a cobrança do imposto por substituição tributária. Infração não caracterizada.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, considerando, assim, a PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para que sejam excluídas as notas fiscais impugnadas, devendo ser mantidas aquelas por ele reconhecidas às fl. 91, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO REMANESCENTE		
MÊS	NOTA FISCAL Nº	VALOR DEVIDO (R\$)
JANEIRO	142736	41,56
FEVEREIRO	166487	24,46
MAIO	194081 / 199804	176,58
JUNHO	208592	83,38
JULHO	220365 / 229127	164,67
SETEMBRO	10439	87,75
OUTUBRO	21449	105,35
TOTAL		683,75

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232400.0003/10-4, lavrado contra **VIDEOLAR S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$683,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS