



**ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 41 / 2002

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

.....ª. SESSÃO DE:/...../02

PROCESSO Nº 1/01421/99

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/199900204

RECORRENTE: MUSICAL COMERCIAL DE DISCOS LTDA.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: JOSÉ RAIMUNDO MORAIS VILAR

CONSELHEIRO RELATOR: ALFREDO ROGÉRIO GOMES DE BRITO

EMENTA: ICMS/Substituição Tributária – *Falta de recolhimento.* Autuação decorrente da falta de retenção do imposto devido por ST. O exame de mérito na impugnação e recurso não demonstrou o recolhimento, pelo remetente nem pelo destinatário. Auto de Infração *procedente.* Confirmada a decisão – procedência - proferida na instância singular, com esteio nos arts. 73/74 do Dec. nº 24.569/97 (RICMS). Penalidade prevista na Lei nº 12.670/96, com literal reprodução no art. 878, I, “c” do RICMS. Recurso tempestivo conhecido, provimento negado. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da exordial (*o Auto de Infração*) do p. processo verifica-se que os documentos fiscais se referem a mercadorias adquiridas em operações interestaduais ou que ingressaram no estabelecimento por meio de transferência ou devolução de estabelecimentos filiais.

Tais mercadorias estão sujeitas, em parte, respectivamente, a regime de substituição tributária e parte em regime normal de pagamento.

Consta que aludido ingresso de mercadorias se deu de forma irregular porque sem cobertura de documentos fiscais e, mesmo as que ingressaram por transferência ou devolução,

tais operações transcorreram com a emissão de nota fiscal em entrada, apesar das filiais terem organização administrativa suficiente para a respectiva emissão do documento fiscal que atestasse a respectiva saída.

Os documentos emitidos em entradas, pelo próprio estabelecimento fiscalizado, não contém nenhum indicativo de que o imposto substituto ou o normal tenha sido retido na origem ou pago pelo filial remetente e nem fazem nenhuma referência à operação originária de remessa e nem foram, sequer, escriturados no LR Entradas. Entretanto, estão escriturados no LR Saídas como documentos fiscais cancelados, vez que foram utilizados para a cobertura de entradas de mercadorias.

As provas dos autos são as cópias de tais documentos fiscais, emitidos em entradas, dos livros *Registro de Entradas e Registro de Saídas*, a memória de cálculos, constituída em planilha cujo esboço se vêem no doc. *Informações Complementares ao Auto de Infração*.

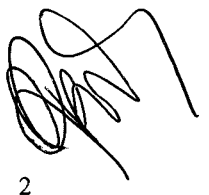
O feito fora impugnado na instância inicial e do exame operou-se o julgamento de *procedência* da ação fiscal.

Inconformada com a decisão singular, a autuada interpôs recurso a este colendo *Conselho de Recursos Tributários*, reiterando os argumentos expendidos na fase impugnatória, requerendo, preliminarmente, nulidade do processo e no mérito, a improcedência do auto de infração, reformando *in totum* a decisão singular.

A *Consultoria Tributária do Contencioso Administrativo Tributário*, em *Parecer* com aprovo da *Procuradoria Geral do Estado*, sugeriu a manutenção do entendimento firmado na 1ª instância.

É o relatório.

ARGB



VOTO DO RELATOR

Preliminar de Nulidade

O recorrente apresenta a título de prejudicial de mérito a preliminar de nulidade vazada nos seguintes termos:

“... é de considerar ter havido, in casu, evidente vício de ordem formal, a nulificar a autuação ora impugnada [...] não houve qualquer lavratura de termo de abertura da ação fiscal”.

Compulsando o processo, às fls. 06, vê-se constar no documento denominado *Termo de Início de Fiscalização - TIF*, assinatura e carimbo de *Lúcia Helena*, Gerente Geral da Tok Discos. Este (*doc.*) é formulário emitido eletronicamente, logo, padronizado em sistema desenvolvido pela SEFAZ/Ce., na forma estabelecida no art. 821 do Dec. nº 24.569/97 – o RICMS.

“Art. 821. A ação fiscal começará com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, do qual constará, necessariamente:” *(seguem seis incisos)*

Por não vislumbrar cometimento de ilegalidade pelas autoridades fiscais, e ao que nos parece, terem atuado nos limites que contornam os princípios norteadores dos atos administrativos, ***rejeitamos de plano a preliminar suscitada***, pelo que se deduz do exame do documento (TIF) de anterior referência, gizado na disposição regulamentar evocada, em consonância ao comando estatuído no art. 196 do CTN, *in verbis*.

“Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a qualquer tarefa de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas”.

“Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo”.

Análise de Mérito

São argumentos trazidos à colação:


1. A *inconstitucionalidade* do mecanismo Substituição Tributária;
2. Que as operações acobertadas pelas notas fiscais objeto da autuação não admitem a cobrança de ICMS, por tratar-se de *transferência* entre estabelecimentos de uma mesma empresa;
3. Requer produção de *provas por meio de perícia*, tendo indicado o assistente técnico para esse mister, somente.

Sobre a Inconstitucionalidade

Já não comporta mais discutir acerca de inconstitucionalidade em matéria de substituição tributária, desde o advento da *Emenda Constitucional 03/93*, a partir da qual silenciaram sobre a questão quem ainda relutava em sustentar a tese. De há algum tempo a temática nem ao menos tem tido abordagem em publicações especializadas. Matéria com matriz constitucional, e ainda que não fosse, sob tal prisma, este órgão, situado na seara administrativa, *data vênia*, também não poderia examiná-lo, vez que se operaria em invasão de competência cerrada ao Poder Judiciário.

No ensejo, é oportuno ressaltar que ao enfrentar o tema, tanto o STJ como STF rechaçaram a pecha de inconstitucionalidade sobre o mecanismo. A título de exemplo, o Pretório Excelso – STF -, no *Recurso Especial* [nº190317/SP (DJ 01.10.99)] em que fora relator o Min. Moreira Alves, em lapidar voto assim posicionou-se: “O Plenário desta Corte, ao terminar, há pouco, o julgamento do RE 213.396, relativo a esse regime de substituição Tributária, afastou as diversas objeções concernentes à sua constitucionalidade, inclusive a veiculada neste recurso, a saber: a da ofensa ao Princípio da Não-Cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da CF/88).

Manejando o recurso, resolvo constituir-se prejudicado a primeira questão sobreposta.

4 

“...Que as operações acobertadas pelas notas fiscais objeto da atuação não admitem a cobrança de ICMS, por tratar-se de transferência entre estabelecimentos de uma mesma empresa.”

Ora, compulsando os autos se verifica que o contribuinte emitira notas fiscais assinalando a quadricula [X] em entrada, de mercadorias – sujeitas à substituição tributária - remetidas d'outro estabelecimento de mesmo titular, grafando como “transferência” a natureza da operação.

Em face do que se observa em cotejo ao argumento recorrente que acima destaquei, conduz à reflexão:

- ***Em que situação deverá ser emitida nota fiscal em entrada?***

Como o fato *ut-supra* está albergado no RICMS - Dec. nº 24.569/97 - RICMS, calha que se examine deste a previsão plasmada no Art. 180 “caput”, os incisos I ao VI e § 3º inclusive.

Dali se extrai elenco exaustivo de possibilidades [*remetentes: particulares, produtores agropecuários, pessoas físicas ou jurídicas não obrigadas à emissão de NF etc etc*]. No entanto, dada a natureza da obrigação assente – transferência – tal rubrica não está regularmente autorizada. As operações em transferência, na forma efetuada, - de absoluta falta de amparo legal -, não se enquadra em nenhuma das situações prescritas para emissão, pelo próprio destinatário.

É imperioso conceber que, dispondo de documentos fiscais, deveria o estabelecimento remetente emití-los. Não se demonstrou nenhuma razão valiosa para justificar porque, neste ato se confundem emitente e destinatário.

Outro aspecto a considerar é o de que “em tal operação não incide ICMS.” Basta manusear o caderno de provas, os tais documentos fiscais, vê-se que notas foram emitidas com destaque.

5 

Também, das cópias de folhas do *LR Entradas* anexadas aos autos, pelos agentes do Fisco, consta o registro do crédito do aludido imposto.

A rigor, não haveria a cobrança do ICMS normal em transferência de mercadorias sujeitas a substituição tributária entre estabelecimentos do mesmo titular, no caso em que a operação estiver acobertada por documentação fiscal idônea, com a devida escrituração no *LR Saídas* da emitente, o que, no presente caso, não ocorreu.

Efetivamente, ante os aspectos analisados e examinados, não há, verdadeiramente, como evitar a cobrança do ICMS, já que o contribuinte, aqui recorrente, tendo duas oportunidades para comprovar a retenção da ST pelo fornecedor não o fez, como também poderia ter comprovado o pagamento do tributo por ocasião das entradas no Estado.

O Decreto nº 23.552/94 é determinante do regime de ST sob os disco fonográfico, fita virgem ou grafada, filme fotográfico e cinematográfico e slide, nas operações de importação, internas e interestaduais com as unidades signatárias dos Protocolos 15/85, 19/85 e ICMS 48/91 e 15/94, atribuindo ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de contribuinte substituto, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas saídas subseqüentes, ou entrada para uso ou consumo do destinatário.

A legislação tributária cearense Estado – *dec. assinalado* -, assinala que no recebimento daquelas mercadorias [*disco fonográfico, fita virgem ou grafada, filme fotográfico e cinematográfico e slide*] sem que haja sido feita a retenção do ICMS, caberá ao adquirente ou destinatário a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido por ocasião da passagem no primeiro Posto Fiscal de entrada neste Estado, quando se tratar de operação interestadual ou de importação e até o primeiro dia útil subseqüente à entrada da mercadoria no estabelecimento, quando se tratar de operação interna.

Para subsunção à norma, do caso ilustrado no presente processo, reporto-me à previsão da responsabilidade, que se faz assente no Regulamento – Dec. nº 24.569/97, *in verbis*:



“Art. 431. (...)

§ 3º. Além de outras hipóteses previstas na legislação, a substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, quando o documento fiscal próprio não indicar o valor do ICMS objeto da substituição, ou quando o imposto não houver sido retido”

Resolvi grifar (duplamente)

Do mesmo instrumental – RICMS – transcrevemos o disposto no *caput* do artigo 437 e seu § 1º com o grifo intencionalmente assinalamos:

“Art. 437. O imposto devido por substituição tributária será recolhido nos seguintes prazos:

§1º. Na entrada de mercadoria oriunda de outro Estado, sem que haja sido feita a retenção do ICMS pelo estabelecimento remetente, caberá ao destinatário o pagamento do imposto devido, por ocasião da passagem no primeiro posto fiscal de entrada neste Estado”.

Do pedido de Perícia

Verificamos ao longo de todo o exame procedido a certeza em que tenha sido assegurada a garantia constitucional relativa ao *Princípio do Contraditório* e o da *Ampla Defesa* (CF/88 – art. 5º, LV), na observância de que documentos e informações para que a recorrente exercitasse o mandamento constitucional, inclusive prazos que regem o processo administrativo tributário - PAT.

O caso em espécie, bem lembrou a julgadora singular, é daquele em que se inverte o ônus probante, isto é, não cabe ao Fisco buscar as provas que elidam a acusação. Tratando-se de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, caberia ao sujeito passivo a apresentação da prova, na forma contida no *Código de Processo Civil*, de aplicação subsidiária ao PAT - ressaltando:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Em final, ressalte-se:

Caberia ao recorrente demonstrar os 'pontos' da ação fiscal objeto de exame [pericial], apresentando, no contexto, as incorreções porventura detectadas, eis que, no PAT, por essenciais características - celeridade e economia processual -, a lei que o disciplinou estabeleceu previsão para que, diante de reclamos periciais, sejam de logo produzidos os indícios que asseguram a necessidade de sua realização, bem como formulação dos quesitos que tenciona ver esclarecidos, não sendo bastante, tão-somente a indicação do assistente técnico.

Assim, tendo a tudo observado, considerando suficiente as provas já produzidas, indefiro também, nesta instância recursal o pedido de realização de perícia, à luz do que estabelece o art. 59 do Dec. nº 25.468/99, *in verbis*:

"Art. 59. A autoridade julgadora indeferirá, de forma fundamentada, o pedido de diligência ou perícia quando:
I - o prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;
II - for desnecessária em vista de outras provas já produzidas;
III - a verificação for impraticável".

A penalidade aplicável

Pelo o que se observou e restou comprovado, não prova efetiva de que o imposto substituto tenha sido retido nem pago pelo adquirente, responsável, consoante a previsão legal que, no vertente caso, remete à adequação da infração expressa na Lei nº 12.670/96, se reproduz literalmente no art. 878, I, "c":

"Art. 878. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator as seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

I - com relação ao recolhimento do ICMS:

c) falta de recolhimento, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, em todos os casos não compreendidos nas alíneas 'd' e 'e' deste inciso: multa equivalente a uma vez o valor do imposto".

COMPOSIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMSR\$ 56.181,41
MULTA.....R\$ 56.181,41

OBS:

- O recorrente deixou de comprovar o recolhimento referente às notas fiscais abaixo identificadas:

253	3230	3359	3360	3361
3362	3365	3375	3339	3873
3877	3903	Xxxx	xxxx	xxxx

VOTO

Por tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade suscitada e, quanto ao exame de mérito, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª instância, acompanhando o entendimento da douta Procuradoria Geral do Estado.



É como voto.

ARGB


DECISÃO

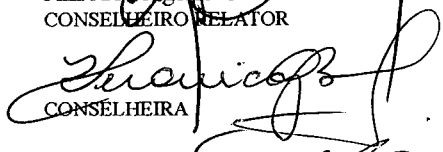
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente a empresa **MUSICAL COMERCIAL DE DISCOS** e recorrido a **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**,

RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários após rejeitar, por unanimidade a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente; no mérito, também por unanimidade de votos, resolvem, conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para o fim de confirmar a decisão condenatória - *procedência* -, exarada na instância monocrática, nos termos do voto do Conselheiro Relator e *Parecer* da douda Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aosde de 2002.


Francisco Paixão Bezerra Cordeiro
PRESIDENTE


Alfredo Rogério Gomes de Brito
CONSELHEIRO RELATOR



CONSELHEIRA


CONSELHEIRO


CONSELHEIRO

PRESENTES:

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO

CONSELHEIRA

CONSELHEIRO

CONSELHEIRO

CONSELHEIRO


CONSULTOR TRIBUTÁRIO