

PROCESSO - A.I. N° 08729620/01
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SUPERMERCADO ALEGRIA DO LAR LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0200-04/02
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 05/11/02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0396-11/02

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE. NOVA DECISÃO. Cabe a responsabilidade e o recolhimento do imposto ao adquirente da mercadoria em situação irregular (inscrição cancelada), ex vi o art. 371, inciso II, alínea “a” e item 2 c/c o art. 125, II, “a” do RICMS/97. Afastada a nulidade decretada pela Junta de Julgamento Fiscal. Decisão modificada, para decretar o retorno dos autos à Primeira Instância para análise de mérito. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A teor do art.169, §2º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, vem o presente processo a esta Câmara para reexame da Decisão exarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0200-04/02, que julgou NULO o Auto de Infração epigrafado.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se à aquisição de mercadorias – óleo de soja – estando com a inscrição estadual cancelada.

A Decisão Recorrida – fls. 44 a 46 – foi no sentido de julgar Nulo o Auto de Infração, utilizando-se da seguinte fundamentação, que ora transcrevemos:

“Afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, pois o erro na tipificação do dispositivo infringido não é razão para a nulidade do lançamento, uma vez que a descrição do fato é satisfatória e deixa evidente o enquadramento legal, conforme prevê o art. 19 do RPAF/99.

Com relação à ausência do demonstrativo de débito no lançamento, entendo que a falha pode ser suprida, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/99. Com esse propósito, solicite diligência saneadora, a qual supriu a omissão existente nos autos, sendo entregue cópia da mesma ao autuado e sendo concedido o prazo de lei para que ele se manifestasse.

Com fulcro no art. 20 do RPAF/99, de ofício, passo a analisar a legitimidade passiva do autuado.

Para melhor entendimento do meu posicionamento, relembro que o imposto cobrado na presente autuação foi o devido, por antecipação tributária, em decorrência de o adquirente estar com a sua inscrição cadastral cancelada.

Inicialmente, ressalto que estou de pleno acordo com o auditor fiscal quando ele afirma que o autuado, no momento da ação fiscal, se encontrava com a inscrição cadastral cancelada, fato que é reconhecido pelo próprio autuado. Assim, para todos os efeitos, naquele momento, o autuado era

considerado como um contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS).

Analisando a Nota Fiscal nº 70429 (fl. 2), verifico que a mesma era referente a uma aquisição de 150 caixas de óleo de soja marca Liza, ou seja, 3.000 latas de óleo. Evidentemente, essa aquisição era destinada à comercialização, pois fere o bom senso admitir que um usuário final comprasse, de uma só vez, tal quantidade de óleo de soja. Observo que o vendedor e o adquirente da mercadoria estavam localizados no Estado da Bahia, isso é, tratava-se de uma operação interna.

Na situação descrita acima, por força do art. 353, I, do RICMS-BA/97, o vendedor da mercadoria era o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto. Assim, o imposto não deveria ter sido cobrado do destinatário (autuado), e sim, do remetente da mercadoria. Nem mesmo utilizando o instituto da responsabilidade supletiva, poderia o tributo ser exigido do autuado. O ICMS em questão só seria devido pelo autuado, se a operação fosse interestadual.

Em face do exposto acima, entendo que a presente autuação padece do vício da ilegitimidade passiva, que a fulmina no seu nascedouro.

Quanto à restituição do valor já pago e homologado, deverá o autuado solicitar à repartição fiscal de seu domicílio a restituição do indébito, conforme previsto no RPAF/99, não cabendo a este colegiado oficiar à repartição fazendária o pedido de restituição.

Represento a autoridade competente para que providencie ação fiscal, junto ao remetente das mercadorias, a fim de exigir o imposto que deixou de ser pago, por substituição tributária, apurado no presente lançamento.

Pelo acima exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, nos termos do art. 18, IV, "b", do RPAF/BA/99."

Após análise, o Presidente do Conselho de Fazenda recorre de ofício a esta Câmara de Julgamento Fiscal – à fl. 47 - por entender que o resultado do julgamento "...configura Decisão manifestamente contrária à legislação tributária, bem como ao entendimento manifestado em julgamentos reiterados do CONSEF e às provas constantes dos autos, às fls.25,26 e 3)."'

VOTO

Da análise dos autos, entendemos que de fato merece reparos a Decisão Recorrida, posto que a regra do art. 353, inciso I, citada como embasadora da alegada ilegitimidade passiva do autuado, aplica-se na operação interna de venda de mercadoria a contribuinte *não inscrito*, quando então o remetente da mercadoria, *antes da saída da mercadoria*, efetua o destaque do imposto devido pelo adquirente não inscrito, na condição de contribuinte substituto., recolhendo o imposto por antecipação, no prazo estabelecido na legislação. No caso em epígrafe, o autuado foi flagrado em trânsito com a mercadoria, tendo sido constatado que o mesmo estava com inscrição cancelada, o que o torna em situação irregular, cabendo, assim, a cobrança do imposto no momento da constatação da infração, sendo responsável pelo pagamento do imposto o adquirente da mercadoria.

Neste sentido, não há que se falar em responsabilidade do vendedor das mercadorias, e sim do contribuinte que as adquiriu e estava dando trânsito às mesmas, embora estivesse com a sua inscrição no cadastro de contribuinte do ICMS cancelada.

Frise-se, por outro lado, que a legislação em nenhum momento equipara o contribuinte não inscrito com o contribuinte com inscrição cancelada, premissa equivocada dos eminentes julgadores da Junta de Julgamento Fiscal que os levaram a concluir equivocadamente pela existência de ilegitimidade passiva, que, como vimos, não se encontra presente na autuação.

Do exposto, somos pelo PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício, entendendo que deva ser afastada a ilegitimidade passiva decretada pela Primeira Instância, pelos fundamentos acima expostos, cabendo o retorno dos autos à 4^a Junta de Julgamento Fiscal, para análise do mérito da exigência fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para **ANULAR** a Decisão Recorrida e decretar o retorno dos autos à Primeira Instância para análise de mérito do Auto de Infração nº 8729620/01 julgado nulo, lavrado contra **SUPERMERCADO ALEGRIA DO LAR LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2002.

NELSON TEIEIRA BRANDÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE - RELATORA

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ