

A. I. N° - 110526.0068/04-0
AUTUADO - ATACADÃO DISTRIBUIDORA, COMÉRCIO E INDÚSTRIA
AUTUANTE - ANTONIO ARAÚJO AGUIAR
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 06.12.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0474-03/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. De acordo com o Convênio ICMS n° 74/94, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias, cabia ao industrial fabricante e ao importador a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do ICMS, por substituição tributária. Acorde o Protocolo ICMS n° 17/95, também celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias, cabia ao industrial fabricante, ao importador e ao atacadista, a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do ICMS, por substituição tributária. No presente caso, é indevida a exigência do imposto do remetente, por ilegitimidade passiva, uma vez que se trata de estabelecimento varejista, conforme a informação obtida no SINTEGRA, na Receita Federal e no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia. Rejeitado o pedido de diligência. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 06/08/04 no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$14.357,36, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, na transferência de mercadorias enquadradas na substituição tributária (reatores, tintas e vernizes), ainda que para uso ou consumo do destinatário filial localizado no Estado da Bahia, conforme as Notas Fiscais n°s 494142 e 494135 e o Termo de Apreensão n° 210943.0012/04-8 acostados aos autos (fls. 5, 6, 8 e 9).

O autuado apresentou defesa (fls. 19 a 27), argumentando que é um estabelecimento matriz e desenvolve a atividade de comércio atacadista e varejista, com filiais na Bahia, cumprindo regularmente as suas obrigações tributárias.

Aduz que a operação objeto deste lançamento foi a transferência de material de uso e consumo para a sua filial em construção no município de Lauro de Freitas – Bahia e, portanto, não haverá venda subsequente, como afirma o autuante, capaz de ensejar a aplicação da Margem de Valor Agregado (MVA), somente admitida legalmente nas operações com mercadorias para revenda.

Ressalta que cumpriu a sua obrigação, ao recolher a diferença de alíquotas em relação às mercadorias constantes nas aludidas notas fiscais, no valor de R\$8.602,60, conforme o DAE juntado à fl. 37. Impugna também a inclusão da MVA de 40% e 35%, pois entende que o correto

seria manter os valores das mercadorias constantes nos documentos fiscais, resultando na diferença de alíquotas de 10%.

Quanto à multa de 60%, alega que é descabida, já que não houve descumprimento de obrigação tributária, considerando que o Convênio ICMS nº 74/94 e o Protocolo ICMS nº 17/95 “atribuem a responsabilidade pela retenção e recolhimento da diferença de alíquota apenas para o industrial e importador”, e, mesmo que houvesse a obrigatoriedade de pagamento de tributo, entende que ele deveria incidir sobre a base de cálculo sem o acréscimo da MVA. Advoga a tese de que caberia apenas uma multa por descumprimento de obrigação acessória, pois “quando o contribuinte substituto deixa de reter e recolher o imposto, o contribuinte substituído responde subsidiariamente pela antecipação, e, foi isso que ocorreu, o destinatário ao receber o documento fiscal fruto da operação, recolheu o valor do tributo referente a diferença de alíquota antes do prazo legal”. Transcreve os artigos 8º, § 5º, e 9º, da Lei nº 7.014/96 e o artigo 125, do Código Tributário Nacional.

Reproduz o texto da Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 74/94 e do Protocolo ICMS nº 17/85 e argumenta que a obrigação de efetuar a retenção e o pagamento do imposto é atribuída ao industrial ou importador e que seu estabelecimento atua no ramo de comércio atacadista e varejista de mercadorias em geral (hipermercado). Sendo assim, destaca que a fase de tributação já estava encerrada, visto que, quando a indústria revendeu os produtos, já teria realizado a retenção do ICMS. De qualquer maneira, diz que o Estado da Bahia não teve prejuízo, haja vista que o imposto foi recolhido pelo destinatário das mercadorias, localizado no território baiano.

Por fim, pede a realização de diligência e a improcedência do Auto de Infração. Na hipótese de procedência do lançamento, requer a exclusão da MVA da base de cálculo do imposto, a exclusão da multa de 60% e a homologação do valor recolhido.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 40 a 42), relata que o autuado remeteu, a título de transferência para sua filial em Lauro de Freitas – Bahia, mercadorias enquadradas na substituição tributária sem a observância dos preceitos legais contidos no RICMS/97, no Convênio ICMS nº 74/94 e no Protocolo ICMS nº 17/85. Transcreve os artigos 125, inciso II, alínea “b”, 370 e 373, do RICMS/97 e diversas cláusulas dos mencionados Convênio e Protocolo para corroborar as suas assertivas.

Conclui dizendo que não se justifica a alegação do autuado de que, “por se tratar de uma transferência, a operação não estaria sujeita à substituição tributária, muito menos a aplicação da MVA, na apuração do cálculo do imposto devido”. Finalmente, solicita a manutenção do lançamento.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado contra uma empresa situada no Estado de São Paulo, em razão da transferência de reatores, tintas e vernizes a estabelecimento filial em construção localizado na cidade de Lauro de Freitas - Bahia, tendo sido o imposto apurado, pela fiscalização, no trânsito de mercadorias.

Verifico, pelos dados constantes no sistema cadastral de contribuintes da Bahia, da Receita Federal e do Estado de São Paulo, que o autuado está inscrito com a atividade de “COMÉRCIO

VAREJISTA DE MERCADORIAS EM GERAL COM PREDOMINÂNCIA EM PRODUTOS ALIMENTÍCIOS - ÁREA DE VENDA SUPERIOR A 5000 METROS QUADRADOS – HIPERMERCADOS”.

O Convênio ICMS nº 74/94, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, estabelece o seguinte:

Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas no anexo deste Convênio ***fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador***, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas, ***ou na entrada para uso ou consumo do destinatário***. (grifos não originais)

Assim, da análise da legislação, constato que, ao contrário do entendimento do preposto fiscal, o autuado não é o sujeito passivo da relação tributária, ora em análise, porque não é o industrial fabricante ou o importador das tintas e vernizes transferidos para a sua filial na Bahia, contribuinte a quem o Convênio, acima transcrito, atribuiu a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária.

Observo, contudo, que, diferentemente do pensamento do autuado, a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, deverá ser obtida, caso não exista tabela de preço estabelecida pelo órgão competente para as tintas e vernizes, tomando-se por base o preço praticado pelo substituto, incluídos o IPI, o frete e as demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, bem como a parcela resultante da aplicação, sobre esse total, do percentual de 35% (MVA), ainda que as mercadorias sejam destinadas a uso e consumo do estabelecimento destinatário (Cláusula primeira combinada com o § 1º da Cláusula terceira do Convênio ICMS 74/94).

Por sua vez, o Protocolo ICMS nº 17/85, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com lâmpadas elétricas, do qual os Estados da Bahia e São Paulo são signatários, prevê o seguinte:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com lâmpada elétrica e eletrônica, classificada nas posições 8539 e 8540, reator e “starter”, classificados nas posições 8504.10.00 e 8536.50.90, respectivamente, todos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado - NBM/SH -, realizadas entre contribuintes situados nos Estados signatários deste protocolo, ***fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador***, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, relativo às saídas subseqüentes, ***bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário***, exceto em relação às operações que destinem o produto ao Estado de São Paulo.” (grifos não originais)

Cláusula segunda No caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou ***estabelecimento atacadista*** com mercadoria a que se refere este Protocolo, a substituição tributária caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente. (grifos não originais)

§ 1º Na hipótese desta cláusula, o distribuidor, o depósito ou o estabelecimento atacadista emitirá nota fiscal para efeito de ressarcimento, junto ao estabelecimento

que tenha efetuado a primeira retenção, do valor do imposto retido em favor do Estado de destino, acompanhada de cópia do respectivo documento de arrecadação.

Por tudo quanto foi exposto, entendo que deve ser declarada a nulidade do valor do débito ora exigido e referente às Notas Fiscais n^{os} 494135 (tintas e vernizes) e 494142 (reatores), uma vez que o autuado não é o sujeito passivo da obrigação tributária, à luz do Convênio ICMS 76/94 e do Protocolo ICMS 17/85, já que está inscrito na condição de comércio varejista – hipermercado, conforme a informação do SINTEGRA, da Receita Federal e do CICMS/BA, muito embora ele tenha mencionado em sua peça defensiva que atua no ramo atacadista e varejista, pois, a meu ver, deve ser aplicada a regra da preponderância da atividade do contribuinte.

O fato de o artigo 373, do RICMS/97 se referir ao “remetente” como responsável pela retenção e recolhimento do imposto, pelo regime de substituição tributária, nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo, deve ser interpretado de acordo com o contexto de cada acordo firmado entre as unidades federativas, uma vez que se trata de um dispositivo inserido de forma genérica na legislação tributária estadual.

Represento, assim, à autoridade fazendária para que instaure novo procedimento fiscal, nos termos do artigo 156, do RPAF/99, junto ao destinatário das mercadorias situado em Lauro de Freitas - Bahia, a fim de se verificar o correto recolhimento do imposto, uma vez que não há previsão, nos acima citados Convênio e Protocolo, para que a retenção e o recolhimento do tributo sejam efetuados pelo estabelecimento varejista remetente em operação interestadual.

Ressalto que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, deve ser obtida, caso não exista tabela de preço estabelecida pelo órgão competente para os reatores, tomando-se por base o preço praticado pelo substituto, incluídos o IPI, o frete e as demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, bem como a parcela resultante da aplicação sobre esse total do percentual de 40% (MVA), ainda que as mercadorias sejam destinadas a uso e consumo do estabelecimento destinatário (Cláusula quarta, do Protocolo ICMS n^o 17/85).

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 110526.0068/04-0**, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIDORA, COMÉRCIO E INDÚSTRIA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR