

A I N° - 88444.1002/05-8

AUTUADO - HUTAMAKI DO BRASIL

AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO e DERNIVAL BERTOLDO SANTOS

ORIGEM - IFMT - DAT/SUL

INTERNET - 07/02/06

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0022-03/06**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Comprovado nos autos que o remetente das mercadorias não figura no polo passivo como contribuinte do ICMS em relação às mercadorias por ele comercializadas, tendo em vista que se trata de comercialização de embalagem e não de produto enquadrado no regime de substituição tributária. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 11/10/05, para exigir ICMS no valor de R\$2.262,24 acrescido da multa de 60%, em virtude da falta de retenção do imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos, que se refere a mercadorias constantes da nota fiscal de nº 149353, relativa a embalagens para sorvete, destinadas à contribuinte com inscrição estadual na condição de inapto.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 19 a 27, alega que a acusação contida na autuação está dissociada da realidade prática e desprovida de validade jurídica conforme passou a expor.

Preliminamente, afirma que no exercício regular de suas atividades, vendeu embalagens de sorvetes para a empresa M. DA S. MERCES SORVETES e que o preposto fiscal exigiu ICMS sob a alegação de que o destinatário se encontrava com sua inscrição inapta no cadastro de contribuintes do imposto.

Diz que restará demonstrado que a autuação não merece prosperar pelos seguintes motivos: a) a informação obtida pelos autuantes estava desatualizada; b) a operação mercantil ocorreu regularmente; c) não há substituição tributária na operação; e d) o “diferencial de alíquota” não é devido pela reclamante e sim pelo destinatário das mercadorias.

Requer a nulidade da autuação, com fundamento no disposto do art. 39 do RPAF/99, que transcreveu à fl. 21, tendo em vista que:

- a) a operação de venda de embalagens plásticas não está sujeita ao recolhimento do imposto por substituição tributária, e;
- b) não há prova no processo de que a inscrição estadual do destinatário estava inepta, tendo os agentes fiscais indicado no Auto de Infração que decorre de “INF. DO INC”.

Cita o pensamento do professor Luiz Henrique Barros Arruda, para reforçar o seu entendimento de que o Auto de Infração não preenche os requisitos exigidos na legislação tributária.

Alega que não tendo lhe sido entregue o demonstrativo mencionado no Auto de Infração, ficou impedido de conhecer o inteiro teor do ilícito que lhe foi imputado, cerceando o seu direito de defesa.

No mérito, diz que se vencido as preliminares de nulidade, junta ao PAF o comprovante da inscrição e situação cadastral do destinatário das mercadorias, que se encontrava em situação regular desde

16/10/04, inclusive deferido alteração cadastral a partir de 18/08/05 perante a Junta Comercial e a Receita Estadual, inexistindo razão para ser considerada inapta.

Afirma que a operação mercantil encontra-se revestida de todos os aspectos legais e que em se tratando de venda de embalagens plásticas, tal mercadoria não está sujeita ao recolhimento do imposto por substituição tributária e se devido o diferencial de alíquota, esta exigência recai sobre o destinatário das mercadorias e não sobre ele que é o remetente das mesmas (art. 5º do RICMS/BA).

Conclui requerendo o cancelamento do presente Auto de Infração.

A informação fiscal foi prestada pelo Auditor Fiscal Silvio Chiarot Souza (fls. 75 e 76) e diz que na descrição dos fatos o autuante relata a infração como sendo de responsabilidade do destinatário por se encontrar em situação inapta, mas, que a infração descrita refere-se a outro fato diferente a “falta de retenção do imposto por substituição tributária nas vendas realizadas a contribuinte localizado no Estado da Bahia”.

Afirma que o autuante optou pela segunda infração, relativa a falta de retenção por substituição tributária sobre sorvetes, nos termos do Protocolo ICMS 45/91, quando o correto seria exigir o imposto por antecipação relativo a embalagens, em decorrência do destinatário estar inapto no cadastro de contribuintes.

Conclui dizendo que conforme disposto no art. 18 do RPAF/99, o autuado não é sujeito passivo da relação jurídica em relação à operação praticada e que o procedimento fiscal deve ser refeito.

## VOTO

O Auto de Infração trata de exigência do ICMS, relativo a falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

O autuado na sua impugnação, suscitou a nulidade da autuação sob alegação de que se trata de operação interestadual de vendas de embalagens plásticas e que esta operação não está sujeita ao regime de substituição tributária, tendo sido acatada pelo Auditor que prestou a informação fiscal.

Conforme cópia da nota fiscal de nº 149353 (fl. 11), constato que se trata de operação de venda de 51.240 embalagens para sorvete e 52.500 tampas, por contribuinte instalado em Pinhais/PR, destinadas a contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Pelo exposto, o produto comercializado (embalagem de sorvete), não é enquadrado no regime de substituição tributária, portanto o estabelecimento remetente (autuado) não figura no polo passivo como contribuinte do imposto (substituto) em relação a esta operação, motivo pelo qual acolho o pedido de nulidade da autuação, formulado pelo autuado, nos termos do art. 18, IV, “b” do RPAF/99.

Recomendo a autoridade fazendária, para adotar as providências necessárias para apurar o imposto devido pelo destinatário das mercadorias.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO**, o Auto de Infração nº **8444.1002/05-8**, lavrado contra **HUHTMAKI DO BRASIL**. Recomendada a renovação do procedimento fiscal a salvo da incorreção indicada

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA