

A. I. N° - 269130.1102/06-9
AUTUADO - MANOEL BARBOSA DOS SANTOS DE ITANHÉM
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 02/03/07

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0051-03/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Considerando que há Protocolo com o Estado de origem (Minas Gerais), prevendo a responsabilidade do remetente pela retenção do tributo, não compete ao destinatário fazer a antecipação. Neste caso, ficou caracterizada a ilegitimidade passiva. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/11/2006, refere-se à exigência de R\$761,00 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

O autuado apresentou impugnação à fl. 10, alegando que a operação objeto da exigência fiscal foi realizada por pessoas estranhas aos negócios da empresa, inexistindo em seus arquivos qualquer documento ou mercadoria que comprove a prática da operação, apurada pelos prepostos fiscais quando da lavratura do presente Auto de Infração para ciência do titular da empresa, Sr. Manoel Barbosa dos Santos, que não tinha conhecimento da mencionada operação, constante da NF 042918, emitida pela empresa JJ Agro Negócios Ltda. Pede a improcedência do Auto de Infração.

A informação fiscal foi prestada às fls. 21/22, pelo Auditor Fiscal Silvio Chiarot Souza, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, salientando, inicialmente, que a ciência da imputação fiscal por meio da aposição de assinatura do contribuinte não significa o seu reconhecimento, sendo indispensável a apresentação de impugnação no prazo regulamentar, e quando o contribuinte assinou o Termo de Apreensão e Ocorrências se comprometeu com a guarda das mercadorias nele consignadas. Fala do enquadramento adotado na ação fiscal, apresentando o entendimento de que é incompatível com a operação realizada, considerando que se refere à antecipação interna, e a autuação fiscal é relativa à retenção do imposto, nos termos do Protocolo 12/91. Diz que o art. 354, do RICMS-BA, não exclui a responsabilidade do adquirente, mas essa responsabilidade é supletiva e unicamente em relação ao frete e ao seguro não incluídos quando da emissão da nota fiscal. Neste caso, deveria ser exigida somente a diferença de imposto, de acordo com o art. 125, inciso II, alínea “i”, do RICMS-BA. Afirma que outra alternativa seria a cobrança do imposto por meio de notificação fiscal do contribuinte substituído, mas, somente após esgotadas as possibilidades de exigência do imposto do sujeito passivo por substituição, de outro Estado. Finaliza, apresentando o entendimento de que o presente Auto de Infração contém vícios relativos ao art. 18, IV, “a” e “b”, do RPAF/99, mas a apreensão do açúcar foi realizada de forma regular, não havendo impossibilidade de reiniciar o procedimento fiscal para exigência do imposto, primeiro do remetente, e caso não se obtenha êxito, do destinatário, atribuindo-lhe a responsabilidade supletiva.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado contra o autuado, situada neste Estado, por falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre

mercadorias (200 fardos de açúcar cristal), adquiridas para comercialização, procedentes do Estado de Minas Gerais, ou seja, as mercadorias não se faziam acompanhar do comprovante de pagamento do ICMS.

Trata-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, sujeita à retenção do imposto pelo remetente, nos termos do Protocolo ICMS 21/91, adesão do Estado da Bahia pelo Protocolo ICMS 35/91, constando nas cláusulas primeira e segunda:

“Cláusula primeira: Na operação de saída de açúcar de cana dos Estados signatários com destino aos Estados da Bahia, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subseqüentes.

Cláusula segunda: No caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista, a substituição caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente...”

De acordo com o Protocolo ICMS nº 21/91, alterado pelo Protocolo ICMS 27/04, nas operações interestaduais com açúcar de cana, entre os Estados de Minas Gerais e Bahia, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária. Portanto, a lei não atribui ao destinatário a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto devido nas operações interestaduais com açúcar cristal, e somente deve ser exigido o ICMS do destinatário quando a mercadoria for proveniente de unidades da Federação não signatárias do mencionado Protocolo ICMS.

Vale ressaltar, que o § 1º, I, do art. 125, do RICMS/97, estabelece que, nas aquisições de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente, poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto, na forma, prazo e condições estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, e só deverá ser adotado este procedimento após esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deverá ser declarada ou demonstrada formalmente.

Observo que, no caso em exame, o autuado não deveria figurar no pólo passivo do presente Auto de Infração, por isso, entendo que é nula a exigência fiscal, consoante o disposto no art. 18, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/99, e, com base no art. 156 do citado Regulamento, representando à autoridade competente para que seja realizado novo procedimento fiscal.

Face ao exposto, 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 **269130.1102/06-9**, lavrado contra **MANOEL BARBOSA DOS SANTOS DE ITANHÊM**.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – JULGADOR