

A I Nº - 019803.0055/07-2
AUTUADO - ROGÉRIO PORTO
AUTUANTES - LUCIENE MENDES DA SILVA PIRES e DERNIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 18/12/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0418-03/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MERCADORIAS EM TRÂNSITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (PNEUMÁTICOS NOVOS, CÂMARAS DE AR E PROTETORES PARA PNEUMÁTICOS). A operação estava sujeita à retenção do imposto pelo remetente, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei nº 7.014/96, e em consonância com a Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 85/93. Nas aquisições interestaduais de pneumáticos, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme disposto no Protocolo ICMS nº 85/93, ratificado nacionalmente pelo Ato COTEPE/ICMS nº 05/93, é do estabelecimento remetente a responsabilidades pela retenção do imposto devido por substituição tributária. Desobediência ao disposto no §1º, incisos I, alínea “a”, e inciso III do artigo 125 do RICMS/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado na fiscalização ao trânsito de mercadorias em 31/05/2007 e exige ICMS no valor de R\$3.329,98, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de retenção e de recolhimento do imposto devido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos do Auto de Infração e do Termo de Apreensão e Ocorrências nº 019803.0045/07-7, às fls. 05 e 06, que o contribuinte “possui empresa cuja Insc. Est. 51.985.057 ATIVA, daí deduzimos que é para comercializar, N Fiscais nºs 61251 de 15/05/07 e de nº 62014 de 25/05/07 em anexo.”

O autuado apresenta impugnação ao lançamento de ofício às fls. 17 a 19, alegando que as mercadorias – pneus, câmaras de ar, protetores para pneumáticos – foram adquiridos no Estado de Santa Catarina para consumo próprio, destinados a uso em veículos de sua propriedade, tendo em vista que é proprietário de seis carretas, conforme Certificados de Registro de Veículo que anexa às fls. 21 a 23. Prossegue aduzindo que, ao transportar os referidos produtos para a cidade de Luís Eduardo Magalhães, neste Estado, foi autuado com base nas Cláusulas Primeira, Quarta e Quinta do Convênio ICMS nº 85/93, com aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte afirma que, entretanto, o lançamento de ofício não merece prosperar, uma vez que de fato possui empresa ativa mas que, no entanto, este fato, por si, não revela, por mera dedução, que os produtos adquiridos pela pessoa física eram para comercializar, ou seja, para serem colocados à venda no mercado, uma vez que é proprietário de seis carretas que utilizam, cada uma, mais de vinte pneus, o que acarreta um potencial de mais de cem pneus, e que tais veículos necessitam de constantes troca dessas peças. Cita ensinamentos de Hugo de Brito Machado, transcreve o caput e item 2 da alínea “a” do inciso I do RICMS/BA, acerca da isenção de materiais

de uso ou consumo, e conclui requerendo que “seja verificada a inexistência da multa e imposto inerente ao Auto de Infração”, que seja julgada procedente a impugnação, e cancelados o lançamento de ofício e a imposição de multa.

A informação fiscal, às fls. 27 e 28, foi prestada pelo Auditor Fiscal Sílvio Chiarot de Souza, nos termos do art. 127, § 2º, do RPAF/99, na qual o mesmo inicialmente aduz que, através das Notas Fiscais nºs 62.014 e 61.251 (fls. 08 e 09), o autuado adquiriu pneus diversos na condição de consumidor, isento de inscrição estadual. Que o remetente, RJU Comércio e Benef. De Frutas e Verduras LTDA, destacou o imposto à alíquota interestadual, não se aplicando o teor do Convênio ICMS nº 85/93 “porque os pneus estavam destinados a não contribuinte, sendo considerada encerrada a fase de tributação”. Afirma que o destinatário, conforme hard copy à fl. 10 do PAF, além de consumidor na operação em foco, também é contribuinte do ICMS e, coincidentemente, também comercializa pneus. Que, diante dos fatos expostos, e da estranheza da operação, os autuantes inferiram a comercialização. Prossegue expondo as razões de defesa e informa que, apesar de alguns vícios, o procedimento fiscal é reação natural do Fisco a operação com aparência de fraude. Que a apuração da verdade dos fatos é prejudicada pelas dificuldades de investigação, mas que ressalta que alguns elementos podem suscitar um procedimento alternativo ao presente, tais como as notas fiscais terem sido emitidas por empresa do ramo de hortifrutigranjeiros, quando o destinatário é do ramo de pneus e que não iria adquiri-los de qualquer comerciante. Afirma que ele, fiscal designado, não pôde verificar, junto ao Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, as aquisições em nome da pessoa física para avaliar o volume de operações que vêm sendo realizadas em nome de consumidor por comerciante, o que seria um dado importante. Tece considerações acerca da regularidade da comercialização dos pneus fabricados sob a marca daqueles descritos nas notas fiscais objeto da autuação, e enfatiza que a aquisição dos pneus, pelo autuado, foi efetuada a partir de empresa que não aquela que o mesmo possui. Que, entretanto, o presente Auto de Infração foi lavrado nos termos do Convênio ICMS nº 85/93 e que o contribuinte não poderia figurar como sujeito passivo no mesmo, nos termos das Cláusulas Primeira e Segunda, o que entende que leva à nulidade do procedimento, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

VOTO

O Auto de Infração em lide acusa a falta de retenção e de recolhimento do imposto devido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Conforme cópias de notas fiscais anexadas às fls. 08 e 09, trata-se da aquisição interestadual de 33 pneus, 04 câmaras de ar e 04 protetores para pneumáticos, pelo autuado, a empresa localizada no Estado de Santa Catarina.

O lançamento de ofício enquadra a infração nas Cláusulas Primeira, Quarta e Quinta do Convênio ICMS nº 85/93.

O autuado é pessoa física, e o endereço indicado nos mencionados documentos fiscais é o mesmo em que se localiza a empresa Mimoso Pneus LTDA, com nome de fantasia Casa dos Pneus e inscrição estadual no cadastro de contribuintes da SEFAZ/BA sob nº 051.985.057 (fls. 10 e 11), na qual o sujeito passivo figura como sócio.

O autuado alega que os pneus objeto da autuação são destinados a consumo, e que possui seis carretas que necessitam de constantes reposições dos pneus, anexando ao processo cópias de Certificados de Registro de Veículo às fls. 21 a 23.

Embora as considerações do fiscal encarregado de prestar a informação fiscal, descritas no Relatório deste Acórdão, apontem indícios de possibilidade de irregularidades na presente operação comercial, inexistem provas, nos autos, de que tais incorreções ocorreram, e ademais, as mesmas não são o objeto da presente autuação. Por outro lado, como também menciona o

auditor designado, a imputação diz respeito a fato no qual o autuado não pode ser indicado, com segurança, como sujeito passivo.

A Lei Complementar nº 24/75, entre outras providências, dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias. Com base nesta Lei, e na Lei Complementar nº 87/96, foi celebrado o Convênio ICMS nº 85/93, que dispõe sobre substituição tributária nas operações com pneumáticos, câmaras de ar e protetores, ratificado nacionalmente pelo Ato COTEPE/ICMS nº 05/93.

A Cláusula Primeira do citado Convênio ICMS nº 85/93 prevê:

Cláusula Primeira:

Nas operações interestaduais com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, classificados nas posições 4011 e 4013 e no código 4012.90.0000 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM-SH, fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas ou entradas com destino ao ativo imobilizado ou ao consumo dos produtos mencionados nesta cláusula.

A Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM-SH discrimina tais posições e código como: 4011 – Pneumáticos novos de borracha, 4013 - Câmaras-de-ar de borracha, e o código 4012.90.0000 – Outros.

Não está provado, nos autos, que a mercadoria foi adquirida para comercialização. Ademais, independentemente da destinação dessas mercadorias, se para ativo fixo, consumo, ou comercialização, a Cláusula Primeira do mencionado Convênio, supratranscrita, atribui ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido pela operação.

Assim, inicialmente não cabe a responsabilidade pelo recolhimento do imposto ao autuado, e sim ao remetente das mercadorias, no caso, a empresa RJU Comércio e Benef. De Frutas e Verduras LTDA, localizada no Estado de Santa Catarina. Porém, sendo verificado, pelo Fisco da Bahia, a falta de recolhimento do ICMS devido por substituição, na operação, deve ser observado o disposto no §1º, incisos I, alínea “a”, e III do artigo 125 do RICMS/BA, no sentido de, esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, para que seja efetuado o recolhimento do imposto na forma, prazo e condições estabelecidas nos artigos 48 a 54 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF e, só então, descumprida esta exigência, poderá ser lavrado Auto de Infração contra o contribuinte substituto:

art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

§ 1º 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 e não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição na forma do item 1 da alínea “i” do inciso II, 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, sendo que:

1 - 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:

b) pelo Auditor Fiscal, nos demais casos;

II - a atribuição da responsabilidade supletiva ao contribuinte substituído, de que cuida este parágrafo, implica a desistência, por parte da fazenda pública estadual, da cobrança do imposto do sujeito passivo por substituição;

III - iniciado o procedimento fiscal, o Auditor Fiscal anexará o processo originário à Notificação Fiscal, a menos que o mesmo tenha sido incorporado fisicamente ao processo judicial ou requisitado por autoridade do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo.

Nos autos da lide em curso não consta a citada Notificação, nem há menção de sua realização pelo Fisco, pelo que foi descumprido o devido processo legal. Assim, não poderia ter sido objeto da presente ação fiscal a exigência do imposto tal como lançado de ofício, por estar caracterizada a situação de ilegitimidade passiva do autuado.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, e represento à autoridade administrativa competente para a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de incorreções, no sentido de verificar-se o recolhimento regular do ICMS devido por substituição tributária relativo a este 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 019803.0055/07-2** lavrado contra **ROGÉRIO PORTO**. Representa-se à autoridade administrativa competente para instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – JULGADOR