

PROCESSO - A. I. Nº 298932.0003/09-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MOINHO CRUZEIRO DO SUL S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0233-03/10
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 19/11/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0397-11/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INEXISTÊNCIA. NOVA DECISÃO. Nas operações interestaduais com o produto farinha de trigo, entre a Bahia e o Estado do Rio de Janeiro, aplicam-se as disposições do Protocolo ICM 22/85, acordo válido e vigente entre os dois Estados, devidamente recepcionado pela legislação baiana, sendo o remetente o sujeito passivo por substituição, responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes a serem realizadas no Estado da Bahia. Retornem-se os autos à Primeira Instância para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 3ª JJF após julgamento pela Nulidade do Auto de Infração acima epigrafado, através do Acórdão JJF nº 0233-03/10, lavrado para imputar ao sujeito passivo - atua no ramo de farinha de trigo - a falta de retenção do ICMS, 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, no período de janeiro a dezembro de 2004.

No julgamento de Primeira Instância, assim se manifestou o Relator da JJF, em síntese:

- I. Que, de acordo com os demonstrativos elaborados pelos autuantes e a identificação constante no presente Auto de Infração, trata-se de contribuinte do Estado do Rio de Janeiro, que realizou operações de saídas de farinha de trigo para contribuintes do Estado da Bahia, tendo sido intimado para comprovar os recolhimentos referentes aos exercícios de 2004 a 2009, em atendimento ao Protocolo ICM 22/85, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com farinha de trigo, tendo como signatários os Estados da Bahia, Espírito Santo e Rio de Janeiro;
- II. que o Protocolo ICM 22/85 dispõe sobre a substituição tributária nas operações com farinha de trigo, constando na sua Cláusula primeira, que nas operações interestaduais com farinha de trigo, entre contribuintes situados nos Estados signatários do mencionado Protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial, na qualidade de contribuinte substituto, a responsabilidade pela retenção e o recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) relativo às operações subsequentes, realizadas por estabelecimentos atacadistas ou varejistas;
- III. que nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/BA, e nos convênios e protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas;
- IV. que, no entanto, com a edição da Lei nº 7.014/96, entrou em vigor o ICM, além do que a RICMS/BA estabelece que, em se tratando de recebimento de : Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, a antecipa forma prevista no art. 506-A, deste Regulamento, disposit

RICMS/BA pela Alteração 23 (Decreto nº 7.947, de 02/05/2001, DOE de 03/05/2001, e entrou em vigor antes do período fiscalizado, combinado com o art. 506-B;

- V. que, conforme se verifica da leitura dos referidos dispositivos regulamentares, a cobrança do imposto sobre a farinha de trigo, oriunda de unidade federada signatária do Protocolo ICMS 46/00, caberá ao contribuinte remetente a retenção e o pagamento do imposto, sendo que, se o Estado do remetente não for signatário do Protocolo ICMS 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS fica atribuída ao destinatário, inclusive em relação às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com produtos elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo objeto da antecipação tributária;
- VI. que, no caso em exame, deveria ser aplicado o disposto no art. 506-A, incisos I e II do RICMS/BA, atribuindo a responsabilidade pelo recolhimento do imposto ao destinatário das mercadorias, haja vista que o mencionado dispositivo regulamentar não faz qualquer referência ao Protocolo ICM 22/85, já estava em vigor à época da autuação e se aplica aos Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, a exemplo do Rio de Janeiro, salientando-se que o Protocolo ICM 22/85 trata de um tributo que não existe mais (ICM) e não foi recepcionado pelo RICMS/9;
- VII. que considerando que o Auto de Infração foi lavrado em nome do remetente da mercadoria situado no Estado do Rio de Janeiro, e que o mencionado Estado não é signatário do Protocolo ICMS 46/00, ficou caracterizada a ilegitimidade passiva do autuado, sendo nula a exigência fiscal, com base no art. 18, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/BA, haja vista que é nulo, por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação, devendo ser renovado o procedimento fiscal contra o destinatário da mercadoria.

Ao final do voto, a JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 02, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

VOTO

De logo, devemos consignar que entendemos mereça reforma a Decisão recorrida, porquanto dissociada da legislação pertinente.

E, de fato, não há que se falar em não recepção por parte da legislação tributária da Bahia - mas precisamente do RICMS - do Protocolo ICM 22/85, lastro da autuação, e muito menos da sua inaplicabilidade por se referir ao antigo ICM. Tais argumentos, apresentados pela JJF como base para a nulidade do Auto de Infração epigrafado, conjuntamente com o entendimento de que as normas aplicáveis às operações interestaduais com o produto farinha de trigo, destinadas ao Estado da Bahia, seriam apenas as constantes do art. 506-A do RICMS, que têm como fundamento as regras do Protocolo ICMS 46/00, não encontram consonância com a nossa legislação.

Inicialmente, devemos consignar que os protocolos estaduais são acordos estipulados pelas unidades federadas, com base no art. 199 do Código Tributário Nacional – CTN - abaixo transscrito, visando estabelecer mecanismos de fiscalização, dentre estes a sistemática de cobrança por substituição tributária, e não se confundem com a figura dos convênios, acordos interestaduais pelos quais se firmam benefícios e incentivos fiscais, bem como anistia, remissão, transação, moratória, parcelamento de débitos fiscais e ampliação do prazo de recolhimento do imposto, devidamente regulados pela Lei Complementar nº 24/75.

“Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e das Territórios, mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permitir a celecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.”

Registraremos tais diferenças para ressaltar que apenas os convênios, por concederem benefícios e incentivos fiscais, precisaram ser reconfirmados após a entrada em vigor do novo sistema tributário, advindo com a Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 41, caput, e seu §3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT - da Carta Magna, abaixo transscrito:

“Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.

§ 1º - Considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei.

§ 2º - A revogação não prejudicará os direitos que já tiverem sido adquiridos, àquela data, em relação a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo.

§ 3º - Os incentivos concedidos por convênio entre Estados, celebrados nos termos do art. 23, § 6º, da Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, também deverão ser reavaliados e reconfirmados nos prazos deste artigo.”

Assim, os protocolos firmados entre os Estados, ainda sob a égide do antigo ICM, encontram-se válidos, desde que não denunciados ou revogados pelas unidades federadas deles signatárias, sujeitando-se tais acordos, nas suas formalidades, às regras dispostas no Regimento do Conselho de Política Fazendária – CONFAZ, mais precisamente em seus arts. 38 a 40, abaixo transcritos:

“Art. 38 Dois ou mais Estados e Distrito Federal poderão celebrar entre si Protocolos, estabelecendo procedimentos comuns visando:

- I - a implementação de políticas fiscais;
- II - a permuta de informações e fiscalização conjunta;
- III - a fixação de critérios para elaboração de pautas fiscais;
- IV - outros assuntos de interesse dos Estados e do Distrito Federal.

Parágrafo único. Os Protocolos não se prestarão ao estabelecimento de normas que aumentem, reduzam ou revoguem benefícios fiscais.

Art. 39 Os Protocolos serão, previamente, submetidos à apreciação formal da COTEPE/ICMS, para fins de verificação de seu enquadramento às disposições do artigo anterior.

Art. 40 Cumprido o disposto no artigo anterior e uma vez firmado o Protocolo, será providenciada, pela Secretaria-Executiva, a publicação no Diário Oficial da União, para efeito de sua vigência.

Parágrafo único Poderá o Presidente da COTEPE/ICMS autorizar a publicação do Protocolo, **ad referendum** do plenário daquela Comissão.”

Registre-se que o citado Protocolo ICM 22/85, firmado inicialmente entre os Estados da Bahia, Espírito Santo e Rio de Janeiro, não foi denunciado até o momento pelo Estado da Bahia, continuando com sua eficácia plena entre os estados dele signatários, inclusive sendo citado expressamente no Anexo 86 do RICMS/BA, que elenca todos os acordos interestaduais que prevejam a substituição tributária, dos quais a Bahia faça parte, conforme abaixo transscrito.

05	FARINHA DE TRIGO	Protocolo ICM 22/85	BA e, RJ	Ver Notas 1 e 3	Ver inciso II do § 2º do art. 506-A do RICMS/BA
		Protocolo ICMS 13/97	BA, AC, GO, MG Ver Nota 12	Ver Notas 1 e 3	120%
Nota: A Alteração nº 99 (Decreto nº 10.840, de 18/01/08, DOE de 19 e 20/01/08), efeitos a partir de 01/01/08, excluiu o Estado do ES na relação dos Estados signatários do Prot. ICMS nº 22/85.					
05-A	FARINHA DE TRIGO, TRIGO EM GRÃO e MISTURA DE FARINHA DE TRIGO	Protocolo ICMS 46/00	Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe		

Tal Anexo, por sua vez, é citado expressamente no art. 370 do RICM de forma expressa determina que nas operações interestaduais, a su

conforme o disposto nas demais normas constantes da subseção onde está inserido e nos convênios e protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e outras unidades federadas interessadas, in verbis:.

“Art. 370 Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nesta subseção e nos convênios e protocolos (Anexo 86) para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas (Conv. ICMS 81/93)”.

De tudo quanto foi exposto, não resta dúvida de que nas operações interestaduais com o produto farinha de trigo, entre a Bahia e o Estado do Rio de Janeiro, aplicam-se as disposições do Protocolo ICM 22/85, acordo válido e vigente entre os dois Estados, devidamente recepcionado pela legislação baiana de ICMS, como não poderia deixar de ser, porquanto não denunciado ou revogado pela Bahia.

Quanto ao entendimento externado pela JJF, no sentido de que aplicável às operações objeto da autuação as regras do art. 506-A do RICMS/BA (e também a do art. 506-B), tal equívoco é fruto do entendimento, também equivocado, como já visto acima, de que o Protocolo ICM 22/85 não mais seria vigente. Além do que, em se tratando de acordo específico entre o Estado da Bahia e do Rio de Janeiro, este deve ser aplicado às operações em tela, na forma disposta no art. 370, acima citado.

Em conclusão, não há que se falar em ilegitimidade passiva da pessoa do autuado, porquanto este é o sujeito passivo por substituição, responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes a serem realizadas no Estado da Bahia, nas vendas do produto farinha de trigo, nos termos da Cláusula primeira do Protocolo ICM 22/85, e do art. 373 do RICMS/BA, ambos abaixo transcritos:

Protocolo 22/85:

“Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com farinha de trigo, entre contribuintes situados nos Estados signatários deste Protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial, na qualidade de contribuinte substituto, a responsabilidade pela retenção e o recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias relativo às operações subsequentes, realizadas por estabelecimentos atacadista ou varejista.”.

RICMS/BA:

“Art. 373 Nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor da unidade federada destinatária na condição de sujeito passivo por substituição (Conv. ICMS 81/93).”.

Do exposto, somos pela modificação da Decisão recorrida, devendo os autos retornar à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão, o que nos leva a votar pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 298932.0003/09-4, lavrado contra **MOINHO CRUZEIRO DO SUL S/A.** Determinar o retorno dos autos para a Primeira Instância proferir novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA