

PROCESSO - A. I. Nº 124157.0796/09-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PL MENDONÇA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2º JJF nº 0275/02-10
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 15/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0430-11/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E RELACIONADAS NO ANEXO 86 DO RICMS/97. 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 o Protocolo ICMS 20/2005, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias. É indevida a exigência do imposto do destinatário, por ilegitimidade passiva – a responsabilidade deve recair sobre o substituto tributário. A obrigatoriedade por parte do destinatário surge apenas quando esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do remetente, circunstância que deverá ser comprovada formalmente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0275/02-10) que julgou Nulo o presente Auto de Infração, lavrado para exigir do sujeito passivo o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas no anexo 88, por contribuinte descredenciado, no valor de R\$ 32.783, 15 e multa de 60%.

No julgamento de Primeira Instância, o Relator observou que os DANFES nº 4355, 4356, 4806, 4807, 4808 e 4809, que acobertavam o transporte das mercadorias, contemplavam diversas caixas de produtos utilizados na preparação de sorvetes, procedentes de Estância no Estado de Sergipe, mais precisamente, “Selecta Top Doce de Leite”; “Algemix...”; Super Liga Neutra”; “Cob./Tacas...” - NCM 2106.90.29 e 2106.90.90. Tomando por base as referidas NCMs concluiu tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Ressaltou que embora o autuado não tenha suscitado sua ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo da obrigação tributária nas operações objeto da lide, passou a analisar a questão por dever de ofício e em obediência à estrita legalidade do lançamento tributário.

Aduziu que, de acordo com a Cláusula primeira do Protocolo ICMS 20/2005, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas subseqüentes saídas na operação interestadual das mercadorias objeto do Auto de Infração, é do remetente e não do destinatário, uma vez que o Estado de Sergipe é signatário do referido acordo interestadual. Ou seja, nas operações interestaduais realizadas por contribuinte localizado no Estado de Sergipe com as mercadorias a que se referem o Protocolo ICMS 20/2005, a ele fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qual a substituição, somente sendo devido exigir do autuado, na c

mercadorias, após esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deverá ser declarada ou demonstrada formalmente nos termos do § 1º, I do art.125 do RICMS/BA.

Assim, concluiu que a autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, haja vista que 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 o Protocolo ICMS 20/2005, com a alteração introduzida pelo Protocolo ICMS 31/2005, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias, sendo indevida a exigência do imposto do destinatário, por ilegitimidade passiva, cuja responsabilidade, deve recair sobre o substituto tributário, no caso sobre o remetente, impondo a nulidade do presente lançamento tributário por ilegitimidade passiva, consoante o art. 18, inciso IV, alínea “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 1ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

VOTO

Da análise dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecer reparos o Julgado de Primeira Instância, quando concluiu pela nulidade do Auto de Infração objeto do presente Recurso de Ofício.

Exige-se do sujeito passivo no presente lançamento de ofício o imposto devido por substituição tributária, na condição de contribuinte substituto, na aquisição interestadual de produtos utilizados na preparação de sorvetes- NCM 2106.90.29 e 2106.90.90, junto a fornecedor localizado no Estado de Sergipe, unidade da Federação signatária do Convênio ICMS 20/2005, acordo interestadual que atribui ao remetente a responsabilidade pela retenção do imposto devido nas operações subsequentes, conforme cláusula primeira do referido acordo, abaixo reproduzido:

Cláusula Primeira. Nas operações interestaduais com sorvetes de qualquer natureza e com preparados para fabricação de sorvete em máquina. Realizada entre estabelecimentos localizados em seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nos termos e condições deste protocolo, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas subsequentes saídas, realizadas por estabelecimento atacadista ou varejista.

§ 1º O disposto nesta cláusula aplica-se:

I – aos sorvetes de qualquer espécie, inclusive sanduíches de sorvetes, classificados na posição NCM 2105.00;

I – aos preparados para fabricação de sorvete em máquina, classificados na posição 2106.90 da NCM.

Assim, como o emitente da nota fiscal objeto da autuação está localizado no Estado de Sergipe e, este estado é signatário do referido acordo, cabe ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto na condição de sujeito passivo por substituição, nas operações interestaduais que realiza com destino ao Estado da Bahia, afastando a possibilidade de exigência do destinatário, o que somente poderia ocorrer em caráter supletivo, consoante dispunha o § 1º, I do art.125 do RICMS/BA, à época dos fatos geradores do presente lançamento:

“Art.125...

(...)

§ 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 I 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:

I - 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 nos termos do § 1º, I do art.125 do RICMS/BA.

Portanto, em conformidade com o dispositivo regulamentar acima reproduzido, o procedimento de exigência do imposto contra o destinatário somente deveria ser adotado após esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável pela retenção – remetente –, circunstância esta que deveria ser declarada ou demonstrada formalmente, significando dizer que, no caso, a responsabilidade do destinatário é apenas supletiva.

Houve, neste caso, um vício de substancial importância, pois o Auto de Infração foi lavrado em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, haja vista que a responsabilidade é do remetente e não do destinatário.

Nos termos do art. 18, IV, “b”, do RPAF, o procedimento é nulo por ilegitimidade passiva, daí porque voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **124157.0796/09-7** lavrado contra **PL MENDONÇA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS