

A. I. N° - 110391.0037/09-0
AUTUADO - ALBANIZA MORAIS DE BRITO
AUTUANTE - HELIO RAMOS MOREIRA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 23. 04. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0080-01/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. Nos termos do Convênio n. 45/99 c/c o art. 379, §1º do RICMS/BA, cabe ao remetente na qualidade de sujeito passivo por substituição efetuar a retenção e o conseqüente recolhimento do imposto. A responsabilidade do destinatário no caso de existência de Convênio ou Protocolo é supletiva, valendo dizer que este não está obrigado a efetuar o recolhimento do imposto, cuja obrigação de retenção e recolhimento é do remetente. 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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2009, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 5.995,83, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento de infração à legislação do ICMS por ter deixado de recolher o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a outubro de 2007.

O autuado apresentou defesa à fl. 21, afirmando que descabe a exigência fiscal, tendo em vista que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do remetente, conforme o art. 379, §1º, do RICMS/BA e Convênio n. 45/99.

Salienta que se trata de empresa inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS, sendo distribuidora de mercadorias de empresas que utilizam o sistema “marketing” direto, conseqüentemente, isenta da responsabilidade do pagamento do imposto.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 31 a 33, salientando inicialmente que o autuado comercializa mercadoria adquirida junto à empresa POSTHAUS LTDA., estabelecida na Rua Werner Duwe, nº. 202, Blumenau, Estado de Santa Catarina, com inscrição Especial no Cadastro do Estado da Bahia condição SUBSTITUTO-CS sob nº 39.030.573, - situação inapto – Processo Baixa de Inscrição, a partir de fevereiro 2005, consoante relatório INC acostado aos autos.

Observa que as mercadorias objeto da autuação foram adquiridas à empresa acima referida a qual emitiu notas fiscais sem constar no cabeçalho o número da inscrição no Estado da Bahia, constando como natureza da operação o CFOP 6.102, vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros.

comercialização, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento, assim como as vendas de mercadorias por estabelecimento comercial de cooperativa destinadas a seus cooperados ou estabelecimentos de sua cooperativa. Frisa que a empresa não recolheu um centavo de ICMS para o Estado da Bahia, nos exercícios de 2006, 2007, 2008 e 2009, consoante relatório INC, acostado aos autos.

Prosseguindo, diz que muito embora a legislação estadual discipline em seu art. 379 as operações efetuadas por empresa que utilizam o sistema de “marketing” direto para comercialização de seus produtos, atribuindo ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas pelo revendedor, conforme o Convênio n. ICMS 45/99, condicionado ao cumprimento da norma contida no art. 377 do RICMS/BA, as condições impostas nas citadas normas não foram cumpridas. Acrescenta que cabia ao remetente POSTHAUS LTDA. estar devidamente inscrito e habilitado no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, bem como confeccionar talonário constando no cabeçalho da nota fiscal o número da inscrição especial na condição de SUBSTITUTO-CS, conforme dispõe o art. 377 do RICMS/BA, o que não foi cumprido.

Frisa que a legitimidade do lançamento resta comprovada por se referir a fatos geradores ocorridos no exercício de 2007, quando o remetente não mais estava inscrito no CAD/ICMS do Estado da Bahia, haja vista que requereu baixa em 2005, o que justifica não constar no cabeçalho das notas fiscais o número da inscrição no Estado da Bahia.

Observa que o fato de a nota fiscal não indicar o valor do imposto, objeto da substituição tributária implica na responsabilização do contribuinte substituído em caráter supletivo pelo recolhimento do imposto devido e penalidade correspondente. Ou seja, não comprovado o repasse do ICMS ao Estado da Bahia, o destinatário responde em caráter supletivo.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao autuado - destinatário das mercadorias - o cometimento de infração à legislação do ICMS antecipação parcial, em decorrência da falta de recolhimento do imposto referente às aquisições de mercadorias provenientes do Estado de São Paulo.

A princípio, cabe-me registrar que muito embora a acusação fiscal esteja descrita como “antecipação parcial”, claramente se verifica que diz respeito à “antecipação total”, não sendo, contudo, motivo de nulidade da autuação, haja vista que em nenhum momento houve cerceamento do direito de defesa do contribuinte que, inclusive, apresentou impugnação sem argüir tal possibilidade e, mais ainda, rechaçou com clareza a autuação, demonstrando o seu pleno conhecimento da irregularidade que lhe está sendo atribuída.

Na realidade, a acusação fiscal imputa ao autuado, na condição de destinatário das mercadorias, o cometimento de infração à legislação do ICMS por ter deixado de recolher o imposto relativo às aquisições de mercadorias junto à empresa que opera com o sistema de “marketing” direto para comercialização de seus produtos.

Observo que o autuante manifesta o entendimento de que muito embora o RICMS/BA discipline em seu art. 379 as operações efetuadas por empresa que utilizam o sistema de “marketing” direto para comercialização de seus produtos, atribuindo ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas pelo revendedor, conforme o Convênio ICMS n.45/99, condicionado ao cumprimento da norma contida no art. 377 do RICMS/BA, cujas condições impostas nas citadas normas não foram cumpridas, implicando na responsabilização do contribuinte substituído em caráter supletivo pelo recolhimento do imposto devido

Ou seja, não comprovado o repasse do ICMS ao Estado da Bahia, responde supletivamente pelo cumprimento da obrigação principal.

Noto também que o autuado sustenta que se trata de empresa inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS, sendo distribuidora de mercadorias de empresas que utilizam o sistema “marketing” direto, descabendo a exigência fiscal, tendo em vista que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do remetente, conforme o art. 379, § 1º do RICMS/BA e Convênio n. 45/99, sendo isenta da responsabilidade de pagamento do imposto.

O art. 379, § 1º do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/BA, aprovado pelo Decreto n. 6.284/97, apresenta a seguinte redação:

“Art. 379. Nas operações internas e interestaduais que destinem mercadorias a revendedores, estabelecidos neste Estado, que realizem vendas porta-a-porta a consumidor final, sendo as remessas efetuadas por empresas que se utilizem do sistema de “marketing” direto para comercialização de seus produtos, fica atribuído ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas realizadas pelo revendedor (Conv. ICMS 45/99).

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se também às operações internas e interestaduais que destinem mercadorias a contribuinte inscrito, que distribua os produtos a revendedores que efetuem venda porta-a-porta, exceto nas hipóteses de transferência para filial atacadista.”

Conforme o dispositivo regulamentar acima transcrito, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas saídas subseqüentes realizadas pelo revendedor das mercadorias objeto do Convênio n. 45/99 é do remetente e não do destinatário.

Contrariamente ao entendimento manifestado pelo autuante, nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Portanto, a existência do Convênio n. 45/99, implica em dizer que 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 poderá ocorrer em caráter supletivo.

Nesse sentido, a própria legislação tributária do ICMS do Estado da Bahia ao tratar da possibilidade de exigência do imposto não retido pelo remetente, no caso de existência de Convênio ou Protocolo, determina que a exigência contra o destinatário somente é possível de forma supletiva, consoante dispõe o § 1º, I do art.125 do RICMS/BA, cuja transcrição faço abaixo, a título ilustrativo:

“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 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:

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.”

Assim, em conformidade com o dispositivo regulamentar acima rep exigência do imposto contra o destinatário somente deverá ser ado possibilidades de exigência do tributo do responsável pela retenção – 1

que deverá ser declarada ou demonstrada formalmente, significando dizer que, no caso, a responsabilidade do destinatário é apenas supletiva.

Vale observar que a falta ou suspensão da inscrição do remetente no CAD/ICMS da SEFAZ/BA, na condição de substituto tributário, não afasta a sua responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido, implicando apenas na mudança do prazo de recolhimento que será a cada operação, por ocasião da saída da mercadoria do estabelecimento, através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, devendo uma via deste documento acompanhar o transporte da mercadoria.

Nesse sentido, reproduzo abaixo as disposições do art. 377, §§ 2,3º e 4º do RICMS/BA.

“Art. 377. Poderá ser concedida inscrição no CAD-ICMS do Estado da Bahia ao sujeito passivo por substituição, definido em Protocolos e Convênios específicos dos quais a Bahia faça parte, que pretender efetuar vendas interestaduais, com destino a este Estado, de mercadorias sujeitas à substituição tributária, devendo o contribuinte solicitá-la por meio de preenchimento de formulários eletrônicos gerados com o uso de programa aplicativo disponibilizado pela Secretaria da Receita Federal e remeter os seguintes documentos ao setor de cadastro de contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia:

(...)

§ 2º Se o sujeito passivo por substituição não providenciar a sua inscrição nos termos deste artigo, em relação a cada operação deverá efetuar o recolhimento do imposto devido a este Estado, por ocasião da saída da mercadoria de seu estabelecimento, por meio da GNRE, emitindo guia distinta para cada um dos destinatários, constando no campo informações complementares o número da nota fiscal a que se refere o respectivo recolhimento, devendo uma via acompanhar o transporte da mercadoria (Conv. ICMS 95/01).

§ 3º A fiscalização do estabelecimento responsável pela retenção do imposto será exercida, conjunta ou isoladamente, pelas unidades da Federação envolvidas nas operações, condicionando-se o fisco do Estado da Bahia a credenciamento prévio na Secretaria da Fazenda da unidade federada do estabelecimento a ser fiscalizado.

§ 4º Constatada a falta de recolhimento do ICMS por parte do sujeito passivo por substituição, este terá sua inscrição alterada para inapta, hipótese em que, enquanto perdurar a situação, será exigido o pagamento do imposto na saída da mercadoria do estabelecimento remetente, que deverá ser acompanhada da 3ª via da GNRE (Conv. ICMS 27/95).”

Diante do exposto resta evidente que a autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, haja vista que a responsabilidade é do remetente e não do destinatário sendo nulo o presente lançamento por ilegitimidade passiva, consoante o art. 18, inciso IV, alínea “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 110391.0037/09-0, lavrado contra ALBANIZA MORAIS DE BRITO.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INACIO DOS SANTOS – VICE-PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BIS