

A. I. N° - 210412.1104/10-9
AUTUADO - AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS FRISSE
ORIGEM - IFMT/ DAT - SUL
INTERNET - 08/06/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0106-03/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Embora seja evidente a irregularidade da situação das mercadorias neste caso, a autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídico-tributária em razão da responsabilidade supletiva prevista tanto na Cláusula quarta do Convênio ICMS n° 17/04, quanto no artigo 515-D do RICMS/BA, em redações com efeito à data de ocorrência do fato gerador objeto da imputação. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 20/11/2010 na fiscalização ao trânsito de mercadorias para exigir ICMS no valor de R\$3.388,26, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de retenção, e do conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica - DANFE n° 907, de 19/11/2010, destinado a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., inscrição estadual 77.471.729.

Estão citados, no campo “Enquadramento” do Auto de Infração, as cláusulas primeira, segunda e terceira do Convênio ICMS n° 45/99, e no campo “Tipificação” o artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei n° 7.014/96.

À fl. 06, cópia do DANFE de saída n° 000.000.907, com natureza da operação “Transf. Merc. Filiais”, emitido em 19/11/2010 pelo autuado, Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., localizado no Estado do Espírito Santo, com CNPJ/MF 01.252.723/0006-55, tendo como destinatário Arogás Comércio de Combustíveis Ltda. localizado no Estado da Bahia, com inscrição estadual neste Estado sob n° 77.471.729, CNPJ/MF 01.252.723/0010-31, estando discriminada a mercadoria como 45.664 litros de Alcool Etílico Hidratado Carburante – AEHC, valor total do produto R\$48.403,84, ICMS destacado à alíquota de 12% no valor de R\$5.808,46. Consta no DANFE o Código de Situação Tributária – CST 10 (mercadoria tributada e com cobrança do ICMS por substituição tributária) e o Código Fiscal de Operações e de Prestações - CFOP 5659 (transferências de combustíveis ou lubrificantes, adquiridos ou recebidos de terceiros, para outro estabelecimento da mesma empresa).

O sujeito passivo impugnou o lançamento às fls. 17 a 20 expondo que sofreu autuação quando transportava 45.664 litros de AEHC, acompanhado da Nota Fiscal n° 907, emitida em 19/11/2010, com os comprovantes de haver efetuado os pagamentos dos Documentos de Arrecadação Estadual - DAEs de ICMS devido por antecipação parcial. Que mesmo com o tributo pago o Fisco concluiu que a operação estava irregular porque ele, impugnante, deixou de fazer a retenção, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme DANFE n° 907, de 19/11/2010, destinado a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda, I.E. 77.471.729.

Que foi lavrado o Auto de Infração cobrando ICMS no valor de R\$3.388,26, acrescido da multa de 60%. Que, conforme a Nota Fiscal nº 907, a operação realizada foi a de transferência interestadual entre filiais de uma mesma empresa. Que, quando da ação fiscal, foi apresentado ao Fiscal o Documento Único de Arrecadação – DUA - ICMS devidamente pago pelo remetente da mercadoria, pelo que a operação estaria acobertada em relação à tributação. Que apesar disto o Auto de Infração foi lavrado, mas que este não deveria subsistir porque o ICMS foi pago no momento correto, ou seja, na saída interestadual.

Cita a alínea “a” do inciso III do artigo 512-A do RICMS/BA, e diz que este dispositivo encerra a discussão. Que não existe outro imposto a pagar neste momento. Que o imposto cobrado no Auto de Infração será pago pela filial destinatária, quando da venda do produto transferido. Cita e copia o artigo 156, inciso I, e artigo 122, inciso I, ambos do Código Tributário Nacional – CTN, e diz que o pagamento extingue o crédito tributário, que com esta extinção extingue-se também o Processo Administrativo Fiscal – PAF decorrente, pelo que este processo deve ser extinto. O contribuinte conclui pedindo a suspensão da exigibilidade do débito lançado de ofício, o julgamento pela improcedência da autuação, a extinção e arquivamento do processo, o cancelamento do Termo de Apreensão e Ocorrências – TAO e a exoneração dele, impugnante, do encargo de fiel depositário da mercadoria apreendida. Protesta por todos os meios de provas em Direito admitidos.

O autuante presta informação fiscal às fls. 32 e 33 aduzindo que o autuado efetuou operação de transferência interestadual de álcool etílico hidratado carburante sem proceder ao pagamento do ICMS devido por antecipação parcial na operação, ocasionando um crédito reclamado R\$5.421,21. Que o sujeito passivo apresentou defesa requerendo nulidade e improcedência do Auto de Infração, alegando que o comprovante de pagamento (DUA-ICMS) estava devidamente pago pelo remetente, acobertando toda a operação em relação a tributação, alegando, o sujeito passivo, que não deveria ser julgado procedente o Auto de Infração tendo em vista o pagamento do mesmo no momento correto.

O preposto fiscal assevera que o pagamento a que se refere o autuado é o da operação própria, enquanto que no Auto de Infração está sendo reclamado o ICMS devido por antecipação parcial conforme previsto no artigo 515-C, inciso II, do RICMS/BA, dispositivo que copia.

Conclui expondo que, diante do exposto e com fundamento na legislação, pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado em 20/11/2010 na fiscalização ao trânsito de mercadorias para exigir ICMS no valor de R\$3.388,26, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de retenção, e do conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica - DANFE nº 907, de 19/11/2010, destinado a Arogás Comércio de Combustíveis Ltda., inscrição estadual 77.471.729.

Preliminarmente observo que no campo destinado à identificação da infração o preposto fiscal cita que teria ocorrido falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária relativo a operação de saída de álcool hidratado a granel, mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e no campo “Enquadramento” do Auto de Infração estão citadas as cláusulas primeira, segunda e terceira do Convênio ICMS nº 45/99. Este Convênio autoriza os Estados e o Distrito Federal a estabelecerem o regime de substituição tributária nas operações interestaduais que destinem mercadorias a revendedores que efetuem venda porta-a-porta a consumidor final. Por conseguinte, suas disposições não se aplicam à situação em lide. Contudo, tal indicação incorreta de dispositivo normativo não impediu que o sujeito passivo se reportasse ao fulcro da imputação, pelo que desta situação específica não decorre a nulidade da imputação.

O autuado é o remetente da mercadoria, e a cópia do Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica – DANFE de saída n° 000.000.907 (fl. 6) foi emitida por “Arogás Comércio de Combustíveis Ltda.”, com CNPJ MF n° 01.252.723/0006-55, empresa localizada no Estado do Espírito Santo, tendo com natureza da operação transferência de mercadorias entre filiais, e como destinatário o ora autuado, “Arogás Comércio de Combustíveis Ltda.”, com CNPJ MF n° 01.252.723/0010-31, empresa localizada no Estado da Bahia, inscrita no cadastro de contribuintes deste Estado sob n° 77.471.729.

A mercadoria descrita no mencionado DANFE 000.000.907 é álcool etílico hidratado carburante, e está destacado o ICMS no valor de R\$5.808,46, correspondente à base de cálculo de R\$48.403,84, igualmente citada neste DANFE.

O contribuinte cita a alínea “a” do inciso III do artigo 512-A do RICMS/BA, aduz que o imposto devido foi pago por ele, remetente da mercadoria, conforme Documento Único de Arrecadação – DUA que apresentou ao Fisco, e que o ICMS objeto da imputação será pago pelo destinatário da mercadoria, quando da saída da mesma.

O representante do Fisco diz que o pagamento a que se refere o autuado é o imposto devido pela operação própria, e que no Auto de Infração estaria sendo cobrado o ICMS devido por antecipação parcial consoante previsto o artigo 515-C, inciso II, do RICMS/BA. Observo que este dispositivo regulamentar não foi citado no Auto de Infração, apenas na informação fiscal.

O Protocolo ICMS n° 17/04, embora também não mencionado no Auto de Infração, estabelece procedimentos nas operações que especifica com álcool etílico hidratado combustível - AEHC e álcool para fins não-combustíveis e, na data da operação objeto da ação fiscal, o aludido Protocolo tinha, e ainda tem como signatários, dentre outras Unidades Federativas, os Estados nos quais se localizam o remetente (Espírito Santo) e o destinatário (Bahia). Dispõe esta norma:

Protocolo ICMS n° 17/04:

Cláusula segunda. O estabelecimento industrial ou comercial que promover saída interna ou interestadual de AEHC ou de álcool para fins não-combustíveis, antes de iniciada a remessa, efetuará o recolhimento do imposto destacado na Nota Fiscal relativa à operação de saída, observando-se:

(...)

Cláusula terceira. Fica atribuída a condição de sujeito passivo por substituição ao estabelecimento que promover saída interestadual de AEHC ou de álcool para fins não-combustíveis, quanto à antecipação de parcela do imposto, em favor da Unidade da Federação de destino, observando-se:

(...)

Cláusula quarta. Nas entradas de AEHC e álcool para fins não-combustíveis provenientes de outra Unidade da Federação não-signatária deste Protocolo ou na hipótese de o imposto não ter sido recolhido pelo estabelecimento remetente, nos termos da cláusula terceira, o recolhimento será realizado pelo adquirente por ocasião da passagem da mercadoria pela primeira unidade fiscal da primeira Unidade da Federação do percurso, ainda que distinta daquela de destino, observando-se:

(grifos nossos)

Igualmente prevê o artigo 515-D do RICMS/BA, em redação com efeitos de 29/07/2004 a 28/02/2011, por conseguinte vigente na data de ocorrência do fato gerador objeto da imputação:

RICMS/BA:

art. 515-D. Será exigida dos estabelecimentos industriais e comerciais a antecipação parcial do imposto de que trata o artigo anterior nas entradas de AEHC e álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, oriundos de unidade da Federação não-signatária do Protocolo ICMS 17/04 ou na hipótese de o imposto não ter sido recolhido pelo estabelecimento remetente, nos termos do artigo anterior, por

ocasião da passagem da mercadoria na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, observando-se o seguinte:

(grifos nossos)

Assim, não tendo sido pago o imposto devido por antecipação parcial na operação objeto da presente lide pelo estabelecimento remetente, ora autuado, cabe ao destinatário a responsabilidade supletiva por este o recolhimento em favor do Estado da Bahia pelo que, nesta situação, configura-se a ilegitimidade passiva da qual necessariamente decorre a nulidade da autuação nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração e represento à autoridade fazendária competente, nos termos do artigo 156 do mesmo Regulamento, para a instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do destinatário, a fim de que seja verificado o cumprimento da obrigação tributária principal relativa à operação interestadual objeto da presente ação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210412.1104/10-9**, lavrado contra **AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA**.

Representa-se à autoridade fazendária competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para a instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do destinatário, a fim de que seja verificado o cumprimento da obrigação tributária principal relativa à operação interestadual objeto da presente ação fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR