

A. I. Nº - 206930.0004/10-7
AUTUADO - IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A.
AUTUANTES - NIWTON DE BARROS MACEDO e MARCO ANTÔNIO DE SOUZA FORTES
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 15.12.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0322-04/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que a quase totalidade das operações objeto do levantamento fiscal refere-se a operações de simples remessa por conta e ordem não cabendo a exigência do imposto por parte do estabelecimento autuado. Afastada a exigência do imposto relativo a operações destinadas à industrialização e mantido o valor de venda destinada a uso por estabelecimento localizado neste Estado. Infração elidida em parte. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 13/05/10 para exigir ICMS no valor de R\$1.111.729,33 acrescido da multa de 60% referente à falta de retenção do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte realizou vendas sem efetuar a retenção e recolhimento do ICMS-ST, alegando suposta contra ordem, mas mesmo intimado não apresentou cópias das notas fiscais com a devida retenção do imposto por parte da GM [General Motors], empresa que alega ter efetuado o cálculo e recolhimento do imposto devido ao Estado da Bahia, conforme demonstrativos sintéticos e analíticos juntados ao processo e entregues ao autuado.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 92/103, inicialmente ressalta a tempestividade da defesa, descreve a infração e preliminarmente suscita a nulidade por ilegitimidade passiva visto que as operações objeto da autuação referem-se a “simples remessas de produtos em virtude de vendas à ordem” feitas a General Motors do Brasil LTDA (GM), nos termos do art. 40 do Conv. ICMS “s/nº, de 15/12/70” hipótese em que não há obrigatoriedade de reter e recolher ICMS-ST.

Diz que o imposto foi destacado e pago na operação de venda a GM localizada no Estado de São Paulo e também quando da realização de venda da GM aos clientes situados no Estado da Bahia.

Pondera que não efetuou venda a contribuintes baianos e consequentemente não figura no pólo passivo desta relação jurídica, motivo pelo qual requer a nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva, incorrendo em dupla tributação e ausência de elementos suficientes para se determinar a infração e o infrator, nos termos do art. 18 do RPAF/BA.

Alega ainda que não tendo logrado êxito em obter as notas fiscais de revenda por parte da GM requer que seja intimada aquela empresa localizada na Avenida General Motors, 129 – Iporanga – Sorocaba/SP, CNPJ 59.275.792/0010-84, conforme discriminado no Demonstrativo Anexo ao Auto de Infração e as respectivas guias de recolhimento.

No mérito, ressalta que o art. 155 da CF delega competência aos Estados e Distrito Federal para instituir o ICMS, realizou venda para a GM localizada no Estado de São Paulo, destacando e

recolhendo o imposto correspondente, por se tratar de “vendas à ordem” emitiu a nota fiscal de simples faturamento sem destaque do ICMS, para acompanhar o transporte dos produtos enviados diretamente aos clientes da GM estabelecidos no Estado da Bahia.

Entende que não lhe cabe fazer a retenção e o recolhimento do ICMS-ST daquelas operações, por não ter realizado vendas a clientes no Estado da Bahia e sim localizado no Estado de São Paulo, a exemplo das notas fiscais de simples remessa de nºs 507971, 508849 e 512712 destinadas à Aliança Veículos Ltda, cliente da GM localizada no Estado da Bahia”.

Ressalta que o ICMS-ST foi destacado na operação de venda a GM situada no Estado de São Paulo e da mesma forma o ICMS-ST foi retido e recolhido para o Estado da Bahia pelas revendas da GM.

Em seguida tece comentário sobre a multa aplicada que entende ser confiscatória segundo a doutrina e jurisprudência. Transcreve decisões do STF acerca da proporcionalidade da multa, descumprimento de obrigações tributárias e diz que a multa de 60% é excessiva. Por fim, requer seja declarada a nulidade da autuação, se não atendida, que seja intimada a GM para apresentar as notas fiscais de revenda dos produtos.

Os autuantes na informação fiscal prestada (fls. 115/117), inicialmente comentam sobre a acusação, argumentos defensivos e diz que a seguir pretende demonstrar que o impugnante não procedeu em conformidade com o que determina o art. 40, §3º do Ajuste SNIEF/70.

Quanto à afirmação de que destacou e recolheu o ICMS-ST para o Estado de São Paulo, ressaltam que não sendo devido ao Estado da Bahia não foi objeto da fiscalização. Com relação às vendas à ordem para o Estado da Bahia, afirmam que foram emitidas notas fiscais sem a devida retenção e recolhimento do ICMS-ST, para este Estado e que o autuado tendo afirmado que o imposto da operação foi retido e recolhido pela GM/SP, não foi trazida ao processo esta comprovação.

Ressaltam que o contribuinte foi intimado diversas vezes, conforme documentos às fls. 83/86 para apresentar cópias das notas fiscais correspondentes relacionadas no demonstrativo analítico (fls. 09/82) com preenchimento do campo de informações complementares, número de série da nota fiscal correspondente da GM a qual estaria retido o imposto, mas não foram apresentadas.

Transcreve o § 3º do art. 40 do ajuste SNIEF/70 que determina a obrigatoriedade de indicar a nota fiscal correspondente nas vendas à ordem, mas isto não foi feito, bem como na defesa alegou não ter logrado êxito em obter as notas fiscais correspondentes junto a GM/SP o que considera imprescindível para descaracterizar a infração, mas não foram juntadas aos autos, sendo que o relatório juntado à fl. 104 é insuficiente para a devida comprovação.

Quanto ao caráter confiscatório da multa remete para o CONSEF sua apreciação.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência no sentido de que fosse intimado o autuado para apresentar as cópias das notas fiscais de Remessa por Conta e Ordem de Terceiros e de remessa simbólica (Venda à Ordem) correspondente, excluindo os valores comprovados.

Em atendimento ao determinado pelo CONSEF os autuantes intimaram a empresa, tendo a mesma juntado cópias das notas fiscais requisitadas às fls. 134/477 acompanhadas de relação das notas fiscais de simples remessa e nota fiscal de venda emitida pela General Motors (fls. 130/133).

No documento juntado às fls. 123/124 manifestou que como determina a legislação tributária emitiu as notas fiscais de simples remessa sem destaque do ICMS tão somente para acompanhar o transporte dos produtos enviados da GM estabelecida no Estado do Rio de Janeiro para clientes localizados no Estado da Bahia e que não tem a posse das notas fiscais emitidas pela GM, motivo pelo qual não apresentou à fiscalização em atendimento a intimação que lhe foi feita.

Um dos autuantes apresentou nova informação fiscal (fl. 478) informando que quando da constituição do crédito tributário o contribuinte foi intimado várias vezes, mas não apresentou cópia das notas fiscais de simples remessa “com informação do número das notas fiscais da GM as quais constavam o ICMS destacado”.

Destaca que as notas fiscais destinadas às empresas Fortik Nordeste, Bridgestone, Firestone e Caramuru Alimentos, trata-se de produto óleo de processo, utilizado em atividade de industrialização dos destinatários, que por engano foram emitidas com CFOP indevido e diante dos esclarecimentos prestados pela empresa (fl. 121), foram excluídas do levantamento fiscal.

Afirma que com a apresentação das cópias das notas fiscais durante o cumprimento da diligência e os esclarecimentos do autuado, restou devido apenas o ICMS-ST relativo à nota fiscal 870631 conforme demonstrativo à fl. 122 com valor devido de R\$197,30.

A Secretaria do CONSEF intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fls. 480/482) não tendo o mesmo se manifestado. Foi juntado à fl. 483 detalhe da situação do processo no Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária (SIGAT).

VOTO

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração por entender que não figura no pólo passivo na condição de sujeito passivo como contribuinte substituto com relação às operações de venda para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que a fiscalização identificou operações de remessa de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por parte do estabelecimento autuado, por conta e ordem de terceiros e durante a fiscalização não apresentou os documentos fiscais pertinentes mesmo que intimado pela fiscalização. Diante da não apresentação dos documentos fiscais que acobertaram aquelas operações, a fiscalização efetuou o lançamento para exigir o imposto de direito do Estado da Bahia.

Entretanto, em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF foram carreadas ao processo, as notas fiscais que acobertaram as operações com as mercadorias objeto da autuação, isentando a responsabilidade do pagamento do ICMS-ST na quase totalidade das operações.

Considerando a possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, deixo de pronunciá-la em conformidade com o disposto no art. 155, Parágrafo Único do RPAF/BA (art. 249 do CPC), e passo a fazer apreciação do mérito.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS referente à falta de retenção do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Conforme apreciado acima, a fiscalização elaborou demonstrativo no qual relacionou notas fiscais de simples remessa emitidas pelo estabelecimento autuado e apurou o ICMS-ST que seria devido ao Estado da Bahia (fls. 9/82). Em seguida intimou a empresa para apresentar cópia das notas fiscais (fls. 83/86) e não atendido, efetuou o lançamento para exigir os valores devidos.

Na defesa apresentada a empresa alegou que as operações objeto da autuação tiveram o imposto destacado e pago nas operações de venda a GM localizada no Estado de São Paulo e que fez a remessa das mercadorias por conta e ordem da GM e que caso não tenha sido feita a retenção do ICMS-ST para o Estado da Bahia, o imposto deve ser exigido daquela empresa.

Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF, a empresa juntou cópias das notas fiscais de venda a GM localizada no Estado de São Paulo nas quais foram destacados o ICMS substituto e a cópia da nota fiscal de simples remessa por conta e ordem da GM (fls. 134/477) na qual foi indicado o número das notas fiscais correspondentes emitidas pela GM. Tomo como exemplo a nota fiscal 507970 emitida em 02/01/06 contra a GM/SP com valor total de R\$5.632,11 na qual foi destacado o ICMS-ST no valor de R\$1.250,41, cujas mercadorias foram remetidas por conta e ordem da GM com a nota fiscal nº 507971 na qual foi indicado que corresponde a venda através das notas fiscais nº 507970 e nº 331894 emitidas pela GM (fls. 134/135).

Pelo exposto, restou comprovado que a maioria das operações de simples remessa por conta e ordem que foram objeto da autuação não gera obrigação de pagamento do ICMS-ST para o Estado

da Bahia por parte do estabelecimento autuado e improcedente a exigência fiscal em relação àquelas operações.

Ressalte-se que com relação às operações de vendas por parte da GM para estabelecimentos localizados no Estado da Bahia, como consta a indicação das notas fiscais correspondentes nas notas fiscais de simples remessa emitidas pelo estabelecimento autuado, a critério da autoridade administrativa, pode ser objeto de verificação para certificar-se que o ICMS-ST tenha sido regularmente recolhido aos cofres do Estado da Bahia.

Também, embora os autuantes não tenham indicado as notas fiscais correspondentes, deve ser afastada a exigência do ICMS-ST relativo às notas fiscais de vendas de óleo de processo empregados na industrialização (borracha, tintas) destinadas às empresas Fortik Nordeste, Bridgestone Firestone e Caramuru Alimentos, que segundo a fiscalização por engano foram emitidas com CFOP indevido e devidamente excluídas do levantamento fiscal.

Por fim, restou devido o ICMS-ST relativo à nota fiscal nº 870631 destinado a consumo da empresa Florence Florestal Nordeste Ltda localizada no município de Nova Vicoso - BA, conforme demonstrativo à fl. 122 com valor devido de R\$197,30 valor este que não foi contestado pelo autuado após tomar conhecimento do resultado da diligência.

Quanto à alegação de que a multa é confiscatória, observo que a mesma é prevista na Lei 7.014/96 (art. 42, II, "e"), portanto é legal e deve ser mantida.

Dante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206930.0004/10-7**, lavrado contra **IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$197,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e" da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a", 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR