

**A. I. Nº** - 019803.0104/08-1  
**AUTUADO** - SERGIO AQUINO WANDERLEI  
**AUTUANTE** - LUCIENE MENDES DA SILVA PIRES  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**INTERNET** 25.09.2012

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0263-05/12

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS, E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO AO ESTADO DA BAHIA, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Exigência relativa às operações subsequentes de vendas de mercadorias oriundas do Distrito federal, signatário do Protocolo ICMS 49/08. Não há registro nos autos que demonstre esforço da autoridade competente em efetuar a cobrança do lançamento fiscal junto ao remetente da mercadoria, conforme se depreende da leitura da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 41/08 de 04/04/2008, alterado pelo Protocolo ICMS 48/08 de 08/05/2008. Para fins de atribuição da chamada responsabilidade supletiva ao autuado, no que preceitua § 1º do art. 125 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, teria de ser feita prova do preenchimento dos requisitos legais para atribuição dessa modalidade de responsabilidade. Infração insubsistente por ilegitimidade passiva. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 20/06/2008, foi atribuído ao sujeito passivo, estabelecido no Estado da Bahia, o cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS por ter deixado de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, em vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, exigindo ICMS no valor de R\$2.475,60, acrescido da multa de 60%.

Na descrição dos fatos, o autuante alega que não houve retenção, em favor do Estado da Bahia, o ICMS devido por substituição, relativo às mercadorias oriundas do Distrito Federal signatário do Protocolo ICMS 49/08 sem recolhimento do ICMS nas Notas Fiscais (AVULSA) nºs 44196, 44197, 44198 e 44199, acostadas aos autos às fls. 08/11.

O contribuinte autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 20 a 21, com documentos anexos, acostados aos autos, pleiteando a anulação do Auto de Infração nos termos que passo a expor.

Das razões para anulação do auto de infração, o autuado relaciona os seguintes itens: (i) as mercadorias estavam acompanhadas de documento fiscal emitido pelo remetente. Diz que o autuante cita as Notas Fiscais nºs 44196, 44197, 44198 e 44199 como avulsas, quando, na verdade, são notas do remetente Industria Rossi Eletromecânica Ltda, estabelecida em Taguatinga do Norte (DF, inscrito no CNPJ sob nº 00.736.546/0001-05); (ii) as mercadorias adquiridas para comercialização constantes nestas referidas notas fiscais são conjunto movimentador (portões eletrônico) e peças componentes para instalações destes portões (mola, bucha, arruela, cremalheira), conforme demonstram as notas fiscais; (iii) não possui em seu objeto social a atividade de revenda de Peças e Acessórios para uso em veículo automotor, conforme entendeu a Agente Fiscal. O objeto social constante em seu cadastro da SEFAZ/BA é o de Comercio Varejista de Material Elétrico (CNAE 47423-00) e Instalação e Manutenção Elétrica (CNAE 43215-00). Diz, ainda, que comercializa exclusivamente portões eletrônicos; (iv) alega que não houve a aquisição de peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores. Afirma que as mercadorias descritas nas Notas Fiscais nºs 44196, 44197, 44198 e 44199, são portões eletrônicos e

partes componentes (mola, bucha, cremalheira, arruela); e (v) não houve fato gerador do ICMS por substituição tributária, pois não houve a aquisição de mercadorias oriundas do DF, estado signatário do Protocolo ICMS 49/08 enquadradas no regime de substituição tributária e cita o art 353 do RICMS/BA que descreve.

Conclui, portanto, alegando ser incabível o Auto de Infração, pois ocorreu confusão do Agente Fiscal ao lavrar o Auto de Infração, confundindo a aquisição de conjunto movimentadores (portões eletrônicos) e peças para suas instalações, com a aquisição de peças para veículos automotores, voltando a citar a descrição do que reza o art. 353 do RICMS, frisando que não houve fato gerador que sustente a autuação, pois não adquiriu mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Assim, pede a completa anulação do referido Auto de Infração, com restituição total do pagamento (fl. 26) efetuado.

A Fiscal Autuante em sua informação fiscal a fl. 32/33, inicialmente, traz a tona às alegações de defesa do autuado, para em seguida destacar que, após reexaminar o presente processo, constata que as mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 44196 (Classificação Fiscal nº 0001:8428.90.90), 44197 (Classificação Fiscal nº 0001:8428.90.90) 44198 (Classificação Fiscal nº 0001:3915.90.00, 0002:3925.90.00, 0003:7313.11.00 e 0004:7318.21.00) e 44199 (Classificação Fiscal nº 0001:8532.30.90) não estão contidas no Protocolo ICMS 49/08. Por outro lado, as mercadorias contidas no Protocolo ICMS 49/08 (fls. 36/40) são as constantes da Nota Fiscal nº 44197 (Classificação Fiscal nº 0002:8483.40.90) e da Nota Fiscal nº 44198 (Classificação Fiscal nºs 0005:8483.30.20 e 0006:8708.29.99).

Em consequência diz ter refeito o demonstrativo de debito (fl. 34), ficando o imposto a pagar no valor de R\$510,04.

#### **VOTO**

Inicialmente há de se ressaltar que, apesar do autuado ter recolhido o valor exigido na autuação em mesmo dia da ação fiscal, tal fato não caracteriza reconhecimento do sujeito passivo do valor exigido, mas sim uma conduta para liberação da mercadoria apreendida, uma vez que se trata de Auto de Infração Modelo 4, conforme entendimento observado em algumas decisões da câmara. O Auto de Infração foi lavrado em 20/06/2008 (fl.01), por sua vez o autuado recolheu o crédito reclamado no dia 26/06/2008 (fl.26), mesmo dia da autuação, e apresentou Defesa, com tempestividade, no dia 18/07/2008 (fl.19).

Versa a autuação sobre a atribuição ao sujeito passivo do cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS por ter deixado de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, em vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A alegação do autuante é de que não houve retenção, em favor do Estado da Bahia, do ICMS devido por substituição, relativo a mercadorias oriundas do Distrito Federal, signatário do Protocolo ICMS 49/08. Na realidade o Protocolo ICMS 49/08, datado de 08/05/2008, com seus efeitos produzindo a partir de 1º de junho de 2008, foi editado para alterar algumas cláusulas e o anexo único do Protocolo ICMS 41/08 de 04/04/2008 que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com peças, componentes e acessórios, para veículos automotores e outros fins.

Seja o Protocolo ICMS 41 ou 48, trazem expresso em seu anexo único de que as mercadorias descritas com as Codificações Fiscais (NCM) na posição 8483 e 8708 estão sob égide da substituição tributária, porém que essas mercadorias estejam associadas às operações de vendas relacionadas com peças, componentes e acessórios para veículos automotores e outros fins.

Em que pese o autuado ter destacado em sua manifestação de defesa de que os produtos objeto da autuação não se relacionar a peças, componentes e acessórios para veículos automotores e sim, que os produtos constantes das Notas Fiscais nºs 44196, 44197, 44198 e 44199 relacionam a conjunto movimentador de portões elétricos e peças componentes para instalações desses portões, não justifica dizer que tais produtos estariam fora Protocolo ICMS 49/08, pois a própria ementa do citado protocolo destaca que a substituição tributária contempla operações com peças, componentes e acessórios para outros fins, que não veículos automotores.

Na realidade o critério objetivo das mercadorias adquiridas pelo autuado estarem enquadradas no Protocolo ICMS 49/08 é a descrição da Codificação Fiscal (NCM) do produto comercializado expresso no campo de “*Dados Adicionais*” das notas fiscais, objeto da autuação, onde se observa o registro, dentre outros, da Codificação Fiscal na posição NCM 8428 e 8708. As mercadorias adquiridas sob essas codificações estão acobertadas pelo Protocolo ICMS 49/08. As demais mercadorias, objeto da autuação, com registro da Codificação Fiscal posição NCM 3915, 3925, 7318 e 8532 não estão contempladas no Protocolo ICMS 49/08.

Não obstante esta constatação, a redação original da cláusula primeira do Protocolo ICMS 41/08, com efeito, até 31/10/2008, não alterada pelo Protocolo ICMS 49/08, período este que acoberta a ação fiscal objeto em análise, trás a seguinte redação:

*“Cláusula primeira: Nas operações interestaduais com peças, componentes, acessórios e demais produtos listados nos anexos deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, relativo às operações subsequentes.” (Grifo nosso)*

Como tal, à luz da cláusula primeira acima destacada, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes no que estabelece o instituto da substituição tributária, referentes às mercadorias do Auto de Infração em tela, é do remetente na qualidade de sujeito passivo por substituição e não do adquirente, no caso específico o autuado, como acusa a Fiscal Autuante na descrição dos fatos da autuação.

Não obstante essa constatação, em face da redação do § 1º do art. 125 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época dos fatos em discussão, nas aquisições de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, no caso específico Protocolo ICMS 49/08, não tendo sido feita à 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, do mesmo diploma legal, 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.

Porém, não observo nenhum registro nos autos que demonstre esforço da autoridade competente em efetuar a cobrança do lançamento fiscal junto ao remetente da mercadoria, conforme depreende a leitura da cláusula primeira do Protocolo ICMS 41/08 de 04/04/2008, alterado pelo Protocolo ICMS 48/08 de 08/05/2008. Para fins de atribuição da chamada responsabilidade supletiva ao autuado, no que preceitua § 1º do art. 125 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, teria de ser feita prova do preenchimento dos requisitos legais para atribuição dessa modalidade de responsabilidade, o que não observo no presente processo administrativo fiscal.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração por ilegitimidade passiva da obrigação tributária.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 019803.0104/08-1, lavrado contra **SERGIO AQUINO WANDERLEI**.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR