

A. I. Nº - 124157.0545/12-4
AUTUADO - INDUSCAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARROCERIAS LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET 05.06.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0112-04/13

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. Trata-se de operação de circulação de mercadorias entre os Estados da Federação com destino ao consumidor final, pessoa jurídica estabelecido no Estado da Bahia. A disposição do Convênio 132/92 não se aplica a não contribuinte do ICMS. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 09/04/2012, foi atribuído ao sujeito passivo, estabelecido no Estado de São Paulo, 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\$ 74.400,00, acrescido da multa de 60%.

Na descrição dos fatos, o autuante alega que no exercício das suas funções fiscalizadoras, constatou as seguintes irregularidades: *deixou de proceder ao lançamento e o consequente recolhimento do ICMS referente aos DANFE's nºs 0118453, 0118393, 0118447, 0118387, 0118448 e 0118388, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária correspondente ao diferencial de alíquota, na venda de bens do Ativo Imobilizado, produtos elencados no Convenio ICMS nº 132/92, destinados a contribuinte localizado no Estado da Bahia.*

O contribuinte autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 58 a 71, com documentos anexos, salientando insubsistência e improcedência da autuação nos termos que passo a expor.

Preliminarmente, quanto aos fatos, discorre que é pessoa jurídica que exerce a atividade industrial, dedicando-se à fabricação de carrocerias para ônibus, conforme se verifica por meio de seus atos constitutivos (fls. 47/56). Em seguida diz que, ao realizar operação de remessa de bens destinados ao ativo imobilizado da COLETIVOS SÃO CRISTÓVÃO LTDA, CNPJ nº 17.251.034/0005-85, sociedade empresária não contribuinte do ICMS estabelecida no Estado da Bahia (fl. 46), foi submetida à fiscalização por parte dos Srs. Agentes Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, tendo sido surpreendida com as conclusões levadas a cabo pela ação fiscal correspondente, que resultaram na lavratura do Auto de Infração em questão, no valor de R\$ 119.040,00, isso em razão de ter – supostamente – deixado de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.

Todavia, diz que tal entendimento não merece prosperar, conforme adiante será demonstrado, devendo assim ser integralmente cancelada a exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração ora impugnado. Conclui dizendo que esses são, em apertada síntese, os fatos.

Quanto ao mérito destaca que prescreve a Constituição Federal, em seu o artigo 155, inciso II, parágrafo 2º, inciso VII, alíneas 'a' e 'b', e inciso VIII, o seguinte:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;” (destacou-se e grifou-se)

Assim destaca que, a simples leitura do dispositivo constitucional acima transcrito, verifica-se claramente que, para operação de remessa de bem e/ou prestação de serviço a destinatário – consumidor final – estabelecido em outro Estado da Federação, a apuração do ICMS a ser recolhido em favor do Estado de origem será realizada (i) adotando-se a alíquota interestadual, caso tal destinatário seja contribuinte do ICMS e, (ii) em não sendo contribuinte do ICMS o destinatário do bem e/ou do serviço, adotando-se a alíquota interna.

E mais, diz o autuado, que ao Estado onde está localizado o estabelecimento destinatário da remessa do bem e/ou da prestação de serviço (consumidor final), somente na hipótese desse estabelecimento destinatário se tratar de contribuinte do ICMS, é que lhe será devido valor a título desse imposto (correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual).

Destaca, ainda, que tanto é assim que a própria legislação de regência do Estado da Bahia, RICMS do Estado da Bahia (Decreto nº 6.284/1997), em seu artigo 5º, que o cita, ao pontuar precisamente o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, para fins de pagamento da diferença de alíquotas ao Estado destinatário, prescreveu expressamente que será quando *“da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento”*.

Com efeito, diz que, conforme já mencionado, ao realizar operação de remessa de bens destinados ao ativo imobilizado da COLETIVOS SÃO CRISTÓVÃO LTDA. (CNPJ nº 17.251.034/0005-85), sociedade empresária não-contribuinte do ICMS – conforme se verifica da anexa “Consulta Pública ao Cadastro do Estado da Bahia” (SINTEGRA) expedido em nome dessa sociedade – estabelecida no Estado da Bahia, somente poderia se submeter, como de fato aconteceu, a teor do disposto no artigo 155, inciso II, parágrafo 2º, inciso VII, alínea ‘b’, da Constituição Federal, ao pagamento do ICMS correspondente ao Estado de origem (São Paulo), apurado à alíquota interna nos termos de legislação de regência do Estado de São Paulo.

Assim sendo, destaca que, não há que se falar no presente caso em ICMS devido por ela, na condição de substituta tributária, ao Estado da Bahia, já que, no presente caso, é o Estado onde se localiza o destinatário. Por tal razão, é que se impõe, no caso dos autos e diante do exposto, o cancelamento do débito fiscal reclamado pelo Auto de Infração em referência.

Sobre a sistemática de distribuição do ICMS prevista pela Constituição Federal (art. 155, II, §2º, VII, ‘b’) a caso análogo ao presente, cita decisão do STJ. Ademais cita o entendimento desta Secretaria de Fazenda, em cenário bastante semelhante ao caso do Auto de Infração em tela, de que ao Estado onde está situado o destinatário (consumidor final) do bem remetido e/ou do serviço prestado, somente será devido o ICMS, correspondente ao diferencial de alíquotas, caso tal destinatário seja contribuinte desse imposto. E destaca os Pareceres nºs 14.135/2010, 10.388/2009 e 10.255/2008, bem como o Parecer nº 18.636/2010, que o cita em sua íntegra.

Assim, a teor dos Pareceres acima transcritos, subscritos pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conjugados aos ditames constitucionais acerca da matéria e à legislação de regência, diz concluir, de forma peremptória, que não há que se falar no presente caso em ICMS devido ao Estado da Bahia, já que tal imposto (correspondente à diferença de alíquotas) somente seria devido pela mesma, na condição sujeito passivo por substituição tributária, diante de operação de remessa de bem destinado ao ativo imobilizado de destinatário (consumidor final) estabelecido no Estado da Bahia e contribuinte do ICMS, circunstância essa que – definitivamente – não é a do caso concreto.

Desta forma, alega que, em razão de tudo quanto foi exposto acima, considerada a absoluta insubsistência da autuação ora impugnada, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que o Auto de Infração em referência é manifestamente insubsistente, devendo ser considerada improcedente a exigência fiscal correspondente.

Afora tudo o quanto até aqui exposto, é de se registrar ainda o necessário cancelamento / redução da multa aplicada no presente caso com fundamento no artigo 42 da Lei nº 7.014/1996, correspondente a 60% do valor do ICMS cobrado.

Isso porque, diz a autuada, muito embora tal multa tenha sido inserta no Auto de Infração em referência em razão do suposto descumprimento – por sua parte – de obrigação acessória, relativa à retenção do ICMS (dada a sua condição de substituto tributário), conforme anteriormente demonstrado, não se deu a incidência do ICMS (correspondente ao diferencial de alíquotas) sobre as operações realizadas pela Defendente, do que decorre que não ocorreu de forma nenhuma descumprimento de obrigação tributária acessória pela Defendente, razão pela qual não há que se cogitar em aplicação da aludida multa.

Ainda que se pudesse cogitar acerca da hipótese de aplicação da multa no caso concreto, o que se admite apenas a título de argumentação, destaca a defendente, é de toda forma imperativa, por razões de justiça fiscal e nos termos do artigo 23 do Regimento Interno do CONSEF (Decreto nº 7.592/1999), que dispõe no sentido de que compete às Juntas de Julgamento Fiscal “*reduzir ou cancelar as multas por descumprimento de obrigações acessórias, desde que fique provado que as infrações foram praticadas sem dolo, má-fé, fraude ou simulação e não tenham implicado falta de recolhimento de tributo*”, dada a não ocorrência de dolo, má-fé, fraude ou simulação por parte sua parte (que realizou a aludida remessa de bens com amparo no direito acima demonstrado), a redução da multa aplicada, o que desde já também se requer.

Em razão de tudo quanto foi exposto, considerada a absoluta insubsistência da autuação, destaca o Contribuinte Autuado, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que o Auto de Infração ora impugnado é manifestamente insubsistente, devendo ser considerada improcedente a exigência fiscal.

Requer, por fim, nos termos dos artigos 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 7.629/1999) e 143 Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/1981), que todas as intimações relativas ao processo administrativo em referência sejam dirigidas diretamente, por via postal, ao endereço da Defendente, vale dizer, na Rodovia Marechal Rondon, s/nº, km 252,2, Zona Industrial, CEP 18.607-810, Botucatu, SP.

O fiscal autuante em sua informação fiscal as fls. 77/89, inicialmente, argumenta que a defendente, tendo, pois, efetuado operação de venda interestadual com Mercadorias Tributáveis elencadas na Substituição Tributária de acordo preceitos contido no Convenio ICMS 132/92, através dos DANFE'S nº 0118453 / 118393 / 118448 / 118388 / 0118447 / 0118387, contemplando bens a serem integrados a Ativo Imobilizado, originados do Estado de São Paulo (Estado signatário do referido Convênio), e destinados a empresa COLETIVOS SÃO CRISTÓVÃO LTDA, situada no Estado da Bahia, incorreu em descumprimento da exigência contida na Legislação pertinente, pelo fato de ter deixado de proceder à retenção do ICMS-ST e/ou efetuar o pagamento do imposto devido pela operação, na qualidade de sujeito passivo por Substituição Tributária referente à diferença de alíquota, conforme exige o Diploma Legal, a saber:

Primeiramente, esclarece que o ICMS foi instituído pela Lei nº 7.014/96, regulamentado pelo Decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997 e, posteriormente, pelo Decreto n. 13.780 de 16 de março de 2012. Assim diz, com fito em defender os interesses do Erário Estadual, procedeu a lavratura do Auto de Infração acima identificado, lastreado nos preceitos legais, após identificação e enquadramento do ilícito fiscal. Em seguida descreve todos os termos do Convenio ICMS 132/92, destacando o Anexo II, grifando a NBM/SH 8702.10.00.

Em complementação ao esclarecimento acima, diz que, em consonância com o Convênio ICMS 132/92 referido acima, está o Regulamento do ICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 de 16 de março de 2012, mais precisamente nos seus artigos 295 e 301, que os transcreve.

Assevera que, vale salientar que os dispositivos legais que respaldou a presente ação fiscal estão ancorados na Lei nº 7.014 de 04 de dezembro de 1996, parcialmente aqui reproduzida, os artigos sobre incidência, infrações e penalidades.

Sobre o aspecto da alegação de defesa, diz que o sujeito passivo da presente ação fiscal, equivocou-se quanto à interpretação da legislação no que pese o enunciado do Convênio ICMS 132/92, cláusula segunda, aqui reproduzido: “ *o disposto na cláusula anterior, aplica-se, no que couber, a estabelecimento destinatário que efetuar operação interestadual, para fins de comercialização ou integralização no ativo imobilizado.*” Diz que, claro está, que o legislador, ao deixar de frisar o termo Contribuinte no texto, o que restringiria o alcance da exigência fiscal, refere-se a todas as operações que envolvam a comercialização dos bens elencados no referido convênio.

Quanto aos destaques de conclusão de sua informação fiscal, diz que a autuada não acostou ao PAF elementos que mudassem o seu entendimento e pudessem inibir a presente ação fiscal e, evidente está, que não respeitou as normas legais, especialmente aquelas albergadas pelo Convênio ICMS 132/92, no que se refere à Diferença de Alíquota do ICMS-ST em bens destinado a integrar o Ativo Fixo do destinatário, cujo alcance engloba os produtos comercializados pela defendente e, que, ao deixar de efetuar a retenção e/ou pagamento do ICMS por Substituição Tributária, conforme exigências do RICMS/BA expressada no Decreto nº 13.780/12, descumpriu uma obrigação tributária, já pacífico de entendimento, de acordo com resolução deste Egrégio Conselho de Fazenda estadual.

Portanto, diz que, correto é afirmar, que a autuada, deixou de atender a exigência fiscal no tocante à Substituição Tributária do ICMS correspondente à Diferença de Alíquota, dos DANFE's acima referidos, à luz da legislação vigente, caracterizando o ilícito fiscal que ensejou a lavratura do competente auto de infração, com intuito de reclamar o crédito tributário originado pela operação, de forma a resguardar a fazenda pública estadual.

Diante do exposto, lícitamente, pede que o multicitado Auto de Infração seja mantido na sua íntegra, e julgado procedente, por entender ser de direito e justiça.

VOTO

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 ao diferencial entre as alíquotas interna e interestadual sobre a venda da mercadoria descrita nos DANFE's nºs 0118453 (fl. 8), 0118393(fl. 9), 0118447(fl. 12), 0118387(fl. 13), 0118448(fl. 14), e 0118388(fl. 15), na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária correspondente ao diferencial de alíquota, na venda de bens do Ativo Imobilizado, produtos elencados no Convenio ICMS nº 132/92, destinados a contribuinte localizado no Estado da Bahia.

O Convenio ICMS 132/92 diz respeito à substituição tributária nas operações com veículos automotores, onde o regramento da cláusula primeira, alterada com os efeitos a partir de 01/01/1999, trás a seguinte disposição:

*Cláusula primeira - Nas operações interestaduais com veículos novos classificados nos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, indicados no Anexo II, fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas até e inclusive à promovida pelo primeiro estabelecimento revendedor varejista ou entrada **com destino ao ativo imobilizado.**(Grifo nosso)*

Ocorre que tal regramento é aplicado em operações de circulação de mercadorias interestaduais entre contribuintes do ICMS, que não é o caso em questão. Trata-se de operações de vendas (CFOP 6107) e retorno de mercadoria por conta e ordem do adquirente (CFOP 6925) de um Contribuinte do ICMS estabelecido no Estado de São Paulo, a INDUSCAR INDUSTRIA E COMERCIO DE CARROCERIAS (CNPJ 02.907.841/0001-02), nome de fantasia CAIO INDUSCAR, para uma sociedade empresaria não contribuinte do ICMS, a COLETIVOS SÃO CRISTOVÃO LTDA (CNPJ 17.251.034/0005-85), estabelecida no Estado da Bahia.

Portanto uma operação acobertada pelo que dispõe a Constituição Federal, em seu o artigo 155, inciso II, parágrafo 2º, inciso VII, alíneas “b”, que prescreve:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;(Grifo nosso)

É dizer, da leitura do dispositivo constitucional acima transcrito, que, para operação relativa à circulação de mercadorias interestadual, destinada a consumidor final, a apuração do ICMS deve ser calculado adotando-se a alíquota do Estado de origem da operação e todo o imposto recolhido em favor do mesmo. No caso em análise está provado nos autos que o destinatário da mercadoria, a sociedade empresária COLETIVOS SÃO CRISTOVÃO LTDA não é contribuinte (fl. 46) do ICMS. Portanto uma operação acobertada pela prescrição constitucional do art. 155, inciso II, § 2.º, inciso VII, alínea “b” acima destacado.

Caberia diferencial de alíquota caso a operação de circulação interestadual tivesse ocorrido entre contribuintes do ICMS, hipótese essa que caberia ao Estado da localização do destinatário do produto, no caso o Estado da Bahia, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. É o que depreende da alínea “a” do inciso VII, combinado com inciso VIII, do § 2.º, do mesmo dispositivo constitucional anteriormente destacado, que descreve:

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto; (Grifo nosso)

VIII - na hipótese da alínea “a” do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;” (Grifo nosso)

Reforça nosso entendimento os termos dos Pareceres nºs 14.135/10, 10.388/09 e 10.255/08, emitidos pela Secretaria da Fazenda, citados pela defendente em sua defesa, em que são taxativos, conforme descritos em suas ementas, de que não é devida a diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens de uso e consumo e do ativo imobilizado realizadas por não contribuintes do ICMS.

Em razão do que foi exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0545/12-4**, lavrado contra **INDUSCAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARROCERIAS**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR