

A. I. N° - 232532.0405/12-0
AUTUADO - INDUSCAR – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARROCERIAS
AUTUANTE - EVANDRO CÉSAR CORDEIRO LISBOA
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 05.07.2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0127-01/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDA PARA CONTRIBUINTE ESTABELECIDO NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Alegação defensiva de que descabe a exigência fiscal em razão de o destinatário não se tratar de contribuinte do ICMS, restou comprovada. Infração insubstancial. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/04/2012, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$49.600,00, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Consta na “Descrição dos Fatos” que o autuado na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, de produtos elencados no Convênio nº 132/92 deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento referente aos DANFES 0118460/0118398 e 0118461/0118399. Consta ainda se tratar de mercadoria destinada ao ativo imobilizado.

O autuado apresentou defesa (fls. 17 a 30) registrando 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 anexados aos autos.

Diz que ao realizar operação de remessa de bens destinados ao ativo imobilizado da empresa Coletivos São Cristóvão Ltda.(CNPJ nº 17.251.034/0005-85), sociedade empresária não-contribuinte do ICMS, estabelecida no Estado da Bahia, foi surpreendido com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Sustenta que a autuação não merece prosperar, invocando, nesse sentido, o artigo 155, inciso II, § 2º, inciso VII, alíneas ‘a’ e ‘b’, e inciso VIII, da Constituição Federal, cuja redação reproduz.

Aduz que da simples leitura do dispositivo constitucional referido, 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. Acrescenta 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 interestadual.

Destaca que ao Estado de origem será devido ICMS, decorrente de operação de remessa de bem e/ou prestação de serviço a destinatário, consumidor final, estabelecido em outro Estado, à alíquota interestadual ou à alíquota interna, a depender da condição do destinatário, isto é, se contribuinte ou não-contribuinte do ICMS. Acrescenta que, de outra forma, somente será devido o ICMS ao Estado onde está situado o destinatário, consumidor final, caso este destinatário seja contribuinte desse imposto.

Diz que tanto é assim que o próprio RICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, em seu artigo 5º, 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.”*

Frisa que, conforme já mencionado, ao realizar operação de remessa de bens destinados ao ativo imobilizado da empresa 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, §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.

Afirma que não há que se falar no presente caso em ICMS devido, na condição de substituto tributário, ao Estado da Bahia, já que, no presente caso, é o Estado onde se localiza o destinatário, não-contribuinte do ICMS do bem remetido, razão pela qual se impõe, no caso dos autos e diante do exposto, o cancelamento do débito fiscal reclamado pelo Auto de Infração em referência.

Menciona e transcreve decisão Superior Tribunal de Justiça, referente à aplicação da sistemática de distribuição do ICMS prevista pela Constituição Federal (art. 155, II, §2º, VII, ‘b’) em caso análogo ao presente.

Registra que a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, diante de cenário fático bastante semelhante ao do caso em tela, em diversas oportunidades exarou entendimento no sentido de que somente será devido o ICMS correspondente à diferença de alíquotas ao Estado de localização do destinatário, caso este seja contribuinte desse imposto. Menciona e transcreve as ementas atinentes os Pareceres nºs 14135/2010, 10388/2009 e 10255/2008.

Diz ainda que em caso concreto, no qual se discutia se era devido ICMS ao Estado de destino na aquisição de veículo novo faturado diretamente a consumidor final contribuinte do ICMS, a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, por meio do Parecer nº 18636/2010, reconheceu que *“ao adquirir veículos novos diretamente da montadora, com intermediação da distribuidora, o estabelecimento remetente (montadora), efetuará a retenção do imposto devido pelo requerente, no caso a diferença de alíquotas, por se tratar de aquisição de bem para ativo imobilizado de estabelecimento contribuinte de imposto”*, o que só faz corroborar tudo o quanto exposto. Reproduz a ementa e o teor do referido Parecer.

Afirma que a teor dos pareceres acima referidos, subscritos pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conjugados aos ditames constitucionais acerca da matéria e à legislação de regência, se conclui que não há que se falar no presente caso em ICMS devido ao Estado da Bahia, já que tal imposto somente seria devido se, 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 não é a do caso concreto, sendo improcedente o Auto de Infração.

Prosseguindo, diz que é de se registrar ainda o necessário cancelamento/redução da multa de 60% do valor do ICMS exigido, apontada no Auto de Infração com fundamento no artigo 42, da Lei nº 7.014/1996.

Alega que, muito embora a referida multa tenha sido inserta no Auto de Infração em razão do suposto descumprimento 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 à diferença de alíquotas), sobre as operações que realizou, do que decorre que não ocorreu de forma nenhuma descumprimento de obrigação tributária acessória, razão pela qual não há que se cogitar em aplicação da aludida multa.

Ressalta que mesmo que se pudesse cogitar acerca da hipótese de aplicação da multa no caso concreto, o que admite apenas a título de argumentação, 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”*, a redução da multa aplicada, o que requer.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, que todas as intimações relativas ao processo administrativo em referência sejam dirigidas diretamente, por via postal, ao endereço do Defendente, na Rodovia Marechal Rondon, s/nº, km 252,2, Zona Industrial, CEP 18.607-810, Botucatu, SP, invocando, nesse sentido, os 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).

O autuante prestou informação fiscal (fls. 52 a 53), na qual contesta as razões defensivas, dizendo que a argumentação do autuado, de cunho constitucional, de que o destinatário é não contribuinte do ICMS não pode ser apreciada por estar excluída da competência dos órgãos julgadores em declarar a constitucionalidade de normas legais de qualquer natureza, razão pela qual não comentará sobre a matéria.

Salienta que o impugnante não observou que a ação fiscal foi lastreada em convênio celebrado entre os Estados e amparada na Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 4º, cuja redação transcreve.

Diz que o Estado da Bahia editou a Lei 7.014/96 e o seu artigo 5º dispõe que *“contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”*.

Assinala que em relação às diversas citações e pareceres referentes à diferença de alíquotas não comentará o assunto, já que a ação fiscal não foi relativa a esse matéria, sendo lastreada no Convênio 132/92 c/c o 49/08 [Protocolo] de observância obrigatória.

Frisa que a principal argumentação apresentada pelo autuado não encontra respaldo legal, pois não apresenta qualquer elemento de convencimento de que o ICMS não é devido no fornecimento em operações interestaduais com chassis para ônibus. Acrescenta que se está diante de uma determinação legal, haja vista que o produto objeto da autuação é o “Chassi”, ou seja, o ICMS é devido, pois se trata de uma obrigação tributária principal, proveniente da ocorrência do fato gerador do imposto.

Aduz que a obrigação tributária decorreu de uma imposição legal, ou seja, o Convênio 132/92 e o Protocolo 41/08, sendo que a norma legal que instituiu a “Antecipação do ICMS” exige o pagamento ao Estado de destino. Acrescenta que em razão da inobservância dessa exigência é que o crédito tributário foi exigido para o Estado da Bahia.

Diz que para reforçar a ação fiscal é importante observar que, no tocante às operações interestaduais, o Estado da Bahia é ainda signatário e, dessa forma, nas operações interestaduais com tais mercadorias destinadas a qualquer um dos Estados signatários, caberá ao fornecedor efetuar a substituição tributária, recolhendo o ICMS para o Estado de destino através de GNRE. Registra que o referido protocolo foi anexado de forma sintética ao presente processo.

Assinala que no intuito de corroborar o alegado apresenta diversas decisões do CONSEF. Reproduz a Ementa e Resolução referente ao julgamento do Auto de Infração nº 124157.0800/94.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre a exigência de ICMS, em decorrência de falta de retenção, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Consta na “Descrição dos Fatos” que o autuado na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, de produtos elencados no Convênio nº 132/92 deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento referente aos DANFES 0118460/0118398 e 0118461/0118399. Consta ainda se tratar de mercadoria destinada ao ativo imobilizado.

Inicialmente, cabe-me registrar a existência na descrição da infração de uma impropriedade quanto à correta situação fática, haja vista que acusa a *falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, pelo sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia*, quando na própria “Descrição dos Fatos” consta se tratar de *mercadoria destinada ao ativo imobilizado*.

Certamente, a descrição do fato e sua capitulação legal não estão em conformidade com o fato real nem com o direito aplicável, o que implicaria na nulidade do lançamento de ofício, por não ser possível a conversão do feito em diligência no intuito de dar prosseguimento à lide, por implicar em mudança do fulcro da imputação, o que representa ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Entretanto, considerando as disposições do parágrafo único do art. 155 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 6.297/99, no sentido de que quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta, passo a analisar o mérito da autuação.

Verifico que o impugnante rechaça a acusação fiscal, afirmando que descabe se falar no presente caso em ICMS devido, na condição de substituto tributário, ao Estado da Bahia, haja vista que ao realizar operação de remessa de bens destinados ao ativo imobilizado da empresa 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 desta sociedade – estabelecida no Estado da Bahia, somente poderia se submeter, como de fato aconteceu, a teor do disposto no artigo 155, inciso II, §2º, inciso VII, alínea ‘b’, da Constituição Federal, ao pagamento do ICMS correspondente ao Estado de origem, no caso São Paulo, apurado à alíquota interna nos termos de legislação de regência do Estado de São Paulo.

Aduz que da simples leitura do dispositivo constitucional referido, 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. Acrescenta 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 interestadual. Destaca que ao Estado de origem será devido ICMS, decorrente de operação de remessa de bem e/ou prestação de serviço a destinatário, consumidor final, estabelecido em outro Estado, à alíquota interestadual ou à alíquota interna, a depender da condição do destinatário, isto é, se contribuinte ou não-contribuinte do ICMS. Acrescenta que, de outra forma, somente será devido o ICMS ao Estado onde está situado o destinatário, consumidor final, caso este destinatário seja contribuinte desse imposto.

Observo também que na informação fiscal o autuante contesta a argumentação defensiva, consignando que a obrigação tributária decorreu de uma imposição legal, ou seja, o Convênio 132/92 e o Protocolo 41/08, sendo que a norma legal que instituiu a “Antecipação do ICMS” exige o pagamento ao Estado de destino. Acrescenta que em razão da inobservância dessa exigência é que o crédito tributário foi exigido para o Estado da Bahia.

Da análise da argumentação defensiva e da contestação do autuante, concluo que assiste razão ao autuado quanto à improcedência da autuação.

Isso porque, tanto o Convênio ICMS 132/92 quanto o Protocolo ICMS 41/08, de fato, além de disporem sobre a responsabilidade do remetente na qualidade de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas, também dispõem sobre a responsabilidade do remetente pela retenção e recolhimento do ICMS nas operações com os produtos destinados à integração ao ativo imobilizado do destinatário, relativamente ao imposto correspondente ao diferencial de alíquotas.

No caso em exame, os elementos acostados aos autos comprovam que o destinatário da mercadoria, no caso Coletivos São Cristóvão Ltda., CNPJ nº 17.251.034/0005-85, se trata de uma sociedade empresária não contribuinte do ICMS, situação na qual descabe a exigência do imposto referente à diferença de alíquotas, conforme a autuação. Ou seja, o ICMS relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual somente é devido quando o adquirente for contribuinte do imposto, o que não é o caso do destinatário.

Em verdade, agiu corretamente o autuado, haja vista que aplicou a alíquota interna vigente no Estado de origem – São Paulo -, a quem é devido integralmente o imposto.

Diante disso, a infração é insubstancial.

Por derradeiro, no respeitante à indicação do impugnante para que as intimações relativas ao processo administrativo fiscal em lide sejam dirigidas diretamente, por via postal, ao endereço Rodovia Marechal Rondon, s/n, km 252,2, Zona Industrial, Botucatu, SP, CEP 18.607-810, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto, consigno que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232532.0405/12-0, lavrado contra **INDUSCAR – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARROCERIAS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

