

PROCESSO - A. I. Nº 124157.0545/12-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - INDUSCAR-INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARROCERIAS LTDA. (CAIO-INDUSCAR)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4º JJF nº 0112-04/13
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 03/04/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0076-11/14

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 ICMS 132/92 não se aplica a não contribuinte do ICMS. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso de Ofício interposto em face do julgamento de primeira instância que julgou pela Improcedência do Auto de Infração lavrado em 09/04/2012, que imputa ao autuado estabelecido no Estado de São Paulo, a transgressão da 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%.

A 4ª JJF no enfrentamento da lide, a dirimiu sob os fundamentos seguintes:

" 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.”

Ao final do julgado, houve a interposição de Recurso de Ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA.

VOTO

O Recurso de Ofício dirigido a esta CJF trata de acusação fiscal de que o autuado não procedeu ao lançamento e nem recolhimento do ICMS referente aos DANFE’s nºs 0118453, 0118393, 0118447, 0118387, 0118448 e 0118388, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária e por esta razão deve o correspondente ao diferencial de alíquota, na venda de bens do Ativo Imobilizado, de produtos constantes do Convenio ICMS nº 132/92, e que foram destinados a contribuinte localizado no Estado da Bahia.

A defesa de fls. 58 a 71, como observo, salientou, de início, quanto aos fatos, que é pessoa jurídica que exerce a atividade industrial de fabricação de carrocerias para ônibus, tendo juntado seus atos constitutivos às fls. 47/56, do que extraio que a situação fático-jurídica posta em julgamento, envolve operação de remessa de bens destinados ao ativo imobilizado da COLETIVOS SÃO CRISTOVÃO LTDA., CNPJ nº 17.251.034/0005-85.

Com efeito, como se deflui do PAF, o recorrido trata-se de sociedade empresária não contribuinte do ICMS estabelecida no Estado da Bahia. E ao ser submetida à fiscalização por este Estado,

defendeu-se meritoriamente invocando o que prescreve a Constituição Federal, em seu artigo 155, inciso II, parágrafo 2º, inciso VII, alíneas 'a' e 'b', e inciso VIII que ali transcreveu e passo a reproduzir:

"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)

A inteligência dessas disposições legais, que tem sede constitucional, preconiza 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 e aplicada a alíquota interestadual, se o destinatário for contribuinte do ICMS e em não sendo cumpre aplicar a alíquota interna.

Logo, como concluo, o Estado onde está localizado o estabelecimento destinatário da remessa do bem e/ou da prestação de serviço, que é o consumidor final, somente se fosse o estabelecimento destinatário contribuinte do ICMS, é que seria devido o valor a título do ICMS equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, o que não é o caso.

E não é só. Deve-se deslocar a atenção mais especificamente para o RICMS deste Estado, que em seu art. 5º dispõe sem ensejar dúvida que no momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, para fins de pagamento da diferença de alíquotas ao Estado destinatário. Este é o teor da norma baiana: "*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*".

Por todo o exposto, acertada foi a decisão de base, eis que o recorrido ao realizar operação de remessa de bens destinados ao ativo imobilizado da COLETIVOS SÃO CRISTÓVÃO LTDA. cujo CNPJ nº 17.251.034/0005-85, sendo sociedade empresária não-contribuinte do ICMS e assim se resta também comprovado da Consulta Pública ao Cadastro do Estado da Bahia -SINTEGRA.

Disto resulta dizer em acréscimo, que o autuado corretamente procedeu, pois somente poderia se sujeitar ao pagamento do ICMS correspondente ao Estado de origem, ou seja, de São Paulo, e conforme à alíquota interna prevista na respectiva legislação.

Nesta esteira, é dizer que, perfilhando o mesmo entendimento da primeira instância, não é devido o ICMS pelo autuado na condição de substituta tributária a esta unidade federativa Estado da Bahia, se tratando do Estado destinatário, o que implica na improcedência da acusação fiscal, situação tributária esta que inclusive consta abordada nos Pareceres nºs 14.135/2010, 10.388/2009, 10.255/2008, 18.636/2010, citados pela defesa, originários da SEFAZ-BA.

A ilação peremptória dos parecerista é no sentido de que não é devido o ICMS ao Estado da Bahia, *in casu* a diferença de alíquotas correspondente, posto que somente o seria, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, se a operação de remessa de bem destinado ao ativo imobilizado de destinatário, como consumidor final, aqui estabelecido e contribuinte do ICMS, o que, como se infere de todos os fundamentos já esposados à sociedade, não é a hipótese legal sob

julgamento.

Ademais, cabe pontuar por fim que, em sendo improcedente o principal, a mesma sorte segue o acessório, qual seja, a multa que foi imposta à luz do art. 42 da Lei nº 7.014/1996, de 60% do valor do ICMS exigido na exação fiscal.

Há, por fim um outro aspecto que deve ser assinalado, é o de que o Convênio ICMS 132 seguido pelo de nº 52, é inaplicável à hipótese dos autos conforme a descrição dos fatos expostos no Auto de Infração em tela, por abranger os veículos automotores, e no caso presente, se tratou de carroceria, e não do próprio veículo, mas parte dele.

E tendo sido expendida a presente motivação decisória, voto pelo NAO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo na íntegra o julgado recorrido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0545/12-4**, lavrado contra **INDUSCAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARROCERIAS LTDA. (CAIO-INDUSCAR)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS