

A. I. Nº - 124157.1079/13-5
AUTUADO - ODS ONDINA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 14.05.2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0041-06/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. A operação estava sujeita à retenção do imposto pelo remetente, nos termos do art. 10 e 11 da Lei nº 7.014/96, e em consonância com o Convênio ICMS 85/93, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias, é indevida a exigência do imposto do destinatário, por ilegitimidade passiva, posto que a responsabilidade deve recair sobre o substituto tributário. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/12/2013, exige ICMS no valor de R\$14.723,53, em decorrência do cometimento da seguinte infração: *"Mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente (sujeito passivo por substituição) e sem recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria"*. Multa de 60%;

O autuado apresenta defesa, fl. 23, inicialmente aduz que as mercadorias apreendidas são produtos para uso e consumo na prestação de serviço, no qual não se fará a retenção ou antecipação do imposto, conforme art. 355, IV do RICMS/BA. Lembra que se trata de prestação de serviços de reforma de pneumáticos usados, de propriedade dos seus clientes. Anexa ficha de cadastro municipal específica da atividade de prestação de serviço, no qual são aplicadas as mercadorias contidas/descritas nos autos.

Na informação fiscal, fls. 48/62, o autuante ressalta que o autuado efetuou operação interestadual com Mercadorias Tributáveis elencadas na Substituição Tributária, de acordo com preceitos contidos no CONVÊNIO ICMS 85/93, através DANFE's de nºs 046.542 e 046.543, contemplando diversas especificações do produto "Banda Precurada" com NCM nº 40.12.90.90, cuja referência consta do Anexo Único do referido Convênio às fls. 15 à 17, colacionado nos autos.

Pontua que estes produtos, cuja origem é do Estado de São Paulo, signatário do Convênio ICMS 85/93, sendo destinados a contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, o remetente deveria, por força do referido convênio, ter efetuado a retenção do imposto devido, como não o fez, tal responsabilidade foi transferida para o destinatário (vide nota de rodapé nos DANFE's). Contudo, como o autuado não efetuou o recolhimento do ICMS/ST sobre as mercadorias, antes da entrada no Estado da Bahia, descumpriu exigência da Legislação pertinente, Lei nº 7.014/96 e Decreto nº 6.284/1997, posteriormente, Alterado pelo Decreto nº 13.780/12. Assim, defende os interesses do Erário Estadual, por isso procedeu à lavratura do Auto de Infração ora discutido, com base nos preceitos legais, após identificação e enquadramento do ilícito fiscal.

Transcreve o Convênio ICMS 85/93, a Lei nº 7.014/96, o RICMS/2012 e o enquadramento das penalidades. Resume a peça defensiva do autuado.

Declara que o autuado tenta mostrar a licitude da operação acreditando ter seguido as exigências contidas no RICMS/BA e, abstém-se de formular qualquer solicitação em relação à demanda ora em questão relativa ao Auto de Infração em epígrafe.

Conclui que o autuado não acostou ao PAF elementos que pudessem inibir a presente ação fiscal e, evidente está, que não respeitou as normas legais do ICMS/BA, especialmente as contidas no Convênio ICMS 85/93, cujo alcance atinge os produtos comercializados pela defendente, que ao deixar de efetuar o recolhimento antecipado do ICMS-ST, descumpriu uma obrigação tributária, já pacífico de entendimento, de acordo RESOLUÇÃO deste Egrégio Conselho de Fazenda Estadual.

Defende que o Convênio ICMS 85/93 insculpe em seu enunciado da Cláusula primeira, que o ICMS/ST incide sobre os produtos listados no Anexo Único, não apenas quando forem destinados à comercialização, mas, também, haverá incidência do imposto quando aqueles produtos forem destinados ao Ativo Imobilizado ou ao consumo do destinatário.

Salienta que, considerando que o autuado em sua atividade empresarial, também comercializa peças automotivas, pneus e câmaras-de-ar (folha 14 do PAF), os produtos em tela, podem, sim, serem destinados à revenda e não apenas à execução de serviços, como alega e, que, também estaria, se fosse o caso, sujeita à antecipação do ICMS no que se refere à diferença de alíquota.

Por certo, pede que seja julgado Procedente o Auto de Infração.

VOTO

Na acusação do presente Auto de Infração consta que mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de Convênio ICMS 85/93, não foram objeto de retenção do imposto pelo remetente (sujeito passivo por substituição), e não houve o recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, pelo destinatário.

Consta no Termo de Ocorrência Fiscal nº 124157.1054/13-2, fls. 04/05, que as mercadorias transitaram acobertadas pelas NF-e nºs 046.542 e 046.543, documentos de fls. 09/10, referente à “banda precurada”, cujo emitente é a empresa GOODYEAR DO BRASIL PRODUTOS DE BORRACHA LTDA., destinadas à ODS ONDINA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA., com natureza da operação “venda produção do estabelecimento”.

A memória de cálculo do ICMS está anexa na fl. 12, com a aplicação da MVA de 62,47%.

Consoante o Convênio ICMS 85/93, Cláusula primeira, “*nas operações interestaduais com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha*”, classificados nas posições nºs 40.11 e 40.13 e na subposição nº 40.12.90 da Nomenclatura Comum do Mercosul – Sistema Harmonizado – NCM/SH -, de que trata o Anexo Único, fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre ICMS - devido nas subseqüentes saídas ou entradas com destino ao ativo imobilizado ou ao consumo dos produtos mencionados nesta cláusula.

As mercadorias remetidas estão classificadas no item 5, posição nº 40.12.90 do Anexo Único do Convênio ICMS 85/93.

Neste caso, como a operação estava sujeita à retenção do imposto pelo remetente, nos termos do art. 10 e 11 da Lei nº 7.014/96, e em consonância com o Convênio ICMS 85/93, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias, é indevida a exigência do imposto do destinatário, por ilegitimidade passiva, posto que a responsabilidade deve recair sobre o substituto tributário.

Infração nula por ilegitimidade passiva.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **124157.1079/13-5**, lavrado contra **ODS ONDINA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR