



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 524/09

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

SESSÃO DE 15/05/2009

PROCESSO Nº 1/887/2006 AI: 1/2005.21505-6

RECORRENTE: SUDAMAX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS LTDA

RECORRIDO: CELULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: PEDRO ELEUTÉRIO DE ALBUQUERQUE

EMENTA: ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO DE VENDA À ORDEM. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA AUTUADA. PROCESSO EXTINTO.

1. A legislação aplicável à matéria atribui a responsabilidade pela retenção do ICMS-ST em favor do Estado onde está localizado o adquirente da mercadoria.
2. Operação de venda à ordem é instituto legal e amplamente aceito pela legislação, motivo pelo qual não pode ser desconsiderada pela fiscalização.
3. Processo fiscal extinto em virtude da ilegitimidade passiva da empresa autuada.
4. Recurso Voluntário conhecido e provido, por unanimidade de votos.
5. Decisão de acordo com o Parecer da Procuradoria Geral do Estado alterado em sessão de julgamento.

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado sob o fundamento de que **SUDAMAX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS LTDA** deixou de recolher o ICMS incidente sobre as suas operações, restando assim relatada a infração:

"FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. O AUTUADO DEIXOU DE RETER O ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA EM SUAS OPERAÇÕES COM CIGARRO, CONFORME DETERMINAM AS CLÁUSULAS PRIMEIRA E SEGUNDA DO CONVÊNIO ICMS 37/1994."

A Autuada apresentou impugnação administrativa onde alega, em breve síntese, que as operações de que trata o presente auto de infração foram realizadas entre a Autuada e a empresa Dismar Comercial Ltda, a qual é responsável pela revenda e distribuição de cigarros daquela, sendo a empresa Distribuidora Califórnia (localizada no Estado do Ceará) apenas adquirente de cigarros comercializados pela empresa Dismar.

A Autuada alega também que não procedeu com a retenção do ICMS – Substituição Tributária, em virtude do Ofício nº 167/2003, por meio do qual foi notificada da decisão judicial que determinou que a Autuada se abstivesse de reter o ICMS – Substituição Tributária incidente sobre as operações comerciais realizadas com a empresa Dismar Comercial Ltda.

Alega ainda em sua defesa que as operações em questão se tratam de operações de Venda à Ordem, motivo pelo qual a responsabilidade pela retenção do ICMS – Substituição Tributária seria da empresa Dismar, tendo em vista que foi a mesma que vendeu as mercadorias para a empresa Distribuidora Califórnia localizada no Estado do Ceará, motivo pelo qual a Autuada não poderia ser responsabilizada pela não retenção do ICMS – ST incidente sobre as mencionadas operações. Por fim, alega que a multa aplicada tem caráter confiscatório.

O auto de infração foi julgado procedente na 1ª Instância Administrativa.

Face a isto, a foi interposto recurso voluntário onde foram repisados os argumentos ventilados na impugnação administrativa.

A Consultoria Tributária manifestou-se pela manutenção da decisão condenatória proferida pela 1ª Instância e o representante da Procuradoria Geral do Estado adotou o referido Parecer.

É o relatório.

VOTO

Conforme se infere da análise dos presentes autos, trata-se de acusação fiscal de falta de retenção do ICMS – Substituição Tributária incidente sobre as operações interestaduais de venda de cigarros realizadas entre a Recorrente (localizada no Estado de São Paulo) e a empresa Dismar Comercial Ltda. (localizada no Estado do Espírito Santo), onde as mercadorias foram entregues pela vendedora (Recorrente) na empresa Califórnia Distribuidora (localizada no Estado do Ceará) em razão de se tratar de operações de venda à ordem.

De acordo com o entendimento da fiscalização e da ilustre julgadora da 1ª Instância, a responsabilidade pela retenção do ICMS – ST seria da Recorrente, tendo em vista que foi esta que remeteu as mercadorias para a empresa Califórnia Distribuidora localizada no Estado do Ceará sem a devida retenção do imposto em questão.

Ocorre que, as operações sobre as quais está se exigindo da Recorrente o recolhimento do ICMS – ST para o Estado do Ceará tratam-se de operações de venda à ordem, por meio da qual a Recorrente vendeu para a

empresa Dismar as mercadorias e esta (Dismar) ordenou que as mercadorias fossem entregues na empresa Califórnia.

Dessa forma, temos que muito embora as mercadorias não tenham transitado pelo estabelecimento da empresa adquirente (Dismar), foi esta que as adquiriu da Recorrente e depois as revendeu para a empresa Califórnia localizada no Estado do Ceará.

Isto posto, não há como se atribuir responsabilidade à Recorrente pela não retenção do ICMS – ST para o Estado do Ceará, tendo em vista que realizou operação comercial com a empresa Dismar localizada no Estado do Espírito Santo e apenas entregou – por ordem desta -, as mercadorias na empresa Califórnia.

Com efeito, cumpre ressaltar que a operação de venda à ordem é instituto consagrado no direito comercial e a sua conseqüente operação de remessa por ordem de terceiros encontra-se devidamente prevista na legislação tributária, não recaindo sobre as mesmas qualquer mácula de ilegalidade.

Em sendo assim, não há como prosperar os argumentos de que a Recorrente tinha plena consciência de que as mercadorias seriam entregues no Estado do Ceará ou que não poderia a Recorrente na condição de fabricante se omitir ao recolhimento do imposto em virtude da mercadoria não ter transitado pelo estabelecimento do adquirente.

Isto porque, a obrigação tributária, em virtude do Princípio da Legalidade Tributária, decorre de expressa disposição legal, e a legislação aplicável atribui a Recorrente a responsabilidade pela retenção do ICMS-ST para o Estado do Espírito Santo e não para o Estado do Ceará.

Dessa forma, não poderia ser exigido da Recorrente o recolhimento do ICMS-ST para o Estado do Ceará, haja vista que a operação de venda de cigarros que realizou foi com contribuinte localizado no Estado do Espírito Santo.

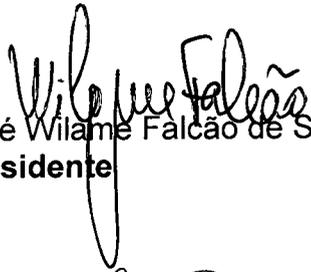
Destarte, resta patente a impossibilidade de a Recorrente figurar no pólo passivo do presente lançamento tributário, na medida em que a mesma não pode ser responsabilizada pela não retenção do ICMS-ST para o Estado do Ceará, motivo pelo qual não há como subsistir o presente lançamento tributário em virtude da ilegitimidade passiva da Recorrente.

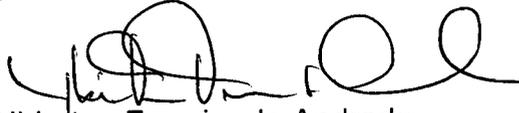
Diante do acima exposto, entendo que a decisão monocrática merece ser reformada, motivo pelo qual VOTO para que se conheça do Recurso Voluntário interposto, e lhe seja DADO PROVIMENTO, para que seja JULGADO EXTINTO O AUTO DE INFRAÇÃO em comento.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **SUDAMAX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS LTDA** e recorrida a Célula de Julgamento da 1ª Instância. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário e Dar-lhe provimento para julgar extinto o feito fiscal, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES, em Fortaleza, aos 16 de 09 de 2009

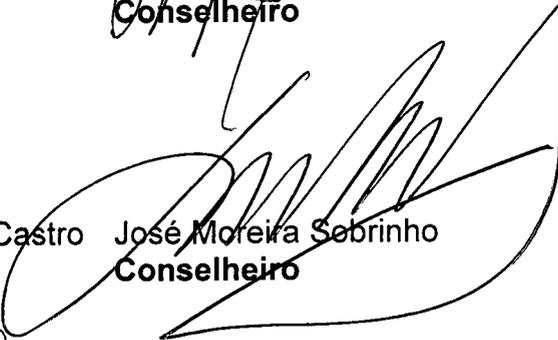

José Wilame Falcão de Souza
Presidente

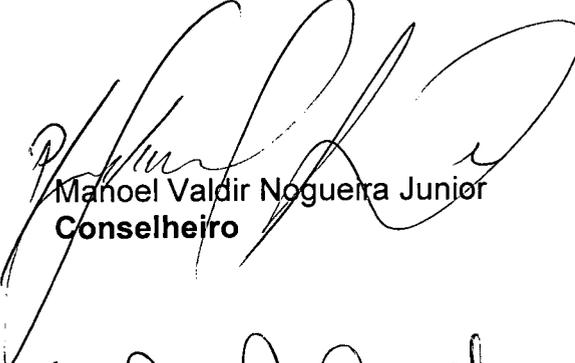

Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado

P/ 
Francisca Marta de Souza
Conselheira


Marcos Antônio Brasil
Conselheiro


Sandra Maria Tavares Menezes de Castro
Conselheira


José Moreira Sebrinho
Conselheiro


Manoel Valdir Nogueira Junior
Conselheiro


Sebastião Almeida Araújo
Conselheiro

P/ 
Ana Maria Martins Timbo Holanda
Conselheira


Pedro Eleutério de Albuquerque
Conselheiro Relator