

**A. I. Nº** - 298624.0001/07-4  
**AUTUADO** - CERVEJARIA BELCO S.A.  
**AUTUANTES** - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR  
**ORIGEM** - SAT/DAT/METRO  
**INTERNET** - 06.11.2007

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0311-02.07**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. BEBIDAS. RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. A legislação prevê que, na transferência de mercadorias da fábrica para outro estabelecimento da mesma empresa que desenvolva o comércio atacadista, o responsável pela retenção do imposto, que em princípio seria da fábrica, transfere-se para o estabelecimento atacadista, e a margem de valor agregado (MVA) aplicável para a retenção do imposto pelo atacadista é a prevista para estabelecimento industrial, ao qual se equipara. Essa regra está clara no inciso I do art. 355 do RICMS-BA, que se baseia em orientação consubstanciada no Protocolo ICMS 11/91. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/6/07, diz respeito ao lançamento de ICMS retido a menos pelo autuado, na condição de sujeito passivo por substituição estabelecido no Estado de São Paulo, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo lançado imposto no valor de R\$176.726,29, com multa de 60%.

O sujeito passivo apresentou defesa reclamando que esta autuação é um ato lesivo, abusivo e arbitrário, pois o cálculo apresentado pelos fiscais foi feito de forma totalmente equivocada. Transcreve trechos do Protocolo ICMS 11/91, assegurando que seguiu a orientação deste protocolo na determinação da base de cálculo do imposto a partir do preço de fábrica, mais IPI, seguro, frete e outros encargos incidentes até a entrega ao destinatário, aplicando sobre o montante os percentuais correspondentes, de acordo com sua atividade econômica. Argumenta que, como o seu estabelecimento não é industrial, mas sim distribuidor e varejista, o percentual aplicado foi de 70%. Aduz que isso se encontra demonstrado nos documentos fiscais relativos às operações. Diz que o imposto retido foi recolhido através de guia própria. Alega que o estabelecimento fabril transfere as mercadorias para o estabelecimento atacadista já com o IPI destacado e pago, sem se valer do instituto da suspensão do pagamento do IPI, e por isso o preço de venda praticado pelo estabelecimento atacadista é formado pelo valor da mercadoria mais o IPI, sendo perfeitamente correta a adoção do percentual de 70%. Argumenta que o Estado não pode ter entendimento diverso daquele que se acha consubstanciado no convênio por ele firmado. Protesta que os fiscais deixaram de lado o que determina a lei. Chama a atenção para planilha anexa à defesa, para demonstrar que as operações realizadas com empresas estabelecidas na Bahia atendem ao que determina a legislação. Assinala que o estabelecimento autuado está enquadrado como distribuidor e varejista, e não como industrial ou fabricante, e, por conseguinte, a margem de valor agregado a ser utilizada é de 70%, e não de 140%, como pretendem os fiscais. Aponta erros quantitativos relativamente às Notas Fiscais 6667, 6729 e 6822, alegando que falta ao

lançamento o requisito da certeza. Reporta-se a duas decisões de órgão administrativo do fisco gaúcho. Reclama que o lançamento em discussão fere princípios básicos de direito tributário. Requer o deferimento da impugnação.

Os fiscais prestaram informação contrapondo que as práticas adotadas pela empresa e as justificativas apresentadas visam apenas ludibriar o fisco e ao mesmo tempo revelam desconhecimento elementar da legislação. A seu ver, há uma tentativa de fraude a partir de uma simulação. Transcrevem trecho do Protocolo ICMS 11/91 e do RICMS-BA. Prosseguem dizendo que, não bastasse a clareza com que a norma trata a matéria, o contribuinte incorre em aventura temerária ao falsear e simular a efetiva atividade dos seus estabelecimentos, pois o estabelecimento autuado muda sua condição de indústria para distribuidor, enquanto que outro estabelecimento passa da condição de estabelecimento comercial para indústria, não havendo como um estabelecimento que funciona num centro comercial realizar a industrialização de cervejas e refrigerantes. Consideram que, com isso, a empresa pretende simular que o estabelecimento que fabrica as mercadorias seria um estabelecimento atacadista. Aduzem que basta um telefonema para a portaria da empresa para confirmar que a fábrica fica em São Manuel e o estabelecimento atacadista fica na capital (São Paulo). Concluem ponderando que seria oportuno avaliar as medidas cabíveis diante dos atos praticados que fraudam a efetiva natureza dos estabelecimentos perante o fisco e os órgãos do registro de comércio.

#### **VOTO**

O autuado é acusado de, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ter feito a retenção de ICMS a menos.

Apesar de os fiscais não terem sido claros na descrição do fato, como manda o art. 39, III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), nota-se, após a apresentação da defesa, que a discussão travada neste caso é quanto à margem de valor agregado (MVA): o autuado sustenta que a MVA deve ser de 70%, e os fiscais, na informação prestada, argumentam que deva ser de 140%.

O fato de a legislação prever um percentual de 140% quando o vendedor é fabricante e de 70% quando o vendedor é atacadista não significa que o valor do acréscimo efetivo no caso do fabricante seja maior que o valor acrescido no caso de atacadista. Isto porque, embora no caso da indústria o percentual seja maior, ele incide sobre uma base menor; por outro lado, apesar de no atacadista o percentual ser menor, ele incide sobre o valor da operação, mais IPI, mais seguro, mais frete, mais outras despesas.

O autuado provou que o estabelecimento autuado é atacadista (fls. 58 e 59). Com isso, ficaria patente que o percentual de MVA aplicável seria de 70%.

Ocorre que a legislação prevê que, na transferência de mercadorias da fábrica para outro estabelecimento da mesma empresa que desenvolva o comércio atacadista, o responsável pela retenção do imposto, que em princípio seria da fábrica, transfere-se para o estabelecimento atacadista, e a MVA aplicável para a retenção do imposto pelo atacadista é a prevista para estabelecimento industrial, ao qual se equipara. Essa regra está clara no inciso I do art. 355 do RICMS-BA, que se baseia em orientação consubstanciada no Protocolo ICMS 11/91.

A defesa alegou que o estabelecimento fabril transfere as mercadorias para o estabelecimento atacadista já com o IPI destacado e pago, sem, portanto, se valer do instituto da suspensão do pagamento do IPI. Isso não foi provado.

Quanto à alegação de erros quantitativos relativamente às Notas Fiscais 6667, 6729 e 6822, a defesa apenas mencionou isso, sem nenhuma demonstração dos erros.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298624.0001/07-4**, lavrado contra **CERVEJARIA BELCO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$176.726,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2007

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ANTÔNIO CÉSAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR