

PROCESSO - A. I. Nº 217449.0505/12-1
RECORRENTE - ACUMULADORES MOURA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0035-02-13
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 25/09/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0260-11/13

EMENTA: ICMS. MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NOS TERMOS DOS PROTOCOLOS 41/2008 E 97/2010. REMESSA PARA ARMAZENAGEM EM ESTABELECIMENTO DE TERCEIRO SITUADO NESTE ESTADO. Operação entre estabelecimentos em Estados signatários do Protocolo ICMS 97/2010. Falta de retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes por parte do contribuinte substituto. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 2ª JF – Junta de Julgamento Fiscal em 14/03/2013 (acórdão de fls. 73 a 77) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/05/2012, com o objetivo de exigir da ora recorrente ICMS, no valor de R\$ 8.067,51, relativamente à operação acobertada pela NFE de nº 51486, emitida em 24/05/2012.

Conforme se verifica da peça acusatória, a empresa autuada, ora recorrente, é contribuinte inscrita no Estado de Pernambuco e remeteu mercadoria sujeita a substituição tributária, para fins de armazenagem em estabelecimento inscrito neste Estado na condição de depósito de mercadorias para terceiros (CNAE 5211799) sem, contudo, proceder à retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes na condição de substituto tributário.

Após a apresentação da defesa e correspondentes informações fiscais a instrução do feito foi concluída e os autos submetidos à apreciação por parte da 2ª JF, que, na assentada de julgamento datada de 14/03/2013, entendeu por bem, à unanimidade, julgar Procedente o Auto de Infração o que fez nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa do fato e correspondente infração imputada.

No mérito, observo que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência da 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, de peças e acessórios para veículos automotores.

O autuante apurou o ICMS com base no Protocolo ICMS 97/2010.

O protocolo ICMS 97, de 07 de julho de 2010, regulamenta as operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às operações subseqüentes.

O autuado é uma empresa que tem como atividade o comércio de acumuladores elétricos (baterias para uso em veículos automotores) conforme citado Protocolo, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo, relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

A empresa autuada nega o cometimento da infração, assegurando que: remete as mercadorias para o depósito de operação logística da Transportadora Bitury localizado em Lauro de Freitas-BA (inscrição estadual 78696242), conforme nota fiscal de remessa para depósito fechado com destaque do ICMS.

Portanto, a defesa afirma que remeteu as mercadorias para depósito de operação logística.

*A alegação defensiva não é capaz de elidir a autuação, uma vez que para operar como **depósito de operação logística** o estabelecimento deve atender as determinações do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, em especial os dispositivos específicos que tratam da questão, ou seja, os Artigos 477 a 479, os quais transcrevo abaixo:*

Art. 477. *O contribuinte que pretender realizar operações tendo como base endereço pertencente a operador logístico **deverá obter, antes de iniciar suas atividades, inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS).***

Art. 478. *A atividade de operador logístico consiste na prestação de serviços de armazenagem, controle de estoques, guarda de documentos e livros fiscais e outros serviços nãotributados pelo ICMS, mediante contratos individualizados com seus clientes.*

§ 1º *O operador logístico deverá exercer controle eficaz sobre as mercadorias de cada contribuinte, de forma que não prejudique as operações de fiscalização, devendo ter sempre à disposição do fisco o endereçamento de todas as mercadorias.*

§ 2º *A área utilizada pelo operador logístico para a armazenagem de mercadorias deverá ser dividida na forma de endereçamento postal, tais como, ruas, avenidas, edifícios e apartamentos, sendo cada apartamento exclusivo para cada contribuinte.*

Art. 479. *Para atuar como operador logístico o interessado deverá:*

I – ser constituído como pessoa jurídica e ter como atividade principal ou secundária a de depósitos de mercadorias para terceiros, exceto armazéns gerais e guarda-móveis;

II – obter credenciamento do inspetor fazendário de sua circunscrição;

III – informar os contratos já celebrados com contribuintes;

IV – apresentar instrumento de procuração de cada contribuinte outorgando-lhe poderes para receber qualquer tipo de intimação, dar ciência em Auto de Infração, requerer AIDF, dentre outros.

Parágrafo único. *O operador logístico **deverá comunicar ao inspetor fazendário da sua circunscrição** fiscal as celebrações e os distratos de contratos de serviços com contribuintes estabelecidos em suas dependências até o mês seguinte ao da sua ocorrência.*

Da inteligência dos dispositivos acima, resta cristalino que o contribuinte que pretender realizar operações tendo como base endereço pertencente a operador logístico deverá obter inscrição na SEFAZ Estado da Bahia, condição não atendida pelo autuado.

De igual modo, também não foi atendida a condição do destinatário, que para operar como operador logístico deve obter credenciamento do inspetor fazendário de sua circunscrição e informar os contratos já celebrados com contribuintes.

Logo, entendo que a infração restou caracterizada, uma vez que as mercadorias objeto da autuação estão relacionadas no Anexo do Protocolo ICMS 97/2010, estando o remetente localizado no Estado de Pernambuco, signatário do referido protocolo, deve o remetente efetuar a retenção e o consequente recolhimento do imposto em favor do Estado da Bahia.

*Voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.*

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, evidenciando inicialmente a tempestividade da interposição de suas razões de apelo, bem assim a suspensão da exigibilidade do crédito nos termos do artigo 151, III do Código Tributário Nacional – CTN.

Aduz que não firmou nenhuma operação com operador logístico, conforme atestou o julgador de primeira instância, mas sim contratou uma operação de guarda de mercadorias com o armazém geral da Transportadora Bitury, operação que foi revestida de toda a legalidade exigida.

Afirma que no DANFE de nº 51486 consta como natureza da operação a remessa de mercadoria para depósito fechado, asseverando que, conforme dispõe o artigo 663 do Decreto nº 14.876/91 que aprovou o regulamento do ICMS do Estado de Pernambuco, cujo texto reproduz, seria defesa ao fisco imputar-lhe a cobrança de qualquer imposto.

Sustenta que agiu em estrita observância à legislação de regência, informando, no campo de observação da NFE, tratar-se de operação de remessa para armazém geral.

Esclarece que a Transportadora Bitury tem como atividade secundária à armazenagem de mercadoria de terceiros e que todas as vendas relativas às mercadorias armazenadas no estabelecimento da referida empresa são realizadas unicamente por ela – recorrente – nunca pelo estabelecimento depositário.

Afirma que por esta razão, a legislação baiana não impõe nenhum limite ou obstáculo à quantidade máxima de guarda de mercadorias que o depositante pode manter junto ao estabelecimento depositário.

Descreve o procedimento que adota para fins de escrituração das operações desta natureza, esclarecendo que:

- a) A Acumuladores Moura S/A, do Estado de Pernambuco, remete as mercadorias para o depósito da Transportadora Bitury localizado em Lauro de Freitas-BA (Inscrição Estadual 78696242), mediante emissão de nota fiscal de remessa para depósito fechado com destaque do ICMS;
- b) Quando um cliente solicita mercadorias, a Acumuladores Moura S/A emite nota fiscal de venda diretamente para seu cliente;
- c) Em seguida, o armazém da Transportadora Bitury, localizado em Lauro de Freitas-BA, emite nota fiscal de retorno simbólico das mercadorias tendo como destinatário a Acumuladores Moura S/A, contendo a mesma quantidade da solicitação da cliente baiano;
- d) O depósito da Transportadora Bitury então emite nota fiscal, na mesma quantidade solicitada pelo cliente baiano, destinada à entrega física de mercadoria por conta e ordem da Acumuladores Moura S/A, com destaque do imposto.

Conclui as suas razões de apelo afirmando que a fiscalização incorreu em erro ao capitular a infração cometida no artigo 10 da Lei nº 7.014/96, combinado com as cláusulas primeira, segunda e terceira dos Protocolos ICMS 41/08 e 97/2010. No seu entender, tais dispositivos não são aplicáveis à situação fática dos autos vez que, conforme restou demonstrado, as mercadorias não foram destinadas à comercialização no Estado da Bahia, mas, tão somente, à guarda e depósito.

Pugna, afinal, para que esse Egrégio Conselho reforme a integralidade do acórdão proferido pela 2ª JF, declarando a Nulidade do Auto de Infração nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF.

Não houve pronunciamento da PGE/PROFIS em vista do quanto no item 3, alínea “b”, inciso II do artigo 136 do RPAF.

VOTO

O Recurso é tempestivo merecendo ser acolhido para que produza os correspondentes efeitos legais, dentre eles a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do inciso III do artigo 151 do CTN.

Conforme consta do relatório supra, as razões de apelo apresentadas pelo recorrente restringem-se ao pleito de declaração de nulidade do lançamento em decorrência de alegada ofensa ao artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF.

Em apertada síntese, aduz o recorrente que a descrição da infração que lhe foi imputada, bem assim os dispositivos citados como infringidos não guardam consonância com a situação fática dos autos, daí a insegurança que dá azo à nulidade do lançamento.

Tem razão o recorrente quando aduz que as assertivas constantes do Auto de Infração, das informações fiscais e da Decisão de primeira instância o levam a entender que um dos motivos que ocasionaram o lançamento de ofício foi o fato de ter supostamente dado saída de mercadorias pretendendo *realizar operações tendo como base endereço pertencente a operador logístico* e ainda que tal alegação não condiz com a realidade dos fatos.

Entendo que, apesar de a ficha cadastral acostada a fl. 11 dos autos evidenciar que o estabelecimento destinatário exerce atividades inerentes a um operador logístico, é lícito ao Recorrente contratar com este tipo empresa apenas os serviços de armazenagem, conforme informou no campo de observações do documento fiscal que acobertou a saída das mercadorias.

Deste modo, para sustentar tal acusação caberia ao fisco constituir a devida e necessária prova. Tal expediente não foi levado a cabo. Não há nos autos quaisquer documentos ou elementos capazes de infirmar com a necessária segurança o quanto consignado no campo de observações do referido documento fiscal.

Todavia, da análise do Auto de Infração constata-se que a referida situação fática não se constituiu na única motivação do lançamento de ofício. Da leitura da descrição da conduta tida como infracional, resta evidente que a exigência decorreu da constatação da falta de retenção e recolhimento do ICMS por parte do sujeito passivo por substituição, em relação à saída de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, realizada entre contribuintes estabelecidos situados em estados signatários dos Protocolos 49/2008 e 97/2010, quais sejam: Pernambuco – Estado de origem – e Bahia – Estado de destino:

A motivação do ato administrativo de lançamento fica ainda mais patente quando analisados os dispositivos legais tidos como infringidos.

As Cláusulas Primeira, Segunda e Terceira do Protocolo ICMS 41/08, com a nova redação que lhe foi dada pelo Protocolo ICMS 49/08 estabelecem, respectivamente: (i) a sujeição passiva por substituição dos remetentes que realizem operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único ao protocolo, em relação ao ICMS devidos nas saídas subsequentes, bem assim as hipóteses de exceção dentre as quais destaque, pela sua aplicação ao presente caso, a remessa para outro estabelecimento do mesmo titular, desde que não varejista; (ii) a base de cálculo para fins de substituição tributária; e (iii) a possibilidade de abatimento pelo remetente do valor correspondente ao ICMS relativo à operação própria.

O artigo 10 da Lei nº 7.014/96, por sua vez, estabelece as hipóteses em que um estabelecimento não deve ser considerado como sendo do mesmo titular. No presente caso, tal referência se fez necessária, a fim de evidenciar o não enquadramento do estabelecimento destinatário como pertencente ao remetente, uma vez que, na nota fiscal que acobertou a operação, no campo destinado à aposição do código fiscal de operação, o contribuinte informou tratar-se de remessa destinada a depósito fechado.

Com efeito, não é o fato de não ter dado saída de mercadorias com destino a operador logístico que enseja o dever de reter e recolher o ICMS devido em relação às saídas subsequentes das mercadorias. A sujeição passiva por substituição de que aqui se trata decorre do Protocolo n.º

97/2010 onde os Estados de Pernambuco e da Bahia figuram como signatários e através do qual restou convencionada a substituição tributária nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios, dentre outros, realizadas entre contribuintes do imposto.

Nos termos do citado Protocolo, a sujeição passiva só não haverá de ser aplicada em duas hipóteses, quais sejam: **(a)** quando as remessas de mercadoria forem destinadas a estabelecimento industrial; e **(b)** quando as remessas de mercadoria tiverem como destino outro estabelecimento pertencente do mesmo titular (depósito fechado).

No presente caso, contudo, não se verifica nenhuma das exceções trazidas pela norma, vale dizer, o estabelecimento destinatário não é industrial e não pertence a um depósito fechado.

Diferentemente do quanto alegado no Recurso, a mercadoria não teve como destino um depósito fechado, estabelecimento que se caracteriza por pertencer ao contribuinte e se destinar à recepção e movimentação da mercadoria própria, com a simples função de guarda e proteção, ao revés, o estabelecimento destinatário constante da nota fiscal pertence à outra pessoa jurídica, com cadastro no CNPJ distinto do recorrente.

Destarte, considerando que o estabelecimento do recorrente situado em Pernambuco deu saída de mercadoria sujeita à substituição tributária nos termos dos Protocolos 41/2008 e 97/2010; que este não possuía inscrição no cadastro de contribuintes no estado da Bahia, procedimento que o dispensaria de fazer acompanhar a nota fiscal da correspondente GNRE; e, ademais, que a remessa não teve como destino estabelecimento da mesma titularidade do remetente, não vislumbro quaisquer fundamentos aptos a ensejar a declaração de nulidade do lançamento a teor do inciso IV, alínea “a” do artigo 18 do RPAF.

Nestes termos, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário por entender que não restou configurada a insegurança na capitulação da infração a que se refere à alínea “b” do inciso IV do artigo 18 do RPAF, alegada pelo recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** ao Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 217449.0505/12-1, lavrado contra **ACUMULADORES MOURA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.067,51**, 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, 13 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS