

A. I. N° - 217449.0505/12-1
AUTUADO - ACUMULADORES MOURA S.A.
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM - IFMT/NORTE
INTERNET - 26.03.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0035-02/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que o autuado estava obrigado a fazer a retenção e o recolhimento na condição de sujeito passivo por substituição por força dos Protocolos do ICMS 49/2008 e 97/2010, estando o autuado sem inscrição no cadastro da Bahia e o destinatário sem o credenciamento para operar como Logística conforme exigência do RICMS/BA. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/05/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$8.067,51, em razão da falta retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas para contribuinte localizados no Estado da Bahia (Protocolos 49/2008 e 97/10).

O autuado impugna o lançamento tributário, fls. 28 a 36, ressaltando que é uma empresa que desfruta de longa tradição no cenário econômico local, sempre diligenciou no sentido de bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público, notadamente no tocante ao cumprimento de obrigações tributárias relativas aos tributos incidentes sobre importações, sendo pertinente para o presente caso o Imposto de Importação, às quais está sujeita em virtude de suas atividades de industrialização de acumuladores elétricos (“baterias MOURA”), nos quais utiliza equipamentos, matéria-prima e produtos intermediários importados de outros países.

Observa que o imposto reclamado na notificação é proveniente da DANFE NF-e n°: 51486, cuja natureza da operação caracteriza-se como remessa para depósito fechado.

Aduz que o RICMS da Bahia, em seu art. 461 prevê a possibilidade do depósito fechado de terceiros receber mercadorias e armazena-las até que o depositante queira retirá-las. No entanto, a despeito desta realidade, o autuante, alega que supostamente o autuado deixou de recolher para o Estado da Bahia valores referentes ao ICMS Substituição Tributária.

Aduz que no Regulamento do Estado da Bahia, vê-se que a Transportadora Bitury (inscrição estadual 78696242), por ter como finalidade a armazenagem de mercadorias de terceiros em depósito fechado, não encontra obstáculo ou limite à quantidade máxima de guarda de mercadorias que o contribuinte titular (depositante) pode junto a ela manter. Ademais, o DANFE n°: 51486, objeto da autuação em questão demonstra que o imposto interestadual foi regularmente destacado, de modo que é absolutamente indevida a autuação fiscal impugnada, tal como será provado a seguir.

Como preliminares trata da tempestividade da defesa e da suspensão da exigibilidade do crédito tributário ora discutido.

Relembra que o DANFE NF-e nº: 51486, registra a natureza da operação como remessa de mercadoria para depósito fechado, impossível seria imputar-lhe qualquer imposto, conforme dispõe o art. 663 do Decreto 14.876/91, conforme transcreveu:

“Art. 663 - Na saída de mercadoria depositada em armazém-geral, situado em Unidade da Federação diversa daquela do estabelecimento depositante, com destino a outro estabelecimento, ainda que da mesma empresa, o depositante emitirá Nota Fiscal, contendo os requisitos exigidos e, especialmente: (omissis)”

Frisa que foi exatamente em conformidade com a norma acima referenciada que o autuado emitiu a nota, tanto é que ainda indicou essa base legal no campo “informações complementares”.

Acrescenta que ainda assim, é devido lembrar que sendo o auto de infração um ato administrativo, este deve ser guiado pelo princípio da motivação e pelos demais princípios explícitos e implícitos na Constituição Federal. Por isso seu enquadramento deve basear-se em normas legais aplicáveis a suposta irregularidade. No entanto, não foi isso que se percebeu nesta autuação, posto que numa análise seria facilmente percebida a regularidade da remessa, haja vista o fato que de além de transportadora, a destinatária das mercadorias (Transportadora Bitury), também se presta à atividade de depósito fechado, conforme prova o seu CNAE secundário, o qual adicionou no corpo da defesa.

Sustenta que, como se trata de depósito fechado, a Bitury tem a função de armazenagem das mercadorias de terceiros, que posteriormente são remetidas aos adquirentes que contratarem com a depositante. É justamente o que faz com as baterias de propriedade da Acumuladores Moura S/A: as vendas são todas realizadas pela depositante (Moura), nunca pelo depositário da operação logística (Transportadora Bitury).

Argumenta que verificando-se o Regulamento do Estado da Bahia, vê-se que a Transportadora Bitury (inscrição estadual 78696242), por ter como finalidade a armazenagem de mercadorias de terceiros em depósito fechado de operação logística, não encontra obstáculo ou limite à quantidade máxima de guarda de mercadorias que o contribuinte titular (depositante) pode junto a ela manter a quantidade que achar pertinente.

Faz uma breve exposição a título explicativo da documentação e de movimentação de mercadoria:

- a) *a Acumuladores Moura S/A, do Estado de Pernambuco, 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;*
- b) *quando a FORD solicita mercadorias, a Acumuladores Moura S/A, do Estado de Pernambuco, emite nota fiscal de venda diretamente à sua cliente baiana;*
- c) *em seguida, o depósito fechado em operação logística, da Transportadora Bitury e localizado em Lauro de Freitas-BA, emite nota fiscal de retorno simbólico das mercadorias para a Acumuladores Moura S/A, do Estado de Pernambuco, na mesma quantidade da solicitação da cliente baiana;*
- d) *o depósito da Transportadora Bitury localizado em Lauro de Freitas-BA emite nota fiscal, na mesma quantidade solicitada pela cliente baiana, de entrega física de mercadoria por conta e ordem da Acumuladores Moura S/A, do Estado de Pernambuco.*

Assegura que no caso desses autos, como houve a autuação, ainda não foram realizadas nem a venda, nem as remessas, nem os retornos simbólicos. Dessa maneira, o enquadramento pelo qual se lavrou o presente auto de infração, baseado no art. 10 da Lei 7014/96 concomitantemente com as cláusulas primeira, segunda e terceira do Protocolo de ICMS 41/08 e 97/10, não podem e nem sequer devem ser aplicados na operação em concreto, objeto da autuação.

Ao final, requer:

- a) a anulação do presente auto de infração, nos termos do art. 18, IV, a) do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto 7.629 de 9 de julho de 1999;
- b) conceber a liberação da carga que se encontra na posse do depositário fiel.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 68 a 70, ressalta que a alegação da autuada requerendo a improcedência e nulidade do auto de infração por falta de embasamento legal, não se faz verdadeiro, a operação está irregular em desacordo com o disposto no Protocolo do ICMS 97/2010 e Art. 477 a 481 do RICMS / BA.

Destaca que a autuada faz declarações em seu DANFE que a operação é de remessa para depósito fechado e no campo de informações complementares, declara que as mercadorias se destinam a Armazéns gerais e na sua defesa descreve a real operação, fl. 35, que é o envio de mercadorias para depósito de terceiro (**Logística**) , motivo esse que foi feita a autuação por falta dos requisitos legais para a operação.

Argumenta que o autuado para efetuar a operação e gozar dos benefícios ele teria que ser inscrito como contribuinte substituto por força do Protocolo do ICMS 97/2010 em que o Estado de Pernambuco é signatário. E o Art. 477 do RICMS / BA, a destinatária (logística) Transportadora Bitury Ltda, além do requisito de estar regularmente inscrita na Bahia e possuir o CNAE de 5211799- (Depósito de mercadoria para terceiros, exceto armazém gerais e guarda móveis), ela teria que obter um credenciamento da INFAZ da sua circunscrição conforme disciplina o Art. 479, II do RICMS/ BA.

Frisa que a alegação de que o destinatário é um depósito fechado e pode operar ao livre arbítrio, não se confirma, pois o RICMS / BA no Art. 479 § único exige a comunicação de celebrações e distratos de contrato de serviços com contribuintes em suas dependências.

Aduz que o autuado informou ao mesmo tempo três operações diferentes, remessa para depósito fechado; remessa para armazém gerais e remessa para depósito de terceiros (logística), com o intuito de não efetuar a antecipação tributária, estando ela sem a devida inscrição de contribuinte substituto da Bahia para auferir do benefício fiscal previsto no Protocolo do ICMS 97/2010 § 4º da cláusula primeira, atribuindo a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto pela saída subsequente na condição de sujeito passivo por substituição ao estabelecimento fabricante.

A alegação que os DANFES foram emitidos dentro das formalidades legais e que a operação está correta, não ilide a ação fiscal pela falta de antecipação tributária referentes a mercadorias sujeita a ST provenientes de estado signatário de convênio ou protocolo, estando o remetente sem a inscrição de contribuinte substituto e o destinatário sem o devido credenciamento exigido pela legislação do RICMS/BA.

Destaca que com se verifica no PAF, o autuado não anexou nenhum contrato previsto no RICMS/BA comprovando a regularidade da operação. Na declaração feita em sua defesa, fl. 35, em que afirma a remessa para Logística e a relação entre a destinatária e a FORD. Não justifica também por quais motivos não possui a inscrição estadual da Bahia de CS. Sendo todos requisitos essenciais para regularidade da operação.

Entende que fica configurado a falta de antecipação e o consequente recolhimento na condição de sujeito passivo por substituição por força do Protocolo do ICMS 97/2010, estando a autuada sem inscrição no cadastro da Bahia e o destinatário sem o credenciamento para operar como Logística conforme exigência do RICMS /BA.

Ao final, opina pela procedência da autuação.

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 subsequentes.

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 subsequentes 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 217449.0505/12-1**, lavrado contra **ACUMULADORES MOURA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.067,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ALEXANDRINA NATALIA B SANTOS- JULGADOR