

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 consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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 retira-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) conceder 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 INFRAZ 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 essências 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 argüição de constitucionalidade 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 não tributados 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 2<sup>a</sup> 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