

A. I. N° - 278997.0006/11-7
AUTUADO - REFRESCOS GUARARAPES LTDA.
AUTUANTE - KLEBERSON POLITO BARRETO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 06.03.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0036-04/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. NF's apresentados com a defesa indicam operações interestaduais de remessa de mercadoria para guarda em empresa de logística e armazenagem situada na Bahia sem incidência tributária, conforme art. 677 do RICMS/BA. Infração improcedente. **b)** RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que o remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, reteve imposto a menos que o devido. Infração parcialmente subsistente, após ajuste por erros identificados nos arquivos magnéticos que serviram de base de dados para o lançamento tributário de ofício. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Vencido o voto do Relator quanto a Infração 1. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2011, reclama ICMS no total de R\$220.637,50, imputando ao autuado as seguintes infrações:

1. Deixou de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor Histórico: R\$89.484,13. Período: janeiro a dezembro 2010. Multa de 60%;
2. Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor Histórico: R\$131.153,37. Período: janeiro a dezembro 2010. Multa de 60%;

Através de representante legal (procuração fl. 45) o autuado impugna o AI às fls. 33 a 44.

Registra equívocos aplicados nos valores de Pautas Fiscais, tanto para a Infração 1, como para a Infração 2, em descompasso com a Instrução Normativa nº. 04/2009, vigente à época (doc. 04). Razão pela qual requereu que o Auto de Infração, em questão, seja julgado improcedente.

Questiona pela improcedência do Auto de Infração argumentando que o art. 503, inciso III, do RICMS/BA, dispõe que nas operações com bebidas, alcoólicas ou não, inclusive bebidas alimentares, além das demais disposições regulamentares inerentes às operações do gênero, se observará a pauta fiscal para fins de substituição ou antecipação tributária nas operações com cervejas, chopes e refrigerante.

Transcreve os arts. 61, III, 73, V, e § 1º, IV, 357 (caput e parágrafo único) do RICMS/BA e diz que o autuado se dedica à fabricação de refrigerantes e, nas saídas subsequentes, está obrigada a reter e recolher o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), na qualidade de

sujeito passivo por substituição, o que faz em consonância com a legislação de regência, mas foi acusado de não ter procedido conforme as determinações do Protocolo ICMS 10/92 (**doc. 05**), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, chope, refrigerante e xarope ou extrato concentrado destinado ao preparo de refrigerantes em máquina pré-mix ou post-mix, conforme Cláusulas primeira, quarta e quinta, que reproduz.

Discorda do enquadramento da infração 1, posto que as mercadorias foram enviadas para um depósito da empresa - BG Bebidas (segundo comprova o **doc. 06**), por conta e ordem desta, não havendo a incidência do ICMS-ST em casos como este, conforme art. 6º, inciso VII, do RICMS/BA.

Observa que as notas fiscais (**doc. 07**) são relativas a operações por conta e ordem, conforme testemunha a natureza da operação: “*Outras saídas p/ dep. Por conta e ordem de terc.*”, hipótese em que não caberia ao autuado, remetente por conta e ordem, reter o ICMS-ST. Devendo este, se devido, ser retido pelo Vendedor. No entanto o fiscal atribuiu a responsabilidade ao autuado pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, quando o contribuinte é simples remetente, por conta e ordem, das mercadorias e o ICMS, normal e por ST, é de responsabilidade do vendedor.

Afirma que não vendeu mercadorias para o destinatário, e, por isso não pode ser responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST. Assim, se devido for o ICMS-ST, esse deve ser retido e recolhido a partir da nota fiscal de venda, emitida pelo depositante e **referidas no campo informações complementares das notas fiscais emitidas pelo autuado**. Com isso, deve ser julgado totalmente improcedente o Auto de Infração em relação à infração 1.

Com relação à infração 2, afirma que procedeu corretamente com a retenção e, consequentemente, o recolhimento do ICMS-ST no período autuado (2010), nos termos do citado Protocolo ICMS 10/92, contudo, assevera que há equívocos quanto aos valores das Pautas Fiscais aplicadas nas planilhas, tendo em vista que não se encontram em consonância com os valores dispostos na Instrução Normativa nº 04/2009 (doc. 07).

Explica que a pauta fiscal utilizada, por exemplo, em relação ao produto CCOLA/06 1000ML LS, inserido, a título de amostragem, nas Notas Fiscais nºs 278.265, 278.267, 278.269, 278.270, 278.272, 278.275, 278.276, foi no valor de R\$1,83, entretanto, o autuante relacionou esta pauta correspondente ao produto pela embalagem PET, todavia deveria ser utilizada a pauta fiscal no valor de R\$1,45 que se refere a vidro retornável (doc. 08), que se encontra descrita, na Instrução Normativa nº 04/2009, como: Todos garrafa retorno 601 a 1000 ml.

Salienta a necessidade de ser refeita a planilha do Fiscal, por diligência (perícia contábil) para serem identificados os valores corretos das Pautas, com o que, segundo ele, não será encontrado saldo devedor capaz de legitimar, ainda que em parte, o Auto de Infração em tela, razão pela qual requer sua improcedência *in toto*.

Acrescenta que o cerne da questão gira em torno da aplicação correta dos valores dispostos na Instrução Normativa nº 04/2009, para se confirmar à retenção e, consequentemente, o recolhimento correto do ICMS-ST pelo autuado.

Dessa forma, para tanto, pede a realização de diligência/perícia contábil, oportunidade em que apresenta as seguintes questões: “*a) A Instrução Normativa nº. 04/2009 fixou valores diversos da correspondente descrição acima apontada dos produtos relacionados pelo Autuante? b) Aplicado corretamente o valor da pauta fiscal, haveria diferença a recolher pela Impugnante?*”.

Transcrevendo ementas de decisões judiciais e doutrina, alega o efeito confiscatório da multa de 60%.

Também transcrevendo o art. 112 do CTN e ementas de decisões judiciais, frisa que, no caso, pode ser levado em consideração também o benefício da dúvida.

Conclui pedindo a Improcedência do Auto de Infração ou, caso não seja esse o entendimento, seja excluída ou reduzida a multa proposta.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 92/93. Diz que após análise da impugnação, concluiu pela aceitação parcial dos argumentos defensivos, retirando da autuação as operações de remessas de mercadorias para o depósito da empresa BG bebidas, por conta e ordem desta, por

concordar com o argumento de que tais operações não sofrem incidência de ICMS, conforme art. 6º, VII do RICMS/BA. Também acolheu o argumento defensivo com relação à bebida CCOLA/06 1000 ML LS, comercializada em garrafas de vidro retornável.

Quanto à multa, diz que está prevista na legislação.

Conclui que, após as alterações, os valores devidos para o ICMS ST retido a menos e ICMS ST não retido são, respectivamente, R\$19.646,57 e R\$9.972,58.

Por fim, pede pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em nova manifestação (fls. 101-106) o autuado relata uma redução de quase 85% sobre o montante cobrado no Auto de Infração. Entretanto, diante dos novos relatórios (Demonstrativos de Apuração do ICMS ST Retido a Menor e do ICMS ST Não Retido) anexados pelo autuante, e comparando os valores informados nas planilhas com os das respectivas notas fiscais, verificou que são divergentes, conforme se pode ver a partir das notas fiscais e planilha que anexa (doc. 01), contendo nos documentos as referidas distorções. Juntou demonstrativo indicando Notas Fiscais (283.178, 322.820, 322.822, 323.215 e 322.820), Descrição dos produtos, Valor total do produto e o Levantamento fiscal. Afirma que, com isso, os valores dos produtos mencionados dos Demonstrativos de Apuração do Fiscal estão errados, logo, todos os cálculos advindos deles não estão corretos.

Discorda da acusação de falta de recolhimento do ICMS ST, uma vez que o destacou nos documentos fiscais e o recolheu de acordo com a legislação vigente (doc. 02).

Acrescenta que o autuante não considerou recolhimentos efetuados no período fiscalizado (01/2010 a 12/2010), relativos ao fundo de pobreza em guia específica, segundo evidenciam os comprovantes de pagamento anexos (doc. 03).

Assim, diz que os Demonstrativos de Apuração colacionados aos autos não retratam ainda a realidade dos fatos, tendo em vista que os valores ali constantes não coadunam com os praticados pelo autuado.

Reiterou que, caso o autuante não acolha os fatos e documentos ora juntados que enseja a improcedência total do Auto de Infração, há necessidade de realização de perícia/diligência para que sejam averiguados os valores divergentes entre as notas fiscais efetivamente emitidas e os informados nos Demonstrativos de Apuração em tela, bem como os pagamentos ao fundo de pobreza.

Ratifica o pedido de Improcedência do Auto de Infração.

Na informação de fls. 123/124, o autuante diz ter verificado que os dados do arquivo magnético enviado via SINTEGRA pela empresa, apresentavam erros de posicionamento nos campos valor total do produto e valor total da nota. Além disto, o arquivo apresentou diversos produtos sem a devida retenção do ICMS ST, fazendo com que o relatório inicial fosse gerado com cobrança de ICMS ST não retido. Reporta que este fato foi detectado confrontando um maior número de notas fiscais eletrônicas com os dados do SINTEGRA e, acredita ele, por se tratar de mercadorias, que, em maioria, possuem preços de pauta como referência para o cálculo do ICMS ST, isso tenha influenciado sua falta de percepção na análise por amostragem.

Ressalta que se trata de fiscalização não presencial e que os dados trabalhados foram extraídos do arquivo SINTEGRA, encaminhados pelo próprio contribuinte, logo, no caso de dados errados, esses erros foram corroborados pelo próprio autuado ao fornecê-los via SINTEGRA.

Salienta não proceder à alegação de valores relativos ao fundo de pobreza recolhidos e não considerados, pois nos autos não há cobrança de valores de ICMS ST retidos na nota fiscal e não recolhidos.

Concluindo, anexa, em papel e CD, Demonstrativo de ICMS ST Retido a Menor.

À fl. 267, consta pedido de diligência à INFRAZ de origem para o autuante: “a) *Produzir demonstrativo de débito do ajuste efetuado; b) Produzir nova informação fiscal nos termos previstos no §6º do art. 127, do RPAF, a respeito do ajuste que efetuou no lançamento tributário*”.

Às fls. 269/271, o autuante atendeu a solicitação e disse que após a nova análise, verificou que realmente havia divergência, pois fora originária dos dados contidos nos arquivos magnéticos recebidos da empresa via SINTEGRA.

Aborda, ainda, que esses arquivos apresentaram erros de posicionamento nos campos do valor total do produto e valor total da nota. Nestes casos, o que importa é o produto e não o preço na nota fiscal.

Ressalta que os relatórios preliminares foram encaminhados à empresa, mas a mesma não se posicionou a esse respeito e nem mesmo foi alvo da primeira impugnação. Assim, feitas as correções nos dados dos arquivos SINTEGRA em confronto com as notas fiscais eletrônicas extraídas do sistema SEFAZ, resultou no valor a recolher de R\$1.321,35, conforme relatório anexado de fls. 125 a 132, relativo ao ICMS ST Retido a Menor (infração 02).

Considerando que na assentada de julgamento a representante legal da empresa informou desconhecimento do resultado da diligência e falta de ciência do contribuinte acerca da nova informação fiscal, esta 4ª JJF, atendendo o pleito da legal procuradora do autuado para que fosse diligenciada a entrega de cópia da informação fiscal e abertura de prazo para se manifestar nos termos do art. 18, §1º do RPAF (fl. 275).

Às fls. 277-279, o autuado, em que pese à redução do valor exigido, alega não ter como prosperar o auto de infração, pois entende confessada a inconsistência da exigência fiscal, razão pela qual apenas reitera os termos de suas anteriores manifestações.

VOTO-VENCIDO (infração 1)

Compulsando os autos, vejo que o procedimento fiscal cumpriu o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF, bem como o processo se conforma nos artigos 12, 16 e 22 do mesmo regulamento. As infrações estão claramente descritas, determinadas com segurança, foram corretamente tipificadas com identificação do infrator e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, tendo ele exercido o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no auto de infração.

Tendo em vista estarem os autos perfeitamente instruídos, nada restando a ser esclarecido, com fundamento no art. 147, I, “a”, do RPAF, indefiro o pedido de diligência formulado.

O Impugnante, preliminarmente argüiu a ilegitimidade passiva do autuado tendo em vista que apenas remeteu mercadorias por conta e ordem do estabelecimento proprietário (Refrescos Guararapes – Jaboatão do Guararapes – PE) em relação à infração 01 (falta de retenção e recolhimento de ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia) e pediu sua improcedência, alegando que as mercadorias foram enviadas para um depósito da empresa BG Bebidas (segundo comprova a inscrição do CNPJ – doc. 06, fl. 81), por conta e ordem desta, não havendo incidência do ICMS-ST, conforme art. 6º, VII, do RICMS-BA, anexando cópia de DANFE's às fls. 82-86 como prova.

A despeito de constatar a ilegitimidade passiva suscitada com relação à infração 01, com fundamento no parágrafo único do art. 155 do RPAF, a ultrapasso em face de, como logo veremos, ser a decisão de mérito favorável ao estabelecimento autuado.

O demonstrativo desta infração (fls. 13-14) relaciona operações de mercadorias fabricadas pelo e autuado remetidas à empresa BG Bebidas em Irecê – Ba através de NF's cuja natureza das operações é “Outras saídas p/ dep por conta e ordem de terc.”, tendo em vista o extrato do CNPJ de fl. 81 a identifica como “Organização logística do transporte de carga, código 52.50-8-04”. Portanto, em assim sendo, a alegação defensiva tem razão já que as provas juntadas às fls. 82-86, registram operações na forma do art. 677 do RICMS/BA, o que, inclusive foi aceito pelo autuante que, ao fim e ao cabo, realizando revisões nas planilhas da infração, nada mais reclama de imposto nessa infração.

Ocorre que a semântica do texto do Impugnante, no mínimo há que ser esclarecida: Diz ele na peça de impugnação (fl. 38): *“Em relação à Infração 1 (ICMS não retido), não merece prosperar o enquadramento do Autuante, posto que as mercadorias foram enviadas para um depósito da empresa – BG Bebidas (segundo comprova a inscrição do CNPJ – doc 06), por conta e ordem desta, não havendo a incidência do ICMS-ST em casos como este, conforme consta no art. 6º, inciso VII do RICMS/BA”*, que transcreve. (grifo meu).

Ora, a quem se refere o Impugnante com a expressão “por conta e ordem desta”?

Em primeiro lugar, observo que não sendo o estabelecimento autuado empresa de transporte ou depósito, o dispositivo destacado pelo Impugnante (art. 6º, VII, do RICMS/BA) não se aplica ao caso. Em segundo lugar, observo que caso não seja um mero ato falho que o Impugnante cometeu, se a empresa que ordenou a remessa da mercadoria ao autuado foi a BG Bebidas (como a lógica semântica indica), a BG Bebidas seria, de fato, a verdadeira proprietária das mercadorias objeto da autuação. As operações seriam, de fato, vendas tributáveis (Lei nº 7.014/96: art. 2º, I, c/c o § 1º, I) e a triangulação registrada nos documentos fiscais se verteriam em planejamento tributário via simulação para que na operação de circulação de mercadoria entre o estabelecimento fabricante autuado e proprietário de fato (BG Bebidas) não ser tributada, como previsto no art. 677 do RICMS/BA.

Entretanto, os documentos de prova trazidos aos autos pelo Impugnante como exemplares provas defensivas (fls. 82-86) indicam que o estabelecimento autuado situado em Petrolina efetuou operações de transferência de mercadorias a outro estabelecimento autônomo da empresa em Jaboatão dos Guararapes (ex: NF 001156 identificada no campo informações complementares da NF 1157 de fl. 82), e este, na condição de destinatário-proprietário, ordenou ao estabelecimento autuado (fabricante) a remessa dessas suas mercadorias para “guarda” no estabelecimento BG Bebidas, uma empresa de armazenagem situada em Irecê. Se assim é, de fato, a infração 1 não subsiste por improcedência.

Contudo, com relação às operações de transferência do estabelecimento autuado situado em Petrolina para armazém geral localizado na Bahia (a exemplo da empresa BG BEBIDAS LTDA, NF 1157, fl. 82) por conta do estabelecimento destinatário depositante situado em Jaboatão dos Guararapes, como indicado no campo “informações complementares” da NF 1157, fl. 82, com fundamento no art. 156, do RPAF, represento à autoridade competente para analisar a abertura de novo procedimento fiscal junto às outras empresas intervenientes no caso (BG Bebidas, estabelecimento tomado pelo proprietário das mercadorias que é a empresa Refrescos Guararapes situado em Jaboatão dos Guararapes e que impugna este lançamento) como depósito de terceiro cuja finalidade é unicamente guardá-las, para verificar o cumprimento das obrigações tributárias das operações circuladas na Bahia, em especial, com relação ao pagamento do imposto normal e relativo à substituição tributária, caso a propriedade tenha sido transmitida pelo depositante (Refrescos Guararapes, estabelecimento de Jaboatão dos Guararapes) a contribuintes da Bahia, ficando ou não a mercadoria depositada em armazém geral situado na Bahia (no caso a BG Bebidas, conforme RICMS/BA: arts. 673, § 2º e 681).

Infração improcedente.

Da infração 2 (ICMS ST retido a menor) o autuado se defende dizendo ter procedido corretamente com a retenção e recolhimento do imposto no período fiscalizado (2010), nos termos do Protocolo ICMS 10/92. Alega haver equívocos quanto aos valores das Pautas Fiscais aplicadas nas planilhas da autuação, pois, exemplificando o produto CCOLA/06 (NF's 278.265, 278.267, 278.269, 278.272, 278.275 e 278.276) os valores retidos estariam em consonância com os dispostos na IN 04/2009 (R\$ 1,83), sendo que o autuante relacionou esta pauta ao produto pela embalagem PET que tem pauta de R\$ 1,45, razão pela qual peticiona pela revisão da planilha do autuante.

Por sua vez, na informação fiscal o autuante acatou parcialmente os argumentos defensivos, ajustando o valor do imposto exigido de R\$ 131.153,37 para R\$ 9.972,58, conforme planilha fls. 96-97.

Ainda inconformado, o autuado se manifestou (fl. 109) apontando mais distorções nos relatórios ajustados pelo autuante por ocasião da informação fiscal e repetiu o pedido de diligência, caso o autuante não acolhesse os fatos e documentos que juntou aos autos.

Em nova informação fiscal (fls. 123-124), o atuante afirmou que após nova análise, verificou que o arquivo magnético SINTEGRA enviado pelo contribuinte continha erros de posicionamento nos campos valor total do produto e valor total da NF, além de conter diversos produtos sem a devida retenção do ICMS ST, o que implicou na geração do relatório inicial com ICMS ST não retido. Aduziu que, detectado estes fatos, confrontou um maior número de NF's-e com os dados do SINTEGRA, ajustando novamente o valor exigido de R\$ 9.972,58 para R\$ 1.321,35, conforme novo relatório de fls. 125-132.

Intimado para ciência desse ajuste, o autuado recebeu cópia do demonstrativo em que se apurou o valor restante devido pela infração, e manifestou-se reiterando os termos de suas anteriores manifestações, sem objetivamente identificar qualquer inconsistência de dados no demonstrativo refeito, apenas dizendo já ter restado demonstrado e confessado a inconsistência das acusações fiscais ante à retenção e recolhimento do ICMS ST que efetuou.

O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF assegura ao sujeito passivo tributário o direito de impugnar o lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

Apenas ratificando suas alegações anteriores (todas enfrentadas e vencidas pelo autuante), sem mais objetivamente identificar inconsistência no levantamento fiscal ajustado, o Impugnante incorre na previsão dos artigos 140, 142 e 143 do regulamento citado, pois com sua última manifestação apenas nega o cometimento da infração no valor que restou apurado, o que não o desonera de convenientemente elidi-la. Considerando que as pautas indicadas no demonstrativo final da infração são as indicados para os produtos na IN 04/2009 que o próprio Impugnante juntou aos autos (fls. 73-76), acolho o demonstrativo refeito às fls. 257-264 para declarar caracterizada a infração 2 que resta parcialmente subsistente no valor de R\$ 1.321,35.

Infração procedente em parte.

Quanto à alegação de que a multa proposta é confiscatória, há de se ressaltar que tal penalidade é a prevista no art. 42, inciso II, “e” da Lei nº. 7.014/96, não tendo este órgão julgador competência para apreciar sua alegada constitucionalidade (art. 167, inciso I, do RPAF), e não tendo dúvida quanto à interpretação de texto legal, não há falar em interpretação favorável como prevista no art. 112 do CTN.

VOTO VENCEDOR-(infração 1)

Peço vênia para discordar do posicionamento do ilustre colega Relator, no que concerne à infração 1, cuja acusação resulta da falta de retenção do ICMS e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade de ilegitimidade ativa posto que o sujeito passivo é contribuinte substituto, regularmente inscrito no Estado da Bahia, e nesta condição sujeita-se à fiscalização deste Estado.

Outrossim, o Convênio ICMS/81/93 estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição instituídos por Convênios e Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, e como norma que estabelece os procedimentos sobre substituição tributária, os Convênios e Protocolos deverão ser elaborados baseados no Convênio ICMS/81/93.

Logo, esses atos normativos, regulamentam as operações entre os Estados da Federação, indicando os efetivos substitutos e substituídos das operações, o valor da base de cálculo, como também a margem de lucro que será apurado o imposto retido.

Na presente lide, as mercadorias envolvidas nas operações de circulação em exame, são as alcançadas pelo Protocolo ICMS 10/92, tais como cerveja, chope, refrigerantes e xarope ou extrato concentrado destinado ao preparo de refrigerantes em máquina pré-mix ou post mix.

Saliente-se que os Estados de Pernambuco e Bahia, Estados remetente e destinatário das mercadorias, são signatários deste Protocolo, que estabelece na Cláusula primeira e § 1º, que nas operações interestaduais com cerveja, chope e refrigerante, xarope ou extrato concentrado, destinado ao preparo de refrigerante em máquina pré-mix ou post-mix, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de contribuinte substituto, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes realizadas por quaisquer estabelecimentos.

A única exceção ao regime deste Protocolo está estabelecida no § 2º do mesmo que dispõe: O regime de que trata este Protocolo não se aplica às transferências da mercadoria entre estabelecimentos industriais da mesma empresa e nas remessas efetuadas pela indústria para seu estabelecimento filial atacadista. Ocorrendo esta hipótese, a substituição tributária caberá ao estabelecimento que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de contribuinte diverso ou para estabelecimento comercial da própria indústria.

Ademais, na cláusula segunda do mencionado Protocolo, a previsão é de que a substituição tributária caberá ao estabelecimento que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de contribuinte diverso ou para estabelecimento comercial da própria indústria.

A defensora alega que as transferências em lide foram realizadas para depósito na Bahia, da empresa BG Bebidas, por conta e ordem desta, não havendo a incidência do ICMS-ST, em casos como este, conforme art. 6º, inciso VII do RICMS/Ba. Assim, argumenta que o ICMS substituição tributária, se devido deveria ser retido pelo vendedor.

Não obstante os argumentos apresentados na defesa, o contribuinte que assim proceda torna-se ilegal, posto que o contribuinte remetente tem a obrigatoriedade imposta pelo Protocolo ICMS 10/92, que tem publicação nacional, de reter e recolher o ICMS na qualidade de contribuinte substituto, e a operação interestadual realizada pelo sujeito passivo, sem o destaque do ICMS por substituição, não encontra amparo na legislação pertinente, tal como o Acordo Interestadual adrede mencionado.

Pelas razões expostas, voto pela procedência da infração 1, no valor de R\$ 89.484,13.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278997.0006/11-7, lavrado contra **REFRESCOS GUARARAPES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$90.805,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2013.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR/VOTO VENCIDO (infração 1)

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR (infração 1)