

A. I. Nº - 232339.0602/12-3
AUTUADO - ACUMULADORES MOURA S/A.
AUTUANTE - JOSÉ ERINALDO FRAGA SOARES
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 12/09/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0138-05/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES COM BATERIAS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES, ORIGINÁRIAS DE ESTADO SIGNATÁRIO DO PROTOCOLO ICMS 41/08. É cabível a exigência fiscal, no trânsito de mercadorias, por se tratar de contribuinte sem inscrição no cadastro do ICMS da Bahia e em razão das mercadorias se destinarem a vendas em operações subsequentes de comercialização. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias, em 17/06/2012, às 19:59 hs, no posto fiscal Heráclito Barreto, contendo a seguinte imputação: *“Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, pelo sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 49/2008)”*. Valor exigido: R\$ 8.232,84, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96. Enquadramento legal: art. 10, da Lei nº 7.014/96 c/c as cláusulas primeira, segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/08.

No campo “descrição dos fatos” do Auto de Infração consta que: *“As 13:00h do dia 17 do corrente mês no exercício da função fiscalizadora foram apreendidas 1.100 baterias da Marca Moura, conforme DANFE nº 52.559, emitido por Acumuladores Moura S/A, estabelecida em Belo Jardim, Estado de Pernambuco, tendo com destinatário Transportadora Bitury Ltda., com sede em Lauro de Freitas, neste Estado. As referidas mercadorias estão sendo transportados no veículo de placa nº KHY – 7651-PE, conduzido pelo motorista Juarez Freitas Vasconcelos. Dessa forma, por trata-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, onde o remetente deixou de efetuar a retenção na fonte e nem recolheu o imposto devido através de documento de arrecadação, nos termos do Protocolo ICMS 97/2010, bem como o destinatário não está credenciado neste Estado como Operador Logístico (depósito fechado), nos termos do art. 479, do RICMS/Ba. Sendo assim, foram apreendidas as mercadorias e toda a documentação encontra-se anexada fazendo prova das irregularidades para o fisco”*.

A lavratura do Auto de Infração está fundamentada também no Termo de Ocorrência Fiscal (TOF), nº 2322329.0601/12-7 (doc. anexado à fl. 4 do PAF).

Às fls. 11 e 12, consta que a empresa autuada, através de seu patrono, autorizou que o caminhoneiro que conduzia a carga apreendida, tomasse ciência do Auto de Infração e do Termo de Apreensão correspondente. A referida autorização é datada de 29/06/2012.

Em 21/06/2012 (doc. 16), a Acumuladores Moura S/A formulou requerimento à SEFAZ-Ba, pedindo que a condição de depositário das mercadorias apreendidas fosse transferida da Transportadora Bitury Ltda para a referida solicitante.

Em 18/07/2012, foi lavrado termo de revelia (fl. 13), com a menção de que o sujeito passivo deixou transcorrer o prazo de 30 dias, após ciência do Auto de Infração sem apresentar a correspondente impugnação ao lançamento.

Em 13/11/2012, a autuada foi notificada via AR (aviso de recebimento) para proceder à entrega das mercadorias apreendidas.

Por sua vez, em 23/11/2012, a empresa, através de seu patrono (procuração anexada às fls. 56), apresentou petição nos autos (fls. 50 a 55), ocasião em que expressou o entendimento de que o início do prazo para apresentação de defesa teria início em 14/12/2012, visto que fora intimada para a entrega das mercadorias apreendidas em 13/11/2012 (AR anexado à fl. 48). Nessa mesma peça apresentou também razões que justificariam a revisão dos procedimentos fiscais.

Em 03/01/2013 a empresa voltou a ser notificada, via AR (doc. fl. 68), de que a petição apresentada às fls. 50 a 55, constituía defesa intempestiva.

Em 14/01/2013, por fim, foi apresentada defesa, subscrita por advogado, com procuração nos autos (doc. fls. 81 a 84).

Preliminarmente, a impugnante reitera a sua petição pela tempestividade da defesa, conforme requerimento anterior, acostado às fls. 50 a 55 do PAF. Registra que somente em 13/11/2012 foi intimada para a entrega das mercadorias apreendidas. Com isso o início do prazo para apresentação de defesa teve início em 14/12/2012.

Em 14/01/2013 (doc. fl. 69), a empresa ingressou com a impugnação administrativa, pedindo a revisão de ofício de lançamento, após ter sido cientificada pela repartição fiscal que o prazo de defesa havia se esgotado, conforme intimação juntada à fl. 67 dos autos, com ciência via AR (aviso de recebimento), anexada à 68 (ciência em 03/01/2013).

Nesta peça o contribuinte após fazer considerações em torno do cabimento de revisão do lançamento fiscal, fundamentado em disposições do CTN e na doutrina pátria, fez em seguida uma detalhada exposição dos fatos que envolveram a exigência contida no Auto de Infração em exame.

Informa que a natureza da operação é “REMESSA PARA DEPÓSITO FECHADO” e o destinatário, Transportadora Bitury Ltda., é possuidor de inscrição regularmente ativa no estado da Bahia para operar como “Depósito de Mercadorias para Terceiros” nos termos do art. 461 do RICMS baiano (fl. 73), bem como anexou às fls. 77 cópia do seu CNAE secundário, atestando a referida condição.

Ainda, a Autuada relembra que o DANFE nº 52559, registra a natureza da operação como remessa de mercadoria para depósito fechado, impossível seria imputar-lhe qualquer imposto diferente daquele que foi destacado na nota original, conforme dispõe o art. 663 do Decreto nº 14.876/91 (fl. 76).

Tratando-se a empresa destinatária das baterias (Transportadora Bitury Ltda) 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).

Frisa que o Regulamento do Estado da Bahia ampara a operação realizada pela autuada, pois a Transportadora Bitury (Inscrição Estadual nº 78696242), tem como objeto a armazenagem de mercadorias de terceiros em depósito fechado (operação logística), não havendo na norma regulamentar obstáculos ou limites à quantidade máxima de guarda de produtos que o contribuinte titular (depositante) pode manter junto à depositária.

Fez ainda uma breve exposição, a título explicativo, das operações praticadas pela Acumuladores Moura S/A, onde há a seguinte estruturação documental e de movimentação de mercadoria:

- 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 nº 78696242), conforme nota fiscal de remessa para depósito fechado com destaque do ICMS, tal como foi emitida a DANFE NF-e nº: 52559;

- 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, 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 sediada no Estado de Pernambuco.

No caso dos autos, a defesa alerta para a impossibilidade de cobrança do ICMS-ST, pois sequer ainda foram realizadas as operações de 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 nº 7014/96 concomitantemente com as cláusulas primeira, segunda e terceira do Protocolos ICMS 41/08 e 97/10, não poderiam ser aplicados à operação em concreto, objeto da autuação.

Formula os seguintes pedidos: 1) *revisão de ofício a decisão que considerou a defesa intempestiva, face a sua efetiva apresentação dentro do prazo legal*; 2) *anulação do auto de infração nos termos do art. 18, IV, letra “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto 7.629 de 9 de julho de 1999*; 3) *que seja determinada a liberação da carga que se encontra na posse do depositário fiel, por ser medida de direito*.

Foi prestada informação fiscal pelo agente autuante. A peça informativa se encontra acostada às fls. 102 a 106 do PAF.

O autuante não acolheu os argumentos defensivos. A partir da leitura do DANFE nº 52559, disse trata-se de operação de remessa para depósito fechado e que no cadastro do destinatário está informado seu CNAE secundário nº 52.11.7.99 – Depósito de Mercadorias para Terceiros, exceto armazéns gerais e guarda de móveis. Essa operação de remessa para depósito fechado desobedece às regras do Protocolo ICMS 97/2010, pois, a Autuada deveria efetuar a retenção e recolhimento do ICMS - substituição tributária a cada operação.

Esclarece a regra contida no art. 663, do Decreto nº 14.876/91, citada pela Autuada, não pertence à legislação do ICMS da Bahia e sim de Pernambuco, e tão pouco ao Protocolo 97/2010 que disciplina a Substituição Tributária de peças de uso automotivo (Bateria) oriundas do estado de Pernambuco.

Informa ainda que o Protocolo ICMS 97/2010 em seu § 2º Incisos I e II da Cláusula primeira, excetua apenas duas situações em que o Sujeito Passivo por Substituição está dispensado de efetuar a retenção e o consequente recolhimento do ICMS relativa às operações subsequentes para estado da Bahia. São elas:

As remessas de mercadoria com destino a:

I - estabelecimento industrial;

II - outro estabelecimento do mesmo titular, desde que não varejista, salvo se a unidade federada de destino dispuser de forma diferente em sua legislação.

Diante do exposto, entende que a Autuada desobedeceu claramente às normas pertinentes ao regime de substituição tributária das mercadorias que ora remetia para o estado da Bahia sem a devida retenção do ICMS ou seu recolhimento através de GNRE como determina os referidos protocolos, visto que :

- a empresa Acumuladores Moura S/A. é a remetente das mercadorias e Sujeito Passivo por Substituição no termos do Protocolo ICMS 97/2010;
- a Transportadora Bitury Ltda se encontra na condição de destinatária das mercadorias, mas é pessoa diversa daquelas previstas nas regras contidas no § 2º Incisos I e II, da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 97/2010.

Ao finalizar a peça informativa pede que o Auto de Infração nº 232339.0602/12-3 seja julgado totalmente Procedente.

VOTO

Neste processo se encontra caracterizada a intempestividade da peça defensiva. Vejamos então as razões que justificam este entendimento.

Conforme foi detalhadamente descrito no relatório, o Auto de Infração em exame foi lavrado 17/06/2012.

Em 21/06/2012 (doc.16), a Acumuladores Moura S/A (empresa autuada), formulou requerimento à SEFAZ-Ba, pedindo que a condição de depositário das mercadorias apreendidas fosse transferida da Transportadora Bitury Ltda para a referida solicitante.

Às fls. 11 e 12, do presente PAF, consta que a empresa autuada, através de seu patrono, autorizou que o caminhoneiro que conduzia a carga apreendida, tomasse ciência do Auto de Infração e do Termo de Apreensão correspondente. A referida autorização é datada de 29/06/2012.

A ciência de seu, portanto, logo após esta data. Em 18/07/2012, foi lavrado, pela repartição fiscal termo de revelia (fl. 13), com a menção de que o sujeito passivo deixou transcorrer o prazo de 30 dias, após ciência do Auto de Infração sem apresentar a correspondente impugnação ao lançamento.

Em 13/11/2012, a autuada foi notificada via AR (aviso de recebimento) para proceder à entrega das mercadorias apreendidas (docs. fls. 47/48).

Por sua vez, em 23/11/2012, a empresa, através de seu patrono (procuração anexada às fls. 56), apresentou petição nos autos (fls. 50 a 55), ocasião em que expressou o entendimento de que o início do prazo para apresentação de defesa teria início somente em 14/12/2012, visto que fora intimada para a entrega das mercadorias apreendidas em 13/11/2012 (AR anexado à fl. 48). Nessa mesma peça apresentou também razões que justificariam a revisão dos procedimentos fiscais.

Em 03/01/2013 a empresa voltou a ser notificada, via AR (doc. fl. 68), de que a petição apresentada às fls. 50 a 55, constituía defesa intempestiva.

Em 14/01/2013, por fim, foi apresentada defesa, subscrita por advogado, com procuração nos autos (doc. fls. 81 a 84).

Da análise conjunta de todos esses fatos percebe-se claramente que o contribuinte, ao autorizar, por escrito, ao motorista da carga apreendida para tomar ciência do Auto de Infração, fato verificado em 21/06/2012, teve a partir desta data iniciada a contagem do prazo de 30 (trinta) dias para a formulação e apresentação da defesa instância administrativa. A assinatura do caminhoneiro foi aposta no Auto de Infração e no Termo de Apreensão após a devida autorização do autuado, e esta peça integra os documentos que compõem o PAF. Desta forma, o prazo de defesa findou em 23 de julho de 2012. O contribuinte, por sua vez, protocolou a primeira peça impugnatória somente 23/11/2012 e, posteriormente, ingressou outras alegações, somente, em 13/01/2013.

Observe, todavia, que mesmo tendo sido configurada a intempestividade da peça defensiva, o Auto de Infração, no mérito, é procedente. Isto porque a remetente das mercadorias, Acumuladores Moura S/A, CNPJ nº 09.811654/0001-70 não era inscrita neste Estado, na condição de

contribuinte substituto. Nesta situação a mercadoria deveria ter transitado devidamente acompanhada da GNRE (Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais), com a quitação do imposto, conforme prescreve o Convênio ICMS 81/93, na sua cláusula sétima, § 2º, com a seguinte redação:

Cláusula sétima Poderá ser concedida ao sujeito passivo por substituição definido em Protocolo e Convênio específico inscrição no cadastro da Secretaria da Fazenda, Finanças ou Tributação da unidade da Federação destinatária das mercadorias, mediante remessa dos seguintes documentos:

(...)

§ 2º Se não for concedida a inscrição ao sujeito passivo por substituição ou esse não providenciá-la nos termos desta cláusula, deverá ele efetuar o recolhimento do imposto devido ao Estado destinatário, em relação a cada operação, por ocasião da saída da mercadoria de seu estabelecimento por meio de GNRE, devendo uma via acompanhar o transporte da mercadoria.

No caso presente a empresa também invoca em sua defesa que a mercadoria se destinava a depósito no estabelecimento de destino, ou seja, a transportadora Bitury Ltda.

Somente em dois tipos de operação, o Protocolo ICMS 97/2010, exclui a aplicação do regime de substituição tributária:

- I. remessas a outro estabelecimento do mesmo titular, exceto varejista, salvo se a legislação da unidade federada de destino dispuser de forma diferente;
- II. nas remessas com destino a estabelecimento industrial.

A empresa destinatária não se enquadra em nenhuma das duas hipóteses elencadas no citado Protocolo.

Ademais, as mercadorias objeto da autuação (baterias para uso automotivo), estavam enquadradas no regime de ST interestadual, por força do Protocolo ICMS 97/2010 e, se destinavam a vendas em operações subsequentes de comercialização, conforme relatado pelo próprio contribuinte na peça defensiva.

Por fim, no que se refere ao pedido de liberação das mercadorias apreendidas, formulado na inicial, o mesmo deverá ser encaminhado à repartição fiscal de origem considerando que o CONSEF não detém a competência para apreciar a matéria levantada pelo contribuinte.

Considerando o acima exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232339.0602/12-3**, lavrado contra **ACUMULADORES MOURA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.232,84**, 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, 29 de agosto de 2013.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO – JULGADOR