

**A. I. Nº** - 232879.0002/13-2  
**AUTUADO** - MISSIATO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ CARLOS RODRIGUES DE SOUZA  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 06. 07 .2014

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0148-01/14

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Descrição imprecisa do fato. Desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal. O enquadramento é de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89. A pretensão fiscal é cobrança de recolhimento a menor do ICMS por substituição tributária na forma do Protocolo 107/2009 (cláusula segunda, inciso I § 2º e § 3º) e no Protocolo 11/91, (cláusula 2ª), sob a acusação de aplicação de MVA indevida. Infração nula. Recomendado refazimento do feito a salvo de falha. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2013, constitui crédito tributário no valor de R\$239.703,53, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS: *"Efetuiu o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89"*, conforme demonstrativo anexo às fls.9 a 39 dos autos, relativo ao período de maio a dezembro de 2010, janeiro a abril e junho a agosto de 2011, bem assim de agosto a novembro de 2012.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 43 a 48, com documentos anexos, contestando integralmente a autuação, conforme as razões a seguir:

Diz que, muito embora queira fazer crer o autuante, cometera infração contra a Fazenda Pública Estadual, esta não é a verdade dos fatos. Observa que o preposto fiscal incorreu em alguns erros de procedimento que acabaram por gerar o suposto cometimento de infração ao RICMS, notadamente no que tange à substituição tributária em aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação.

Aduz que o equívoco cometido, pelo preposto autuante, ocorreu por inobservância do quanto disposto pela legislação complementar que rege a matéria, a saber, os Protocolos de ICMS nº 107/2009 e nº 11/91.

Como comprova as cópias dos atos constitutivos anexados à presente defesa, bem como as informações constantes no sistema cadastral de contribuintes desta Secretaria da Fazenda, diz tratar-se de uma filial atacadista de indústria de bebidas localizada em outra unidade da federação, mais precisamente no Estado de São Paulo.

Na qualidade de filial atacadista de indústria situada em outra unidade da federação, os produtos que revende no Estado da Bahia são totalmente fabricados em sua matriz industrial localizada em São Paulo, incluindo-se aí os produtos constantes das Notas Fiscais que levaram ao lançamento tributário em contenda.

Ante a situação fática mencionada, diz que é sabido que os produtos fabricados em sua Matriz são recebidos pela autuada em transferência e, portanto, sem o pagamento do ICMS por substituição tributária, conforme previsto no Protocolo 107/2009 que o Estado da Bahia juntamente com o estado de São Paulo são signatários, conforme disposto na cláusula segunda, inciso I § 2º e § 3º, que descreve, como também no Protocolo 11/91, em relação aos refrigerantes, em sua cláusula 2ª, que também descreve.

Destaca que, voltando à matéria de fato, no caso em lide, têm-se exatamente a situação posta pela citada legislação, notadamente quanto à cláusula segunda do Protocolo 107/2009, toda mercadoria vendida pelo autuado é oriunda de fabricação por sua Matriz e recebidas em transferência e, desta forma, enquadram-se perfeitamente nas condições postas pelo dispositivos anteriormente observados.

Destaca, também, que por ocasião da abertura das filiais no Estado da Bahia, para que não houvesse qualquer dúvida de como seria feito o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, já que a forma de recolhimento do tributo é explicitamente tratada no Protocolo 107/2009 firmado entre a Bahia e o Estado de São Paulo, teve cuidado de formular consulta formal a SEFAZ-BA, protocolada sob o nº 715.564/2010-7, conforme cópia em anexo, através de uma de suas filiais, mais precisamente a localizada na cidade de Salvador, de inscrição estadual 87.520.873-NO (a primeira a ser aberta, já que não seria necessário fazer uma consulta para cada inscrição com o mesmo teor por se tratar da mesma empresa, apenas estabelecimentos diferentes mas com o mesmo CNPJ base nº 56.925.019, que, conseqüentemente, tem validade para todos seus estabelecimentos localizados no Estado da Bahia e, mesmo que não tivesse, a legislação aqui explicitada por si só já daria guarida a esta impugnação).

Diz que na referida consulta foi exposto todo o entendimento de como se daria a comercialização das mercadorias transferidas da matriz para as filiais da Bahia e como se daria o pagamento do ICMS, tanto da operação própria, quanto da operação de substituição tributária, apresentando simulação de uma operação de transferência de aguardente e sua posterior venda, tudo conforme o previsto no Protocolo 107/2009 combinado com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, Decreto 6.284/97.

Em resposta a referida consulta observa que foi emitido o Parecer nº 24.887/2010, em 28/12/2010, tendo como parecerista a Sra. Cristiane de Sena Cova, e ratificação do parecer pela Gerente GECOT Sra. Sandra Urania Silva Andrade e Diretor DITRI, Sr. Jorge Luiz Santos Gonzaga, cuja resposta veio confirmar o entendimento apresentado pelo Impugnante.

Aduz, assim, que o parecer emitido por si só já é suficiente para comprovar que o procedimento feito pela Empresa para o cálculo do ICMS a ser recolhido por substituição tributária está correto e amparado pela legislação do Estado da Bahia e pelo Protocolo 107/2009. Isto porque a transferência de mercadorias efetuada para sua filial atacadista no estado da Bahia não é passível de substituição tributária por antecipação, conforme afirma, equivocadamente, o autuante na infração 01 já transcrita.

Diz que o ICMS é devido pela Impugnante, por retenção por ocasião da venda pela filial aos contribuintes estabelecidos no estado da Bahia, com a MVA de 29,04% e alíquotas de 17% ou 27% (25% ICMS e 2% fundo de pobreza) de acordo com o produto transferido e comercializado na filial.

Da mesma forma em relação aos produtos contidos no Protocolo 11/91, a substituição tributária feita pela empresa em relação aos produtos comercializados na Bahia cuja transferência para filial foi feita pela matriz em São Paulo, são regidos pelo citado Protocolo em sua cláusula segunda, estando dentro da legalidade.

Ante o quanto posto, diz que dúvidas não restam de que, quanto ao mérito, a autuação é IMPROCEDENTE, pois a operação está amparada pelo RICMS-BA, Decreto 6.284/97 e pelo Protocolo Confaz ICMS nº 107/2009 por tratar-se substituição tributária por retenção. Retenção esta que foi efetuada pela autuada, sendo o ICMS calculado e recolhido de acordo com o previsto nos diplomas

legais citados, bem como no Protocolo 11/91 combinado com o RICMS-BA Decreto 6.284/97, estando, ademais, devidamente amparado o mérito por Consulta Formal conforme Parecer nº 24.887/2010, tendo o ICMS devido sido devidamente recolhido no prazo regulamentar.

Para provar as afirmações feitas, diz anexar à presente defesa cópia do Parecer nº 24.887/2010, bem como o livro de apuração do ICMS, notas fiscais de entradas, notas fiscais de saídas e documentos de arrecadação estadual, para comprovar que as operações foram efetuadas regularmente.

Diante dos fatos aqui expostos, comprovada a não existência da infração apontada pelo preposto fiscal, uma vez que se faz justo e de direito, requer a autuada, por ser de inteira justiça, a improcedência total do auto de infração em lide, para ver extinto o crédito tributário contra si lançado.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 539 a 540 dizendo que a Autuada é uma filial atacadista de sua Indústria fora do Estado da Bahia que, a luz da legislação em destaque a seguir, procedeu à instauração do presente PAF.

Destaca que o produto Alcool Nobre, NCM – 22071090 apresentou divergência, pois não utilizado critério de apuração da base de cálculo do ICMS substituição tributária, devido por antecipação, previsto no protocolo ICMS 106/2009 (107/2009), que determina a aplicação da MVA de 30,56%, a empresa autuada utilizou indevidamente a MVA de 23,54%.

Observa, também, que os demais produtos apresentaram divergências em virtude da aplicação indevida da MVA de 29,04%, prevista exclusivamente para operações internas de produtos fabricados no Estado da Bahia. O critério correto seria o mesmo utilizado por contribuintes deste Estado ao adquirirem produtos junto a fabricantes localizados em outras unidades federativas os quais devem aplicar a MVA de 44,59% para produtos tributados com alíquota de 17% e 64,40% para produtos tributados com alíquota de 25%, prevista para operações interestaduais com produtos oriundos de estabelecimentos industriais.

Destaca como base legal para tal entendimento as disposições contidas no Art. 355, I, combinado com o § 1º do Art. 372 RICMS/BA, que descreve.

Por fim, diz desprezar as razões da Defesa e mantém o Auto de Infração, por ter, à luz do seu entendimento, a empresa utilizada MVA errado, provocando prejuízo à Fazenda Pública Estadual. Pede que o julgue procedente a autuação.

#### **VOTO**

Trata-se a autuação de falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme determina o artigo 371 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, e o art. 289 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 os quais rezam:

*Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125. (Grifo nosso).*

...

*Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.*

Observe também que os produtos objetos da autuação são Cachaça, Uisque, Vodka, Alcool Nobre, Bolt Energy, Skarloff Ice e Coquetel Ferm. Como tal, esses produtos estão devidamente enquadrados nas prerrogativas do recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, quando da sua entrada no Estado da Bahia, em situações que não haja convênio ou protocolo entre este Estado e a unidade da Federação de origem dos produtos, no caso o Estado de São Paulo, que preveja norma específica no tratamento do imposto incidente na

operação.

Ocorre que operações de circulação desses produtos estão acobertadas pelos Protocolos ICMS nº 107/09 e 11/91, que dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com bebidas quentes, bem assim com bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, respectivamente, em que o Estado da Bahia juntamente com o Estado de São Paulo são signatários, onde o recebimento dos citados produtos por transferência (CFOP 6151), na qualidade de filial atacadista de indústria situada em outra unidade da federação, em que os produtos que revende no Estado da Bahia são totalmente fabricados em sua matriz industrial localizada em São Paulo, a sujeição passiva por substituição caberá ao estabelecimento destinatário, quando das saídas dos produtos, devendo tal circunstância ser indicada no campo "Informações Complementares" do respectivo documento fiscal. É o que se depreende da leitura da cláusula segunda, inciso I § 2º e § 3º, do Protocolo 107/09, como também da cláusula 2ª, inciso I § único do Protocolo 11/91, a seguir descritos:

*Cláusula segunda O disposto neste protocolo não se aplica:*

*I - às transferências promovidas pelo industrial para outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica, exceto varejista;*

*§ 2º Na hipótese desta cláusula, a sujeição passiva por substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário, devendo tal circunstância ser indicada no campo "Informações Complementares" do respectivo documento fiscal.(Grifo acrescido)*

*§ 3º Na hipótese de saída interestadual em transferência com destino a estabelecimento distribuidor, atacadista ou depósito localizado no Estado da Bahia, o disposto no inciso I somente se aplica se o estabelecimento destinatário operar exclusivamente com mercadorias recebidas em transferência do remetente. (Grifo acrescido)*

...

*Cláusula segunda O regime de que trata este protocolo não se aplica:*

*I - à transferência da mercadoria entre estabelecimentos da empresa industrial, importadora, arrematante ou engarrafadora; (Grifo acrescido)*

*Parágrafo único. Na hipótese desta cláusula, a substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa*

Ante a situação fática mencionada, como desenvolve o sujeito passivo na sua tese de defesa, de fato não é devido o ICMS por antecipação, referente às entradas das mercadorias constantes do demonstrativo de débito da infração às fls. 9/39 dos autos, quando esses produtos são fabricados por outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica situada outra unidade da Federação, no caso específico São Paulo, e ingressam no estabelecimento situado no Estado da Bahia, sob o manto da modalidade de transferência.

O imposto decorrente dessa operação, em que opera a substituição tributária na forma dos termos dos Protocolos ICMS nºs 107/09 e 11/91, caberá ao estabelecimento destinatário que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa. Quanto a esse entendimento, à luz dos termos da defesa (fls. 43/48), assim como da informação fiscal (fl. 539/540), não há controvérsia entre as partes.

A controvérsia se instala por conta do lançamento de ofício não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança e clareza, a infração cometida, pois a acusação é de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação (art. 371, do RICMS/97 e art. 289, do RICMS/12), ao tempo que é elaborado um demonstrativo de débito para infração consubstanciando em um levantamento de saídas, onde traz o indicativo de que o sujeito passivo estaria aplicando uma MVA abaixo do que determina a legislação, para as saídas dos produtos *Cachaça, Uisque, Vodka, Alcool Nobre, Bolt Energy, Skarloff Ice e Coquetel Ferm*, beneficiadas pelas concessões estabelecidas no Protocolo 107/2009 (cláusula segunda, inciso I § 2º e § 3º) e no Protocolo 11/91, (cláusula 2ª), que desobriga de efetuar a Antecipação do ICMS por transferência oriunda de fora do Estado, mais especificamente de sua matriz em São Paulo, quando do seu ingresso no estabelecimento situado neste Estado, para o

momento em que promover a saída das mercadorias para pessoas diversas, conforme se depreende da análise do demonstrativo às fls. 9/39 dos autos.

Desta forma, é de se concluir que a divergência aventada vicia de forma o lançamento fiscal, vez que sua correção no auto não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. O enquadramento é de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89 (art. 371, do RICMS/97 e art. 289, do RICMS/12). A pretensão fiscal é de cobrança do recolhimento a menor do ICMS por substituição tributária acobertada pelo Protocolo ICMS nº 107/2009 (cláusula segunda, inciso I § 2º e § 3º) e o Protocolo ICMS nº 11/91, (cláusula 2ª), sob a acusação de aplicação de MVA indevida nas saídas para pessoas diversas.

Isto posto, com fulcro no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99, declaro de ofício nulo o Auto de Infração nº 232879.0002/13-2 em tela, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida. Ao tempo que, com fundamento no art.156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falha acima apontada, já que a pretensão fiscal é de recolhimento a menor do ICMS por substituição tributária por aplicação de MVA indevida sobre as saídas dos produtos *Cachaça, Uisque, Vodka, Alcool Nobre, Bolt Energy, Skarloff Ice e Coquetel Ferm*, em que o defendente se manteve silente sobre este aspecto da acusação.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232879.0002/13-2**, lavrado contra **MISSIATO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, recomendando-se o refazimento do feito, a salvo da falha apontada, no estabelecimento do autuado.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de julho de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR