

A. I. Nº - 206906.0001/14-1
AUTUADO - COSTA & SILVA COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - WALTER SENA RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 11.12.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0242-04/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO PELO REMETENTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO, POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, DO DESTINATÁRIO. Restou comprovado que o remetente da mercadoria não efetuou a retenção e nem o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária a que estava obrigado por força do Protocolo ICMS 11/91. Nessa situação, é cabível a exigência do imposto do destinatário, por responsabilidade solidária, nos termos do art. 6º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 12/02/14 para exigir ICMS no valor de R\$ 38.933,12, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, nos meses de setembro, outubro e novembro de 2013.

Consta na descrição dos fatos que o remetente das mercadorias não reteve o ICMS devido por substituição tributária (ICMS-ST) e nem efetuou o pagamento do imposto, infringindo o previsto no Prot. ICMS 11/91, referente às Notas Fiscais nºs 1663, 1722, 1903, 2122 e 2149 (fls. 8 a 12). Foi autuado o destinatário, conforme prevê o art. 6º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta defesa (fls. 15 a 24) e, após demonstrar a tempestividade da impugnação, requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e faz uma síntese dos fatos.

Suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, sob o argumento de ausência de fundamentação da base de cálculo e da alíquota utilizada pelo autuante, uma vez que a cláusula quarta do Prot. ICMS 11/91 prevê inúmeras hipóteses e, no entanto, não foi indicada qual ou quais das hipóteses foram utilizadas. Também alega que o demonstrativo elaborado pelo autuante é confuso.

Transcreve o disposto nos artigos 146, I e III, 155, II, §2º, 150, §7º, todos da Constituição Federal e, em seguida, frisa que é a Lei Complementar 87/96 que trata das normas gerais no que se refere a ICMS, não podendo a lei estadual acrescentar ao quanto já estabelecido.

Sustenta que não ocorre fato gerador do ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa e, para embasar seu argumento, reproduz a Súmula 166 do STJ, a qual prevê que “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.*”

Menciona que o critério material do ICMS, nos termos da Constituição Federal, é a “operação relativa a transferência de mercadoria”. Sustenta que, se não há circulação jurídica, não há o que se falar em ICMS substituído, posto que não há incidência de ICMS, consequentemente também não há incidência do ICMS-ST, visto que a mercadoria não saiu da propriedade do contribuinte.

Ressalta que, conforme se infere da leitura das notas fiscais acostadas ao processo, as mercadorias foram apenas transferidas da matriz localizada em São Paulo/SP para a filial estabelecida em Feira de Santana/BA e, portanto, não ocorreu o critério material da hipótese de incidência do ICMS. Diz que o fato apurado não se subsume à hipótese de incidência do imposto estadual, bem como à substituição tributária prevista no Protocolo ICMS 11/91, logo, não há também o que se falar na solidariedade prevista no art. 6º da Lei 7.014/96, que no seu entendimento extrapola a sua competência.

Transcreve o disposto no art. 10 da Lei 7.014/96 e na cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/91 e, em seguida, frisa que a ordem para efetuar a retenção do ICMS-ST, na condição de substituto tributário, está expressamente dirigida aos estabelecimentos industrial, importador, arrematante de mercadoria importada e apreendida ou engarrafador de água, não contemplando os distribuidores, visto que se presume que estes já foram substituídos e, portanto, o ICMS-ST já foi retido na fonte.

Acrescenta que se pode equiparar o distribuidor aos sujeitos passivos elencados na cláusula primeira do Prot. ICMS 11/91, quando esse realize operações interestaduais relativas a circulação de mercadorias com outras distribuidoras quando forem pessoas jurídicas distintas localizadas em outros Estados, o que lhe será, no caso, imputada a responsabilidade pela retenção.

Menciona que a cláusula segunda do Prot. ICMS 11/91 prevê situações excludentes do regime de substituição tributária, não se aplicando a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST no caso de “transferência da mercadoria entre estabelecimentos da empresa”.

Pontua que, se equiparar o autuado (distribuidor atacadista) aos sujeitos passivos previstos na cláusula primeira do Prot. ICMS 11/91 (industrial, importador, arrematante de mercadoria importada ou apreendida ou engarrafador de água), então se deve também eximi-lo da responsabilidade pela retenção, conforme a cláusula segunda, quando a situação estiver prevista em uma das hipóteses de não incidência dos dois incisos.

Aduz que o dispositivo da cláusula terceira [do Prot. ICMS 11/91] não se aplica ao caso em análise, pois a operação interestadual ali prevista impõe a retenção quando estiverem envolvidas pessoas jurídicas distintas. Reitera que apesar de ser a distribuição a sua atividade, não há operação, mas apenas transferência de mercadoria.

Ressalta que tendo em vista o acima exposto, não há o que se falar em aplicação de multa, uma vez que não ocorreu a infração indicada na autuação, já que se trata de simples transferência.

Ao finalizar, protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, solicita que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário, que seja o Auto de Infração julgado improcedente e que a PGE/PROFIS produza parecer na forma do art. 118, I, do RPAF/99.

O autuante presta a informação fiscal (fls. 47 a 49) e, inicialmente, explica que a empresa Costa & Silva Comércio e Distribuidora Ltda., localizada no Estado de São Paulo, emitiu as Notas Fiscais nºs 1663, 1722, 1903, 2122 e 2149, destinadas a sua filial em Feira de Santana; que a matriz e a filial têm como atividade principal o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral (fls. 5 e 6); e que as operações com cervejas são regidas pelo Protocolo ICMS 11/91, do qual o Estado de São Paulo faz parte.

Afirma que, de acordo com a cláusula terceira do Prot. ICMS 11/91, no caso de operação interestadual realizada por estabelecimento atacadista, a substituição tributária caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente. Diz que, como o remetente não reteve e nem recolheu o imposto e o destinatário não possui inscrição como substituto tributário, foi autuado o destinatário como responsável solidário.

Menciona que, de acordo com a cláusula segunda do Prot. ICMS 11/91, o regime de substituição tributária não se aplica às transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa industrial, importadora, arrematante ou engarrafadora, o que diz não ser o caso do

autuado, bem como as operações realizadas entre sujeitos passivos por substituição, o que frisa também não ser o caso.

Afirma que a apuração da base de cálculo é definida pelo Prot. ICMS 11/91 na sua cláusula quarta, §1º, “g”. Aduz que a planilha de fl. 7, na qual foi apurado o imposto exigido, foi elaborada de forma clara e precisa.

Ao finalizar, mantém a autuação em sua totalidade.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter deixado de efetuar a retenção do ICMS devido por substituição tributária, exigido por responsabilidade solidária, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, sob o argumento de que o autuante na fundamentação da alíquota e da base de cálculo utilizadas não indicou a qual das hipóteses previstas na cláusula quarta do Prot. ICMS 11/91 se referia. Também foi alegado que o demonstrativo elaborado pelo autuante era confuso.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois equívoco na indicação de dispositivo legal não é razão para a decretação de nulidade, uma vez que o imposto foi corretamente apurado no demonstrativo de fl. 7, o qual deixa evidente a apuração da base de cálculo e a alíquota e margem de valor adicionado aplicadas. Ressalto que esse demonstrativo elaborado pelo autuante é claro e contém todos os dados necessários à perfeita compreensão do fato e dos valores apurados, permitindo, assim, o exercício do direito de defesa sem qualquer cerceamento.

No mérito, o defendente sustenta que na transferência de mercadorias não há incidência de ICMS, visto que essas não saem da propriedade do contribuinte.

Esse argumento defensivo não guarda pertinência como o presente Auto de Infração, haja vista que o imposto que está sendo exigido no presente lançamento tributário de ofício é o ICMS, devido por substituição tributária, relativo às operações subsequentes que serão realizadas. Ademais, não se pode olvidar que nas transferências de mercadorias há incidência de ICMS conforme dispõe o art. 12, inc. I, da Lei Complementar 87/96, o qual prevê que se considera ocorrido o fato gerador do ICMS no momento “*da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*” (grifo não do original).

Ultrapassada essa questão da incidência do ICMS nas transferências, inicialmente observo que o remetente das mercadorias – Costa & Silva Comércio e Distribuidora Ltda., CNPJ 14.254.788/0001-77, localizada em São Paulo/SP – tem como ramo de atividade o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, conforme o documento de fl. 6.

As operações interestaduais com a mercadoria relacionada na autuação – cerveja – estão regidas pelo Protocolo ICMS 11/91, do qual os Estados da Bahia e de São Paulo são signatários. Na sua cláusula terceira, esse citado Protocolo prevê que *no caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com as mercadorias a que se refere este protocolo a substituição caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente* (grifo nosso).

Considerando que nas notas fiscais não há destaque do ICMS-ST pelo estabelecimento remetente, que não restou comprovado o pagamento do imposto e que o remetente da mercadoria não possuía inscrição neste estado como contribuinte substituto, o autuante, de forma acertada, utilizando o previsto no art. 6º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, exigiu do destinatário (o autuado) o ICMS-ST que deixou de ser recolhido pelo contribuinte de direito (o remetente).

Em face ao acima exposto, não há como se acolher as alegações defensivas segundo as quais não teria ocorrido o fato gerador do ICMS-ST, pois apenas o industrial, importador, arrematante ou

engarrafador de água poderia figurar como substituto tributário. Do mesmo modo, observo que as exceções previstas na cláusula segunda do Prot. ICMS 11/91 não contemplam a condição do autuado – um estabelecimento atacadista.

Não se inclui dentre as competências deste Conselho de Fazendas apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual. Dessa forma, não prospera a alegação defensiva atinente à constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 7.014/96.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, solicitada na defesa, já está prevista no art. 151, III, do CTN. Também saliento que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 7.629/99, não prevê, em primeira instância, a emissão de parecer pela Procuradoria Geral do Estado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206906.0001/14-1**, lavrado contra **COSTA & SILVA COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.933,12**, 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, 03 de dezembro de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA