

A. I. Nº - 326297.0003/14-4
AUTUADO - RAIZEN COMBUSTÍVEIS S.A.
AUTUANTE - CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 07.08.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0123-02/15

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO ENQUADRADA NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SUPLETIVA. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ORIUNDA DE CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO NA SEFAZ/BA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Incidência do imposto na transferência de mercadoria para outro estabelecimento do mesmo titular. Responsabilidade do pagamento do tributo ao destinatário. Art. 12, I, da Lei Complementar nº 87/96, Cláusula primeira, §1º, I, "a" do Convênio ICMS 110/07, art's. 6º, XV e 10, da Lei nº 7.014/96 e Anexo 1 do Decreto nº 13.780/12. Fatos modificativos comprovados na peça defensiva. Alteração do *quantum debeatur*. Infração em parte subsistente. Multa confiscatória não apreciada por incompetência do Órgão Julgador. Art. 167 do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/11/2014, exige ICMS, no valor de R\$45.216,33, decorrente da irregularidade a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 - 08.25.02 - "Deixou de proceder o recolhimento do ICMS, devido em razão de responsabilidade supletiva, referente às aquisições de outra unidade da federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção, após esgotados todos os meios de cobrança do contribuinte substituto interestadual". Consta que "à autuada, contribuinte baiano adquirente, caberá o pagamento do ICMS - ST por solidariedade", além da transcrição da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº. 110/07, para complementar a descrição da infração. Meses de abr/14; jun/14 a ago/14. Multa proposta de 60%.

O sujeito passivo interpõe tempestiva impugnação às fls. 24/420, através de advogados regularmente constituídos, conforme instrumentos de mandato, às fls. 44/48.

Resume os fatos imputados e refuta o lançamento tributário na forma a seguir descrita.

Relata que a aquisição de produto, classificado pela NCM 3811, possui como remetentes filiais, da pessoa jurídica autuada, localizadas nos Estados de Alagoas, Rio de Janeiro e São Paulo, de modo a não caracterizar mudança de titularidade da mercadoria, não ocorrendo a efetiva circulação jurídica, e sim tão somente física, o que afasta a cobrança do ICMS diante da ausência do fato gerador do tributo.

Sustenta a falta de circulação de mercadorias nas operações, cuja natureza é transferência de mercadoria entre os estabelecimentos matriz e filias, conforme demonstrativo na fl.29, a partir do entendimento da ausência de circulação jurídica dos fatos considerados pelo autuante como geradores do imposto estadual. Neste sentido, colaciona Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, orientações da Doutrina acerca do significado e delimitação do termo circulação, Transcreve o art. 155, inciso II, da Constituição Federal - CF/88 e julgados do Poder Judiciário para afirmar que a exigência do elemento material do fato gerador do ICMS está relacionada com

a existência da circulação jurídica de mercadorias, o que entende ocorrer com a transferência de titularidade.

Assevera o entendimento exposto no sentido de refutar, também, a incidência do art. 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96.

Aponta inconsistências no levantamento fiscal ao relacionar operações pagas e com remetente inscrito no cadastro da SEFAZ/BA, conforme comprovações acostadas às fls. 36; 94/99.

Traz, novamente, julgados do Poder Judiciário com a finalidade de afastar a multa proposta da acusação empreendida, em face da violação do art. 150, inciso IV, da CF/88.

Pugna pelo cancelamento do auto de infração, em virtude do equivocado entendimento acerca da exigência do ICMS decorrente de transferências realizadas entre estabelecimentos do mesmo titular, a violar disposição contida na Súmula nº 166 do STJ e de entendimentos na esfera judicial, inclusive, o consignado no Recurso Especial nº 1.125.133/SP, proferido sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Requer o acolhimento dos argumentos voltados às inconsistências do auto de infração que demandam a redução dos valores lançados em seu desfavor, bem como o reconhecimento do caráter confiscatório da multa proposta, afastando-a, e aplicando penalidade em observância aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

O autuante apresenta informação fiscal, às fls. 102/104. Tece considerações prévias da lide estabelecida e ao afirmar que o ICMS é regulado por cada Estado-Membro com suas peculiaridades, afasta o arrazoado jurídico-doutrinário do sujeito passivo.

No mérito, relata a ordem jurídica do Sistema Tributário Nacional e a base legal para a cobrança do ICMS decorrente de Substituição Tributária de produto Aditivo de NCM 3811, elencado na legislação tributária estadual - Anexo 1 do Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, subitem 16.11, por força da autorização conferida pelo Convênio ICMS 110/07, no que diz respeito, inclusive, à responsabilidade tributária do remetente do mencionado produto.

Acrescenta que a autuação possui, também, como base legal a disposição contida no art. 8º, inciso II, da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, como permissivo para a cobrança, por solidariedade, ao adquirente das mercadorias - produto de NCM 3811, na medida em que o remetente não possua Inscrição de Contribuinte Substituto no Estado da Bahia.

Afirma a comprovação da alegação defensiva quanto à existência de inscrição como Contribuinte Substituto do remetente das mercadorias elencadas na NFe nº 31.303, de 11/08/2014, conforme fls. 82 e 92.

Menciona, conforme fls. 94/99, o ingresso efetivo dos valores pagos do ICMS referente às operações, com o mencionado produto, discriminadas nas NFe de nºs.: 726.262, de 24/04/2014, fl. 85; 747.812, de 13/06/2014, fl. 86 e 781.077, de 29/08/2014, fl. 90. Tal procedimento do sujeito passivo, segundo o autuante, conflita com o argumento defensivo de que não é devido o imposto lançado na operação fiscal de transferência de mercadorias.

Aponta o equívoco cometido ao lançar em duplicidade as operações referentes às NFe de nºs.: 755.820, de 03/07/2014, fl. 88 e 781.077, de 29/08/2014, fl. 90 no demonstrativo de débito na fl. 10.

Afirma que a alegação quanto à multa confiscatória não deve prosperar, em virtude do art. 41, inciso VII, alínea "a", da Lei nº 7.014/96 e apresenta novo demonstrativo de débito, na fl. 105, totalizando R\$27.466,60. Consta à fl. 108, documento subscrito pelo sujeito passivo atestando ter recebido a informação fiscal, sem a produzir manifestação, conforme fls. 101/105.

VOTO

Inicialmente, verifico, no presente PAF, a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, dos dispositivos da legislação tributária inerentes ao enquadramento e à tipificação da multa. Há indicação da base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido, conforme art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA, permitindo ao impugnante o

exercício do seu direito de defesa e do contraditório, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde, inclusive, pela aplicação do art. 127, §8º do citado diploma processual.

O cerne da pretensão resistida diz respeito à cobrança, em razão de responsabilidade supletiva, de ICMS em operações de transferências de mercadorias, cujo produto de NCM 3811 consta no Convênio ICMS 110/07, que dispõe sobre o Regime de Substituição Tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo e com outros produtos.

Do permissivo constitucional, o Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25/10/66 - Lei Complementar em sentido material - estabelece no seu art. 142, Parágrafo Único, a obrigatoriedade e vinculação da atividade administrativa do lançamento tributário, no sentido de atuação administrativa, em virtude, inclusive, da indisponibilidade do interesse público.

A Lei Complementar nº 87, de 13/09/96, impõe no art. 12, inciso I, a ocorrência do fato gerador do ICMS na saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Logo, em que pese os argumentos defensivos aduzidos respaldados em lições da Doutrina e apresentação de julgados do Poder Judiciário, não corroboro com o sujeito passivo no que diz respeito a não incidência do ICMS na operação de transferência de mercadoria, uma vez que a ordem jurídica, vigente à época do fato imputado, estabelece a ocorrência do fato gerador do imposto nesta espécie de operação fiscal.

Com base nos art's. 6º ao 10 da Lei Complementar nº. 87/96 e nos arts. 102 e 199 do CTN, houve a celebração do Convênio ICMS 110/07, no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, com efeitos a partir de 01/07/2008, no qual submete ao Regime de Substituição Tributária a operação fiscal relacionada com o produto Aditivo, com a numeração inicial do NCM 3811, conforme Cláusula primeira, §1º, inciso I, alínea "a", com atribuição ao remetente da citada mercadoria a condição de sujeito passivo por Substituição Tributária. Cabe destacar que a Lei nº 7.014/96 no seu art. 10 condiciona a adoção do Regime de Substituição Tributária nas operações interestaduais, através de acordo específico.

No contexto da legislação tributária, o Decreto nº 13.780, de 16/03/12 consigna no Anexo 1 - MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, subitem 16.11, a descrição e NCM do produto Aditivo, cuja operação interestadual é objeto da presente autuação.

Por seu turno, o legislador ordinário estadual determina, através do art. 6º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, a responsabilidade solidária ao destinatário do pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, quando o remetente não possuir inscrição estadual ativa como Substituto Tributário, diante da operação submetida ao Regime de Substituição Tributária.

Assim, é procedente o levantamento fiscal, diante do Direito Tributário positivado no âmbito do Estado da Bahia.

Contudo, ao compulsar os autos, constato a pertinência da interposição dos fatos modificativos da acusação empreendida, quantificada na fl. 10, com a apresentação de documentação comprobatória, corroborada, inclusive, com a informação do autuante. À fl. 92, tem-se o comprovante da inscrição estadual na SEFAZ/BA, relativo ao remetente da operação constante na NFe nº 31.303, de 11/08/2014, fl. 82. Às fls. 94/99, estão os comprovantes de pagamento do ICMS decorrente da Substituição Tributária das operações descritas nas NFe de nºs.: 755.820, de 03/07/2014, fl. 88 e 781.077, de 29/08/2014, fl. 90. Dessa forma, modifico *quantum debeatur* da imputação fiscal para R\$27.466,59, nos termos do demonstrativo de débito, fl. 105, elaborado pelo autuante, em respeito à verdade material. Ressalto que o autuado foi cientificado desse resultado, e não se manifestou, o que caracteriza aceitação.

Quanto à inconstitucionalidade pleiteada sobre o caráter confiscatório da multa proposta, em que pese a citação de julgado do STF e de Tribunais do Poder Judiciário na peça defensiva, a análise fica prejudicada em virtude da falta de competência deste Órgão Julgador conferida pelo art. 167 do RPAF/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **326297.0003/14-4**, lavrado contra **RAIZEN COMBUSTÍVEIS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.466,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR