

A. I. Nº - 297248.1009/15-4  
AUTUADO - SAFRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TABACOS ESPECIAIS LTDA. - EPP  
AUTUANTE - MARLON ANTONIO LIMA REGIS  
ORIGEM - INFRAZ CRUZ DAS ALMAS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23.05.2016

**6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0011-06/16**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO. Assiste razão ao autuante quanto impõe ao autuado, na condição de fabricante de cigarro, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes varejistas neste Estado. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração (AI) em lide, lavrado em 11/12/2015, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$435.285,00 (quatrocentos e trinta e cinco mil e duzentos e oitenta e cinco reais), acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7014/96, em decorrência da infração de código nº 07.02.03, imputada ao autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativa à falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, referente às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

No Auto de Infração, campo descrição dos fatos, consta que o autuado adquiriu, de forma irregular, no mês de setembro de 2015, produtos (cigarros) sujeitos à substituição/antecipação tributária da empresa American South - CNPJ nº 19.557.874/0001-72, baixada no cadastro da SEFAZ em 09/07/2014, sem ter havido a retenção do imposto. Por sua vez, os produtos revendidos para o autuado pela American South foram adquiridos da empresa American Blend Imp. Exp. Ind & Comp de Tabacos Ltda, CNPJ nº 08.751.352/0002-71, localizada no Estado de Minas Gerais, cuja inscrição de substituto tributário foi cancelada em 29/10/2014.

De acordo com os fatos descritos, a American Blend Imp. Exp. Ind & Comp de Tabacos Ltda., revendeu cigarros da mesma marca à American South, não efetuando a retenção do imposto em algumas operações e em outras efetuando um desconto no valor exato do ICMS/ST. Ocorre que a citada empresa mineira nunca recolheu ICMS para o Estado da Bahia. As três empresas possuem sócios, em comum, sócios responsáveis. Desse modo, mediante realização de operações triangulares com empresas canceladas no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, a autuada revendia os cigarros adquiridos de terceiros sem a devida retenção/antecipação do imposto.

O autuado apresenta, de forma tempestiva, fls. 158 a 160, suas razões para impugnar a infração. Em preliminar, registra que o autuante pretende impor ao autuado a multa de R\$705.379,34 (setecentos e cinco mil, trezentos e setenta e nove reais e trinta e quatro centavos), sob o argumento de que teria sido constatado que a empresa deixou de proceder a retenção do ICMS e, consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativos às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste estado para as referidas transações.

O impugnante se insurgiu contra essa imputação afirmando que as saídas das mercadorias, mencionadas no Auto de Infração em questão, não poderiam ter o ICMS retido pelo simples fato de que ele é considerado como substituído pelo fabricante para as respectivas operações e que, se

houvesse tal retenção, a Fazenda Pública estaria incorrendo em bitributação para as mesmas operações e, com isso, promovendo enriquecimento ilícito em favor do Estado.

Em seguida, rebate o relato do autuante de que tenha adquirido irregularmente as mercadorias da empresa American South, sob o argumento de que, conforme documentos que acosta às fls. 162 a 170, a empresa foi incorporada pela autuada em 25/03/2015, assim sendo, o que efetivamente ocorreu foi a transferência do estoque da incorporada (American South) para a incorporadora, no caso, a impugnante.

Sobre o ICMS/ST, a defendant esclarece que a incorporada American South adquiriu os produtos da empresa fabricante American Blend Imp. Exp. Ind & Comp de Tabacos Ltda, em fevereiro de 2014, e que nesta época ela constava no CAD-ICMS do Estado como substituto tributário/responsável pelo ICMS destino e, por conseguinte, seria a responsável pelo recolhimento do ICMS para este Estado.

Por fim, registra que não procede a afirmativa do autuante de que as três empresas possuem sócios em comum e, para comprovar, acosta certidão simplificada das empresas, fls. 174 a 178. Aduz que o mais importante a se considerar é que a emissão dos documentos fiscais para revenda de seus produtos adquiridos por terceiros, não poderia ser efetuada com a retenção/antecipação do tributo, pois esse é de responsabilidade do fabricante, mesmo que tenha sede estabelecida em outro Estado e também sua inscrição como não habilitada em 29/10/2014 e requer a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal, fls. 188 e 189, rebate a afirmação do autuado de que houve retenção de ICMS por conta das operações apontadas relativas à compra e venda de cigarros. Entende que restou comprovada foi uma SIMULAÇÃO, onde mercadorias foram adquiridas de empresa cuja inscrição de substituto tributário foi cancelada por falta de recolhimento do imposto e suspeição de fraude e que, conforme cópia dos dados cadastrais registrados na SEFAZ, fls. 16 a 31, as empresas envolvidas apresentavam sócios em comum com a autuada.

Salienta que o defendant deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas e subsequentes, nas vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado e que o mesmo foi posto na condição de “inapt” no CAD-ICMS por suspeita de praticar operações fraudulentas, após ter exercido suas atividades por seis meses apenas.

Transcreve o texto consignado no campo “descrição dos fatos” do presente Auto de Infração onde constam as operações irregulares detectadas pela fiscalização e conclui que não procedem as alegações da empresa autuada, devendo o Auto de Infração ser julgado **INTEGRAMENTE PROCEDENTE** pela Junta de Julgamento Fiscal.

## VOTO

Incialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Conforme se infere da análise dos presentes autos, trata-se de acusação fiscal de falta de retenção e recolhimento do ICMS pelo autuado na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O autuado se insurge contra a infração imputada, pois entende que na condição de substituído não poderia proceder a retenção do imposto, uma vez que essa seria a obrigação do fabricante nas operações em comento.

Em preliminar, registro, por entender necessário, o que se observa de peculiar nas operações descritas. As empresas envolvidas, além de terem sido tornadas inaptas no CAD-ICMS do Estado

da Bahia, por suspeita de prática de operações fraudulentas, conforme afirmado pelo autuante, fl. 188, possuem sócios em comum. Essa informação pode ser comprovada pelo relatório dos dados cadastrais dos contribuintes, mediante pesquisa no Sistema de Informações do Contribuinte - INC, cópias acostadas às fls. 17, 25 e 31. As operações efetuadas entre elas resultaram na revenda, neste Estado, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sem o devido recolhimento do ICMS. Entendo que essas são observações graves que demandam uma avaliação fiscal mais apurada para afastar a suspeita de infração penal de natureza tributária. Neste sentido, acredito ser pertinente o encaminhamento do processo na forma prevista no art. 120-A do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, que reproduzo a seguir:

*Art. 120-A. Os setores competentes da Secretaria da Fazenda, ao tomarem conhecimento de fato que possa caracterizar infração penal de natureza tributária, tal como crime de sonegação fiscal ou crime contra a ordem tributária, conforme previsto na legislação pertinente, farão representação, a ser encaminhada ao Ministério Público para início do processo judicial.*

*Parágrafo único. - O processo fiscal instaurado na esfera administrativa independe da apuração do ilícito penal.*

No mérito, constato, pela descrição dos fatos, que as empresas participantes da triangulação são empresas enquadradas também como fabricantes de cigarro e, assim sendo, não se aplicaria nessas operações o regime de substituição tributária, conforme exposto a seguir.

Efetivamente, nas operações com cigarros, por força do Conv. ICMS 37/94, do qual todos os Estados são signatários, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do estabelecimento industrial fabricante, nos termos da cláusula primeira do citado acordo interestadual, “in verbis”:

*Cláusula primeira Nas operações interestaduais com cigarro e outros produtos derivados do fumo, classificados na posição 2402 e no código 2403.10.0100 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento industrial fabricante e ao estabelecimento importador a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS devido nas subsequentes saídas.*

Entretanto, na hipótese de o estabelecimento adquirente ser sujeito passivo da mesma mercadoria, a substituição tributária não se aplica, de acordo com o determinado pelo Convênio ICMS 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal. Tal determinação está expressa em sua cláusula quinta, conforme a seguir transcrito:

*Cláusula quinta A substituição tributária não se aplica:*

*I - às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria.*

Tal mandamento convenial também está presente na Lei, instituidora do ICMS neste Estado, nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, na qual o inciso II do § 8º do art. 8º determina:

*§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:*

*II - a outro contribuinte ao qual a legislação atribua a condição de responsável pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição, em relação à mesma mercadoria, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes;*

Nesta linha de raciocínio, assiste razão ao autuante quando imputa ao autuado, na condição de fabricante de cigarro, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes varejistas neste Estado.

Assim, com fundamento no mandamento convenial e na Lei baiana do ICMS, verifico o acerto da fiscalização, cujo demonstrativo encontra-se às fls. 3 e 4 e foi elaborado com base nos documentos fiscais acostados às fls. 79 a 154. Os valores não foram refutados pelo autuado.

Entendo contestável o fato de que a tese defendida pelo autuado de que é o contribuinte substituído nas operações descritas e, por conseguinte, não estaria obrigado a fazer a retenção do imposto nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado, não tem como prosperar, uma vez que não encontra fundamento na legislação posta.

As normas invocadas são expressas de forma clara e aplicam-se no caso concreto. A autuada é inscrita também na condição de fabricante de cigarros e como tal é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária em suas operações com cigarros, conforme determinam as cláusulas primeira e segunda do Convênio ICMS 37/94.

Desta forma, constato que a infração restou caracterizada, considerando que na hipótese dos autos ficou comprovado que as saídas de cigarros promovidas pelo impugnante, SAFRA, ocorreram sem a devida retenção e recolhimento do ICMS-ST. Isso se verifica mediante exame dos documentos fiscais, acobertadores destas operações, que demonstram que não foi realizado o correto destaque do ICMS/ST e, por conseguinte, não foi o mesmo recolhido ao Fisco Estadual, além da própria afirmativa do autuado que se coloca na condição de substituído e que, como tal, não teria obrigação de reter e recolher o ICMS, vez que essa responsabilidade seria do fabricante remetente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração no valor de R\$435.285,00.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 297248.1009/15-4, lavrado contra **SAFRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TABACOS ESPECIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$435.285,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - RELATORA

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR