

A. I. Nº - 152701.0373/15-1
AUTUADO - ZARK IMP. EXP. LTDA.
AUTUANTE - ELENILTON DE JESUS SOARES
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26.04.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0069-05/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (partes e peças automotivas). FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS-ST. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não possuindo o remetente, inscrição estadual no Estado da Bahia, o pagamento do imposto deverá ser efetuado na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso em virtude de o autuado não ser credenciado para fazê-lo em outro momento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/12/2015, reclama o valor de R\$46.093,19, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de: “Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008)” Consta na descrição dos fatos: “Falta de retenção e recolhimento de ICMS referente a venda de peças para motocicleta com destino a empresa Zark Imp. e Exp. Ltda., localizada na cidade de Vitória da Conquista – Bahia, IE 129075493- CNPJ 06966364/0003-79, conforme DANFE de nº 6700 emitido em 10/12/2015.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresenta defesa (fls. 27 a 39), e após transcrever o teor da infração e a descrição dos fatos diz ser o Auto de Infração improcedente pelas razões que passa a expor.

Inicialmente diz que antes de adentrar nas razões da autuação solicita a imediata revisão de situação fiscal de aptidão da empresa autuada pois o mero fato de haver discussão acerca de legalidade de incidência ou não de imposto ou ainda o momento para recolhimento não se traduz no entendimento levado à baila de gerar inaptidão da empresa sem qualquer fato concreto apontado até mesmo na autuação.

Esclarece que a única situação ocorrida, já fora descrita anteriormente, fora a transferência de mercadoria de sua matriz para a filial, o que é plenamente permitido pelo ordenamento jurídico pátrio. Destaca que a destinatária, com pouco tempo de funcionamento, não requereu o credenciamento, bem como o regime especial de pagamento, que seria imprescindível para normalizar todas as suas operações. Contudo, a instalação nesta cidade foi com o intuito de ampliar o progresso na região, carente da distribuição dos produtos de interesse regional no ramo da autuada após pesquisa, o que vai gerar 45 empregos diretos e mais de 500 indiretos no Sudoeste Baiano. Anexa o pedido de regime especial e credenciamento, que poderá ser efetuado de ofício pelo Diretor da DAT/Sul.

No que tange à questão da retenção a menor, esta não guarda conformidade com a legislação, pois, não foi apresentada nenhuma planilha que satisfaça ou obedeça a legalidade. Não houve

qualquer processo administrativo formal com contraditório e ampla defesa tendente a declarar a cobrança exacerbada.

Diz que de acordo com os documentos que anexa ao presente Recurso, a Zark Importação e Exportação Ltda. detém sede na Rua Guarantinguetá, n. 234 – 236 – Mooca – São Paulo – SP, tendo como código de atividade econômica principal 45.41-2-02, que corresponde ao comércio por atacado de peças e acessórios para motocicletas e motonetas.

Aduz que, em estrita observância da legislação vigente, após serem cumpridas todas as formalidades estabelecidas no Código Civil, no Código Comercial e na legislação esparsa, foi aberta uma filial em Vitória da Conquista, situada na Avenida Juracy Magalhães, n. 175 – C, Bairro Boa Vista, cujo objeto social é o mesmo da matriz, conforme prescrito na Cláusula Primeira, do Instrumento Particular de Alteração e Consolidação de Sociedade Limitada aos Termos da Lei 10.406/02.

Explica que de acordo com o prescrito na cláusula primeira, §2º, inciso II, do Protocolo 41/2008 e no art. 8º, § 8º, inc. I, da Lei Estadual n. 7.014/1996, a Zark Importação e Exportação Ltda. procedeu a transferência de mercadoria de sua matriz, situada no Estado de São Paulo, para a sua filial, situada no Estado da Bahia. Assim, cumprindo rigorosamente o quanto estabelecido na legislação vigente não procedeu a retenção antecipada do ICMS, uma vez que se tratava de mercadoria destinada a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado.

Assevera ter ficado surpreendido com a autuação e informa que foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal n. 019365.1201/15-9, em 12 de dezembro de 2015, no Posto Fiscal Benito Gama, a Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Região Sul, por meio do Termo de Liberação nº 33890 autorizou a empresa “TRANSPORTADORA CENTRAL LTDA., acima identificada como DEPOSITÁRIO, a ENTREGAR, mediante recibo, à empresa ZARK IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. acima identificada como CONTRIBUINTE, as mercadorias constantes da(s) Nota(s) Fiscal(is) n. 6699 do Termo de Ocorrência n. 019365.1201/15-9 de 12/12/2015 tendo em vista TRANSFERÊNCIA DE FIEL DEPOSITÁRIO”.

Comenta que ao consultar o sistema da SEFAZ ficou surpreso em constatar que a situação cadastral da empresa fora declarada INAPTA em 22/12/2015, por operações fictícias/indício de fraude, o que impede a empresa de praticar atos de comércio, consoante já combatido em preliminar anterior.

Reafirma que a legislação vigente expressamente autoriza nas hipóteses de transferência de mercadoria da empresa atacadista de sua matriz para a filial, que não haja a retenção antecipada do ICMS, sendo até mesmo objeto de súmula pelos tribunais superiores, como se verifica da Súmula 166 e decisão do STF cujo teor transcreveu.

Conclui que a ZARK Importação e Exportação agiu em estrita observância da legislação vigente, não cometendo nenhuma infração da legislação tributária, sem qualquer incidência tributária para lançamento do imposto ora pretendido pela autoridade autuante.

Observa que a sua atividade econômica principal é de natureza atacadista, nunca tendo sido realizado inclusive, ao longo de toda sua existência, qualquer atividade no setor varejista, não havendo nenhum registro contábil de venda a varejo em todos os anos de atuação da empresa.

Reafirma que a legislação vigente autoriza de maneira categórica a transferência de mercadoria da matriz para a filial, sem que exista retenção antecipada do ICMS, não ocorrendo nenhuma forma de infração às normas tributárias, agindo a empresa de acordo com o permissivo legal em vigor.

Entende que de acordo com o exposto impõe-se a anulação do Auto de Infração, reconhecendo que se torna devido a retenção do ICMS apenas no momento da venda da mercadoria, consoante a legislação aplicável, não havendo fato gerador de cobrança de ICMS pela transferência de mercadoria entre matriz e filial. No mérito diz ser improcedente o lançamento de ofício já que não resta configurado fato gerador ou mora do contribuinte beneficiário.

Finaliza pedindo a improcedência do lançamento e requer a imediata reconsideração de sua situação fiscal, para que seja considerada apta até final de processo administrativo fiscal regular, onde, por via reflexa, será demonstrada sua seriedade fiscal.

Por fim requer a produção de provas de tudo o quanto alegado por todos os meio admissíveis em direito.

O fiscal ao prestar a Informação Fiscal, fls. 94/96 transcreve o teor da infração e afirma que o inconformismo da impugnante se funda unicamente na tese de que a operação em comento se deu por transferência entre empresas matriz e filial, e que por esse motivo estaria excluída do campo de incidência da substituição tributária prevista no protocolo 41/2008.

Diz que tal entendimento se mostra equivocado no presente caso, pois, como se observa à fl. 07, dentre as atividades da impugnante, consta a atividade descrita sob o código *4530701 Comercio por atacado de peças e acessórios novos para veículos automotores*.

Após transcrever o art. 8º § 8º da Lei 7.014/96 e art. 295 do decreto 13.780/12 RICMS assevera que a legislação baiana no presente caso, acolhe o quanto disposto no convênio ou protocolo celebrado para regular as operações neles descritas.

Após transcrever o parágrafo 2º da cláusula primeira do Protocolo 41/2008, conclui que a nossa legislação sobre o tema acata integralmente as disposições do protocolo, que por seu turno, exclui expressamente operações destinadas a estabelecimentos varejistas da não aplicabilidade da substituição tributária. Assim, ao realizar operação com mercadorias constantes do protocolo, destinadas a empresa que inclui entre as suas atividades o comércio varejista de peças para veículos automotores, surge para o remetente a obrigação de efetuar a retenção e o recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Conclui que ainda que sendo uma operação de transferência, é devido o imposto exigido no presente auto de infração, vez que a filial destinatária se dedica ao comércio varejista, como comprova o documento à fl. 07.

Finaliza opinando pela Procedência do Auto de Infração.

Na assentada de julgamento do dia 28 de abril de 2016, a 2ª JJF deste Conselho observou que não foi anexado ao PAF comprovante de entrega da planilha de fl. 04 que demonstra a metodologia utilizada para a apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Por esta razão o processo foi convertido em diligência à INFRAZ de origem para que a repartição Fazendária intimasse o autuado, mediante recibo para entrega da cópia do citado documento, reabrindo o prazo de defesa de 60 dias.

O contribuinte foi intimado através de Edital de Intimação de nº 03/2015 do Diário Oficial de 28 de julho de 2016, tendo em vista que a Intimação via correio foi devolvida com a informação de que o mesmo mudou de endereço.

Em 17 de fevereiro de 2017 o processo foi encaminhado a este Conselho para julgamento.

VOTO

O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação: "Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008)".

Consta na descrição dos fatos: "Falta de retenção e recolhimento de ICMS referente a venda de peças para motocicleta com destino a empresa Zark Imp. e Exp. Ltda., localizada na cidade de Vitória da Conquista – Bahia, IE 129075493- CNPJ 06966364/0003-79, conforme DANFE de nº 6700 emitido em 10/12/2015".

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que não

Ihe foi apresentada nenhuma planilha demonstrando a suposta retenção a menor do imposto, não satisfazendo ou obedecendo à legalidade.

De fato o demonstrativo que dá sustentação a acusação, fl. 19, não se encontra assinado pelo representante da empresa e também não foi localizado nos autos o comprovante de entrega ao contribuinte. Esta falha processual, de caráter formal, foi suprida através do encaminhamento do processo em diligência à Inspetoria de origem para que tomasse as devidas providências.

Assim, a mencionada planilha foi disponibilizada ao autuado através de comunicação via Edital nº 03/2016 publicado no Diário Oficial do dia 28/07/2016, com reabertura do prazo de defesa de 60 dias pelo motivo do contribuinte não ter sido localizado no endereço constante no Auto de Infração, conforme documento de folha 103, onde se verifica a seguinte justificativa: "mudança de endereço". Dessa forma fica afastada a nulidade suscitada.

No mérito, o autuado alega que se trata de empresa Matriz, localizada no Estado de São Paulo e tem como atividade econômica principal o atacado de peças e acessórios para motocicletas e motonetas. Assevera que em consonância com o disposto na cláusula primeira, § 2º, inciso II, do Protocolo 41/2008 e no art. 8º, § 8º, inc. I, da Lei Estadual n. 7.014/1996, efetuou transferências de mercadorias através do documento objeto da exigência fiscal, para a sua filial localizada neste Estado, que tem como objeto social o mesmo da sua Matriz.

Entende que de acordo com a cláusula primeira do Protocolo nº 41/2008 cujos Estados da Bahia e São Paulo, são signatários, o destinatário da mercadoria é o responsável pela retenção e recolhimento do imposto nas operações interestaduais com autopeças. Porém, ressalta que tal regime não se aplica no caso de remessas para outro estabelecimento do mesmo titular, desde que não varejista, conforme disposto no §2º, inciso II do mesmo Protocolo.

O Protocolo ICMS 41/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, prevê na sua Cláusula primeira: *"Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, 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, relativo às operações subsequentes".*

Por outro lado, o §2º, inciso II do mesmo Protocolo estabelece que o mencionado regime não se aplica às remessas de mercadorias destinadas a outro estabelecimento do mesmo titular, desde que não **varejista**.

Analizando os elementos que instruem o PAF, especialmente DANFE nº 6700, fl. 09, constato que o remetente está localizado no Estado de São Paulo, na cidade de Mooca, unidade da federação signatária do Protocolo ICMS 41/08. Verifico ainda que não consta no campo do referido documento "INC. ESTADUAL DO SUBST. TRIBUTÁRIO", qualquer informação, levando a concluir que se trata de empresa não inscrita neste Estado.

Todos os itens autuados estão classificados na NCM com o código 87141000- Partes e acessórios de motocicletas e o mesmo está indicado no Anexo I do Protocolo ICMS 49 de 08 de maio de 2008 que revogou os Anexos I e II do Protocolo 41/2008, razão pela qual, a princípio, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto.

Por outro lado, de acordo com os dados cadastrais extraídos do sistema INC desta secretaria, fls. 12 a 14, verifica-se que a Filial inscrição estadual nº 129.075.493, destinatária das mercadorias, opera com diversas atividades dentre elas o comércio por atacado de peças e acessórios para veículos automotores, código 4530701 e também com o comércio a varejo de peças e acessórios para motocicletas, código 4541205.

Considerando que todas as mercadorias objeto do presente lançamento são partes e acessórios de **motocicletas**, enquanto não sobrevenha prova em sentido contrário é absolutamente legítimo deduzir que as mesmas foram destinadas ao comércio **varejista** da sua filial estabelecida neste estado, portanto, não preenchida a condição estabelecida no §2º, inciso II do mencionado Protocolo. Assim, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto relativo às operações subsequentes é do estabelecimento remetente, no caso a autuada.

Ressalto que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, diante da existência do Protocolo ICMS 41/08, entre a Bahia e o Estado de São Paulo, e diante do fato do autuado não possuir inscrição estadual neste Estado o autuado está obrigado a recolher o imposto antes da entrada da mercadoria no território baiano, conforme disposto no art. 332, III, do RICMS/2012.

Desta forma, deve ser mantido o débito lançado no auto de infração, pois efetivamente demonstrado que houve infração à legislação tributária, quando o sujeito passivo não efetuou o recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, como devido e na forma prevista na legislação acima citada.

No que diz respeito à solicitação do sujeito passivo de reconsideração da situação fiscal da sua Filial estabelecida neste Estado, que segundo sua informação fora declarada Inapta em 22/12/2015, por operações fictícias/indícios de fraude, deixo de acatá-lo por não poder ser apreciado nesta fase processual. Ressalto, entretanto, que poderá o sujeito passivo, assim querendo encaminhar tal pedido à Repartição Fazendária responsável pela declaração de inaptidão da inscrição do mencionado contribuinte.

Face ao 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 **152701.0373/15-1**, lavrado contra **ZARK IMP. EXP. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.093,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR