

A. I. Nº - 298628.1228/22-7
AUTUADO - JT INTERNATIONAL DISTRIBUIDORA DE CIGARROS LTDA.
AUTUANTES - DJALMIR FREIRE DE SÁ
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/09/2023

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0176-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Considerações de defesa são suficientes para elidir a autuação, o que foi acatado pelo próprio agente Autuante, em sede de Informação Fiscal. Contribuinte Autuado deixou de efetuar a retenção do ICMS nas saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. A cláusula quinta do Convênio ICMS nº 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, recepcionado pela Lei Estadual que dispõe sobre o ICMS no Estado da Bahia, na forma do art. 8º, § 8º, I, da Lei nº 7.014/96, excepcionou a incidência do ICMS ST nas operações por transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, que é o caso da operação objeto do Auto de Infração, em tela. Infração insubstancial. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 12/12/2022, exige o valor de R\$ 252.245,43, em razão da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 – 055.008.003: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, conforme o Termo de Apreensão nº 2174491182/22-9, com data de lavratura em 12/12/2022, Hora: 15:45:00; Local POSTO FISCAL HONORATO VIANA, relativo ao DANFE nº 3533 vinculado ao *Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais (DAMDFE)* de fl. 8 e CT-E nº 1514 de fl. 9 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 252.245,43, na forma da memória de cálculo de fl. 13, com enquadramento no art. 10, da Lei nº 7.014/96, c/c Cláusulas primeira, segunda, terceira e quarta do Convênio ICMS nº 37/94 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

Consta de descrição dos fatos no Termo de Apreensão que o Contribuinte Autuado, obrigado ao recolhimento do imposto (ICMS-ST) via GNRE, conforme previsto no Conv. ICMS 142/18, Cláusula 18º, em consulta ao sistema da SEFAZ/BA, constatou-se que a autuada não possui inscrição de substituto e não foi localizado nenhum recolhimento para o presente DANFE nº 3533 de fl.6 dos autos.

Às fls. 17 a 24 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

JT INTERNATIONAL DISTRIBUIDORA DE CIGARROS LTDA. (“Impugnante”), com estabelecimento situado à Rua Professor José Dias de Almeida, nº 3601, Lote 01, Quadra 05, Ponte Alta, 225, Nova Andradina, Mato Grosso do Sul, CEP.: 79.750-000, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 11.124.629/0018-08, em resposta ao Auto de Infração em epígrafe (“AUTO”), vem, por seus advogados abaixo assinados (DOC.01), apresentar **impugnação**, nos termos do art. 123 e seguintes do Decreto nº 7.629/1999, pelas razões de fato e fundamentos de direito a seguir expostos.

I. - DOS FATOS E DO AUTO DE INFRAÇÃO

Diz que é um dos estabelecimentos responsáveis pela distribuição dos produtos fabricados pelo grupo “*Japan Tobacco International*” (JTI) e pode comercializar no atacado produtos de consumo de passagem (*FMGC* - “*Fast moving consumer goods*”); como, por exemplo, cigarros, produtos de tabaco e correlatos, isqueiros, bebidas frias e quentes, barras de cereal, dentre outros.

Na consecução de seu objeto social, a Impugnante, dentre outras atividades, (i) recebe mercadorias de outras filiais e (ii) adquire os cigarros diretamente de seus fornecedores, em especial da *JTI Processadora de Tabaco do Brasil*, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.334.170/0001-09, localizada no Rio Grande do Sul (JTI-RS), motivo pelo qual as suas operações estão sujeitas à incidência do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

Diz que, em 05.12.2022, a JTI-RS efetuou a venda direta de tabaco desfiado com destino a *JT International Distribuidora de Cigarros Ltda.*, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 11.124.629/0001-60, localizada no Estado da Bahia (JTI-BA), em operação na qual foi efetuado o recolhimento antecipado do ICMS-ST (substituição tributária), via Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), por parte do fornecedor, no momento da saída de seu estabelecimento, conforme prescreve o art. 10, da Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre o ICMS no Estado da Bahia, abaixo transcrito (DOC.02):

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

- I. *o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto;*
- II. *o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado; (...)”* (Grifos da Impugnante)

Nesse particular, a Impugnante esclarece que, no transporte das mercadorias do Rio Grande do Sul até a Bahia, por questões exclusivamente logísticas do Grupo JTI, foi realizada uma parada no estabelecimento da Impugnante, localizado no Mato Grosso do Sul, oportunidade em que foram coletados cigarros cujo destino também era o estado da Bahia, conforme atesta a Nota Fiscal nº 3533, que legitimou a operação, com o devido destaque do ICMS próprio (DOC.03).

Diz que no caso concreto, portanto, existem duas operações distintas, reunidas, **única e exclusivamente, em função de logística**. De modo a facilitar a compreensão deste MM. Juízo, a Impugnante entende por bem ilustrar, abaixo, o formato da operação sob o ponto de fiscal, que destaca no corpo da peça de defesa à fl. 29 dos autos.

Diz que, diferentemente das mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 76292, as mercadorias que partiram de Mato Grosso do Sul (Nota Fiscal nº 3533) não sofreram a retenção do ICMS-ST, uma vez que foram destinadas a outro estabelecimento do mesmo contribuinte, hipótese em que o regime de substituição tributária não se aplica.

Ocorre que, no dia 12.12.2022, no momento de chegada das mercadorias ao Estado da Bahia, foi lavrado Auto de Infração em face da Impugnante, para exigir imposto e multa, pelo suposto não recolhimento antecipado do ICMS-ST (substituição tributária), nos seguintes termos (DOC.04):

“Falta de retenção do ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da

Bahia.”

Diz que a referida exigência, contudo, causou absoluta surpresa à Impugnante, na medida em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, à luz da cláusula 5ª, II, do Convênio ICMS nº 81/93, recai sobre o estabelecimento destinatário da mercadoria, no caso, a JTI-BA.

Na mesma linha, registra que a própria legislação estadual, especificamente o art. 8º, § 8º, I, da Lei nº 7.014/96, prevê que o ICMS-ST não será retido ou antecipado em operação interestadual entre estabelecimentos atacadistas do mesmo contribuinte, já que, nessas hipóteses, a responsabilidade pela sua retenção é atribuída ao estabelecimento destinatário das mercadorias.

Nesse passo, como a Impugnante passará a expor, o AUTO deve ser julgado totalmente improcedente, haja vista que contraria frontalmente a legislação e a jurisprudência acerca do tema.

II. - DA EXCEÇÃO AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Diz que, como visto, trata-se de auto de infração lavrado em face da Impugnante, para exigir imposto e multa, no valor de R\$ 252.245,43 (duzentos e cinquenta e dois mil, duzentos e quarenta e cinco reais e quarenta e três centavos), referente à suposta ausência de retenção do ICMS-ST.

Traz de destaque na peça de defesa o dispositivo do art. 10 da Lei 7.014/96, as Cláusulas primeira, segunda, terceira e quarta do Convênio ICMS nº 37/94.

A partir da interpretação dos dispositivos acima, diz que é possível notar, à primeira vista, o descumprimento da Fiscalização acerca das hipóteses de não aplicação do regime de substituição tributária, em especial, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento filial do sujeito passivo por substituição, ocasião em que a responsabilidade pela retenção do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa, conforme prevê a cláusula 5ª, II, do Convênio ICMS nº 81/93, abaixo transcrita:

“Cláusula quinta A substituição tributária não se aplica:

(...) II - às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.” (grifos da Impugnante)

Frisa, com se observa, o art. 5º, II, do Convênio ICMS nº 81/93 é perfeitamente aplicável ao caso concreto, uma vez que se trata de uma operação interestadual entre estabelecimentos atacadistas do mesmo contribuinte, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST é, ao contrário do que entendeu a Fiscalização, do destinatário das mercadorias, e não da Impugnante.

Nesse particular, destaca que a própria legislação estadual, internalizando o entendimento celebrado no Convênio ICMS nº 81/93, estabeleceu previsão no mesmo sentido, conforme se verifica no art. 8º, § 8º, I, da Lei nº 7.014/96, confira-se:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

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

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial; (...)” (grifos da Impugnante)

Registra que a aplicação do art. 8º, § 8º, I, da Lei nº 7.014/96, conforme já se manifestaram as autoridades fiscais, é plena e irrestrita, ou seja, em nenhuma situação admite-se a atribuição da responsabilidade ao remetente pelo recolhimento do imposto, veja-se:

Na transferência entre estabelecimentos atacadistas de uma mesma empresa que não possui atividade industrial não existe restrição na legislação que impeça a atribuição da responsabilidade ao destinatário, conforme redação do inciso I do § 8º do art. 8º da Lei nº 7.014/96:

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

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial;”.

(Auto de Infração nº 206923.0024/14-7, origem: SAT/COPEC, 1a Junta de Julgamento Fiscal (JJF), julgado em 12/01/2016)

Consigna que a jurisprudência do Conselho Estadual de Fazenda (CONSEF), em casos muito similares ao presente, pacificou o entendimento de que, nas remessas de mercadorias entre estabelecimentos atacadistas do mesmo contribuinte, a responsabilidade pela retenção do ICMS-ST é do destinatário, localizado na Bahia, e não do remetente. **Pede para verificar:**

a) Auto de Infração nº 207095.0006/17-5, origem: IFEP COMÉRCIO, 1a Câmara de Julgamento Fiscal (CJF), julgado em 15.10.2015:

b) Auto de Infração nº 281078.0007/14-9, origem: INFRAZ FEIRA DE SANTANA, 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF), julgado em 16.12.2019:

Diz que, conforme se verifica a partir dos julgados colacionados acima, a jurisprudência, alinhando-se aos termos da legislação, consolidou o entendimento no sentido de atribuir a responsabilidade pela retenção do imposto ao estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa, o que evidencia, de uma vez por todas, a absoluta ilegalidade da cobrança *sub judice*.

Por esse motivo, registra que é incontestável, nos termos da legislação e da jurisprudência pacífica aplicável ao caso, que o presente Auto de Infração deve ser integralmente cancelado, uma vez que o ônus do recolhimento antecipado do ICMS-ST não pode, de forma alguma, recair sobre a remetente das mercadorias, no caso, a Impugnante.

III. - DO PEDIDO

Pelo exposto, pede e espera a Impugnante o provimento da presente Impugnação, para determinar o cancelamento integral do Auto de Infração, em tela, com a consequente extinção do crédito tributário ora exigido.

O agente Fiscal Autuante, ao prestar a informação fiscal, à fl. 76 dos autos, assim se posicionam quanto a defesa apresentada pelo sujeito passivo:

Diz que, analisando as alegações contidas nas fls. 27 a 34 do presente PAF, concorda com as alegações do impugnante.

Diante do exposto, recomenda que esse processo seja enviado ao CONSEF para a adoção das providências de praxes.

À fl. 78, verso, têm-se novo despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Eduardo de Mattos Acosta Brazil, OAB/RJ nº 245.783, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

No mérito, o Auto de Infração, em tela, lavrado em 12/12/2022, resultou de uma ação fiscal realizada por agente Fiscal lotado na unidade Fazendária POSTO FISCAL HONORATO VIANA, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização em Trânsito de Mercadorias, constituiu o

presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) por ter, o Contribuinte Autuado, deixado de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, conforme o Termo de Apreensão nº 2174491182/22-9, com data de lavratura em 12/12/2022, Hora: 15:45:00; Local POSTO FISCAL HONORATO VIANA, relativo ao DANFE nº 3533 vinculado ao *Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais (DAMDFE)* de fl. 8 e DACTE nº 1514 de fl. 9 dos autos.

Lançado ICMS no valor de R\$ 252.245,43, na forma da memória de cálculo de fl. 13, com enquadramento no art. 10, da Lei nº 7.014/96, c/c cláusulas primeira, segunda, terceira e quarta do Convênio ICMS nº 37/94 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

Diz, a defendant, que a referida exigência causou absoluta surpresa, na medida em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, à luz da cláusula 5ª, II, do Convênio ICMS nº 81/93, recai sobre o estabelecimento destinatário da mercadoria, no caso, a JT INTERNATIONAL DISTRIBUIDORA DE CIGARROS LTDA, estabelecida no Estado da Bahia.

Assim dispõe cláusula 5ª, II, do Convênio ICMS nº 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.

Cláusula quinta A substituição tributária não se aplica:

II - às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

Na mesma linha, registra que a própria legislação estadual, especificamente o art. 8º, § 8º, I, da Lei nº 7.014/96, prevê que o ICMS-ST não será retido ou antecipado em operação interestadual entre estabelecimentos atacadistas do mesmo contribuinte, já que, nessas hipóteses, a responsabilidade pela sua retenção é atribuída ao estabelecimento destinatário das mercadorias.

É o que se observa da redação do art. 8º, § 8º, I, da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos.

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

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

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial;

Vê-se, também, que, a JT INTERNATIONAL DISTRIBUIDORA DE CIGARROS LTDA., destinatária das mercadorias, objeto da autuação, no caso em tela – “CIGARROS DE VÁRIAS MARCAS” - constantes do DANFE nº 000003533 (fl. 6), com estabelecimento no endereço Rua Genaro de Carvalho, 225, Bairro Castelo Branco, Salvador, Bahia, CEP.: 41320-100, com I.E. nº 086.882.648 e CNPJ/MF nº 11.124.629/0001-60, em consulta feita no Sistema INC da SEFAZ, sua atividade principal é, de fato, “4636202 - Comércio atacadista de cigarros, cigarrilhas e charutos”.

Neste contexto, observo que resta razão ao defendant, o que foi acatado pelo próprio agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, de que o dispositivo da cláusula quinta do Convênio ICMS nº 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, acima destacado, recepcionado pela Lei Estadual que dispõe sobre o ICMS no Estado da Bahia, na forma do art. 8º, § 8º, I, da Lei nº 7.014/96, excepcionou a incidência do ICMS ST nas operações por transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, que é o caso da operação objeto do Auto de Infração, em tela.

Logo, não vendo nada que desabone a manifestação do agente Autuante por acatar as arguições de defesa do sujeito passivo, inclusive, seguindo decisões de julgados deste Conselho de Fazenda, mais especificamente o trazido aos autos, pelo defendant, relativamente a decisão prolatada pela 1^a CJF nº 0363-11/19, relativo ao Recurso Voluntário do Acordão 1^a JJF nº 0024-01/18, bem assim a decisão, também, da 1^a CJF nº 0296-11/15, relativo ao Recurso de Ofício do Acordão 5^a JJF nº 0145-05/15, vejo, então, restar insubstancial a autuação.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 298628.1228/22-7, lavrado contra JT INTERNATIONAL DISTRIBUIDORA DE CIGARRROS LTDA.

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, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA