

PROCESSO - A. I. N° 298628.1228/22-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JT INTERNATIONAL DISTRIBUIDORA DE CIGARROS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0176-04/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/03/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0065-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E DO CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Operação interestadual de transferência de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Destinada a estabelecimento atacadista. Cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, 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. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 4ª JJF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/BA, com vistas ao reexame da Decisão proferida que desonerou os valores exigidos no Auto de Infração lavrado em 12/12/2022, exigindo ICMS em razão da seguinte infração:

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 (fl. 9) - R\$ 252.245,43. Multa de 60%.*

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.

Na decisão proferida (fls. 88 a 93) foi apreciado que:

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 defendente, 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 defendente, 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 defendente, relativamente a decisão prolatada pela 1ª CJF nº 0363-11/19, relativo ao Recurso Voluntário do Acórdão 1ª JF nº 0024-01/18, bem assim a decisão, também, da 1ª CJF nº 0296-11/15, relativo ao Recurso de Ofício do Acórdão 5ª JF nº 0145-05/15, vejo, então, restar insubsistente a autuação.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A 4ª JF recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/BA.

Registra-se na sessão de videoconferência, Dr. Eduardo Brasil que acompanhou o julgamento do PAF.

VOTO

O Auto de Infração acusa falta de 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 (fl. 4) a lavratura do Auto de Infração foi realizada no dia 12/12/2022, no Posto Fiscal Honorato Viana, relativo ao DANFE nº 3533 (fl. 6 e 7) emitido pela JT INTERNATIONAL DISTRIBUIDORA DE CIGARROS LTDA, localizada no município de Nova Andaraia/MG, CNPJ 11.124.629/0018-08 destinado a JT INTERNATIONAL DISTRIBUIDORA DE CIGARROS LTDA, localizada na Rua Genaro de Carvalho, nº 225, bairro Castelo Branco, município de Salvador/BA, CNPJ 11.124.629.0001-60.

A referida Nota Fiscal-e nº 3533 relaciona cigarros diversos (produto enquadrado no regime de substituição tributária), tendo sido destacado o ICMS normal, sem retenção do ICMS-ST (art. 10 da Lei nº 7.014/1996).

A fiscalização efetuou lançamento exigindo o ICMS-ST no valor de R\$252.245,43, com enquadramento no art. 10 da Lei nº 7.014/96, c/c cláusulas primeira, segunda, terceira e quarta do Convênio ICMS 37/94, por entender que o remetente deveria proceder a retenção e recolhimento do imposto.

A 4ª JF julgou o Auto de Infração Improcedente fundamentando que de acordo com a cláusula 5ª, II do Convênio ICMS 81/93, o imposto exigido recai sobre o estabelecimento destinatário da mercadoria.

A cláusula 5ª, II do Convênio ICMS 81/93, estabelece:

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.

A mesma norma é prevista no art. 8º, § 8º, I da Lei nº 7.014/96.

Pelo exposto, considerando que o estabelecimento destinatário das mercadorias (Matriz/BA) exerce atividade econômica com o código: “4636202 - Comércio atacadista de cigarros, cigarrilhas e charutos”, o ICMS-ST não deve ser retido ou antecipado em operação interestadual entre estabelecimentos atacadistas do mesmo contribuinte, visto que a responsabilidade pela retenção é atribuída ao estabelecimento destinatário das mercadorias, conforme entendimento manifestado em decisões citadas no Acórdão recorrido: CJs nºs 0363-11/19 e 0296-11/15.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a decisão proferida na Primeira Instância pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298628.1228/22-7**, lavrado contra **JT INTERNATIONAL DISTRIBUIDORA DE CIGARROS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS