

PROCESSO	- A. I. N° 232879.0015/15-3
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- MISSIATO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO –Acórdão 4ª JJF nº 0023-04/16
ORIGEM	- INFAS FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 04/10/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0096-12/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BEBIDAS. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O autuado, na condição de filial atacadista de indústria localizada em outra unidade da Federação, é o responsável pelo contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. A MVA utilizada pelo autuado na apuração do imposto está em conformidade com a prevista nos itens 2 e 2-A do Anexo 88 do RICMS-BA/97. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0023-04/16, ter julgado Improcedente o Auto de Infração, lavrado em 27/06/2015 para exigir crédito tributário no valor de R\$132.195,26, acrescido da multa de 60%, em decorrência de imputação ao autuado da seguinte irregularidade: *ICMS retido e recolhido a menos devido por substituição tributária, na condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas, nas vendas efetuadas para contribuintes localizados neste Estado.*

A 4ª JJF decidiu, por unanimidade, pela Improcedência, com base na seguinte fundamentação, *in verbis*:

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter retido e recolhido a menos o ICMS devido por substituição tributária, na condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas, nas vendas efetuadas para contribuintes localizados neste Estado.

Conforme explicou o autuante no campo do Auto de Infração denominado “Descrição dos Fatos”, o valor exigido na autuação decorreu do fato de que o deficiente, na apuração do ICMS devido por substituição tributária, utilizou a MVA de 29,04% em vez de 64,40% (item 2 do Anexo 88) e de 29,04% em lugar de 44,59% (item 2-A do Anexo 88).

Ao tratar do regime de substituição tributária, o artigo 355, I, do RICMS-BA/97, com a redação vigente à época dos fatos, prevê que: “Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, 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, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;”.

Considerando que o autuado é um estabelecimento filial atacadista de bebidas localizada no Estado de São Paulo e que as mercadorias relacionadas na autuação são recebidas em transferência de seu estabelecimento matriz industrial, o autuado, nos termos do art. 355, inc. I, do RICMS-BA/97, assume a condição de responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes. Até aqui não há divergência entre o entendimento do autuado e do autuante.

A questão em análise no presente processo está na margem de valor adicionado (MVA) a ser aplicada na apuração do ICMS a ser retido e recolhido pelo autuado, nas operações de saídas internas relacionadas na autuação. Segundo o defensor, tanto para as mercadorias dos itens 2 e 2-A do Anexo 88 do RICMS-BA/97, a MVA prevista é de 29,04%; já de acordo com o autuante, para as mercadorias dos itens 2 e 2A, são aplicadas as MVAs de 64,40% e 44,59%, respectivamente.

O artigo 61, inciso II, alínea “a”, do RICMS-BA/97, ao fixar a base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária, assim dispõe:

Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

I - o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente;

II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes, de acordo com o percentual previsto:

a) no Anexo 88, a ser determinado em função de ser industrial, atacadista ou importador o estabelecimento fornecedor ou remetente, tratando-se das mercadorias de que cuidam os incisos II e IV do art. 353;

Por seu turno, os itens 2 e 2-A do Anexo 88 do RICMS-BA/97, possuem a seguinte redação:

ITEM	MERCADORIA	MVA (%)	
		AQUISIÇÕES NA INDÚSTRIA	AQUISIÇÕES NO ATACADO
2	Bebidas alcoólicas, exceto cervejas, chopes, aguardentes de cana e outras aguardentes simples	Interna: 29,04% Alíq. origem 7%: 64,40% Alíq. origem 12%: 55,56%	
2-A	Aguardentes de cana e outras aguardentes simples - NCM 2208.40.00	Interna: 29,04% Alíq origem 7%: 44,59% Alíq origem 12%: 36,81%	

Considerando que as operações relacionadas na autuação tratam de situação em que o fato gerador do ICMS devido por substituição tributária ocorre no momento da operação de saída interna, e não nas entradas; concluo que a MVA a ser aplicada nas operações discriminadas no presente Auto de Infração, com mercadorias constantes nos itens 2 e 2-A do Anexo 88 do RICMS-BA/97, é de 29,04%, conforme sustenta o autuado em sua peça defensiva.

Dessa forma, não restou caracterizada a utilização de alíquota equivocada e, portanto, a acusação imputada ao autuado não subsiste.

Corroborando o entendimento acima, ressalto que a matéria acima já foi objeto de consulta formulada pelo autuado à Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, tendo aquela Diretoria se pronunciado no sentido de que a MVA cabível era de 29,04% (fls. 641 e 642).

Quanto aos recolhimentos efetuados pelo autuado no período abarcado pela ação fiscal, o defensor apresentou a planilha de fls. 643 a 654, demonstrando que o ICMS-ST em questão foi corretamente apurado e recolhido. O autuante, por seu turno, não se pronunciou sobre essa planilha, limitando-se a questionar a MVA utilizada pelo contribuinte na apuração do imposto. Dessa forma, aplico ao caso o disposto no art. 140 do RPAF/99, o qual prevê que “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”.

Em face ao acima exposto, a MVA utilizada pelo autuado na apuração do imposto estava correta e, em consequência, infração que lhe foi imputada não restou caracterizada.

Voto, portanto, pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Ante a desoneração do crédito exigido no lançamento fiscal, a 4^a JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 4^a JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0023-04/16 na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA, tudo em

razão da sucumbência imposta à fazenda pública estadual em face da declaração de improcedência da autuação.

Versam os autos sobre a acusação ao autuado de ter *retido e recolhido ICMS a menos devido por substituição tributária, na condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas, nas vendas efetuadas para contribuintes localizados neste Estado.*

Examinado o PAF, constato que a lide se instala devido a divergência de entendimento entre o Fisco e o defensor a respeito da MVA (Margem de Valor Agregado) que deve ser utilizada para apuração do ICMS a ser retido e recolhido a título de substituição tributária. O defensor, na apuração do ICMS devido, utilizou a MVA de 29,04% para as mercadorias listadas no item 2 e 2-A do RICMS/BA, e a Fiscalização entendeu que o correto seria de 64,40% para o item 2 e 44,59% para o item 2-A do Anexo 88 do RICMS/97.

A matéria ora discutida encontra-se disciplinada no artigo 355, I, do RICMS-BA/97, com a redação vigente à época dos fatos, que dispõe:

“Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, 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, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;”.

Observo que o autuado é um estabelecimento filial atacadista de indústria de bebidas localizada no Estado de São Paulo e que as mercadorias relacionadas na autuação são recebidas em transferência de seu estabelecimento matriz industrial, o autuado, nos termos do art. 355, inc. I, do RICMS-BA/97, que assume a condição de responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes.

O artigo 61, inciso II, alínea “a”, do RICMS-BA/97, ao fixar a base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária, assim dispõe:

Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

(...)

II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes, de acordo com o percentual previsto:

a) no Anexo 88, a ser determinado em função de ser industrial, atacadista ou importador o estabelecimento fornecedor ou remetente, tratando-se das mercadorias de que cuidam os incisos II e IV do art. 353;

Por seu turno, os itens 2 e 2-A do Anexo 88 do RICMS-BA/97, possuem a seguinte redação:

ITEM	MERCADORIA	MVA (%)	
		AQUISIÇÕES NA INDÚSTRIA	AQUISIÇÕES NO ATACADO
2	Bebidas alcoólicas, exceto cervejas, chopes, aguardentes de cana e outras aguardentes simples	Interna: 29,04% Alíq. origem 7%: 64,40% Alíq. origem 12%: 55,56%	
2-A	Aguardentes de cana e outras aguardentes simples - NCM 2208.40.00	Interna: 29,04% Alíq origem 7%: 44,59% Alíq origem 12%: 36,81%	

Da análise das operações relacionadas na autuação e da leitura dos dispositivos retro mencionados, verifica-se que o fato gerador do ICMS devido por substituição tributária no caso concreto, ocorre no momento da operação de saída interna, e não nas entradas como entendeu o autuante, conluiu como acertada a Decisão *a quo* de que a MVA a ser aplicada nas operações discriminadas no presente Auto de Infração, com mercadorias constantes nos itens 2 e 2-A do Anexo 88 do RICMS-BA/97, é de 29,04%, conforme sustenta o autuado em sua peça defensiva.

Dessa forma, no que diz respeito ao Recurso de Ofício, pela análise dos elementos contidos no processo, coaduno com o posicionamento dos Membros integrantes da 4ª JJF no sentido de que a MVA a ser aplicada nas operações discriminadas no presente Auto de Infração, com mercadorias constantes nos itens 2 e 2-A do Anexo 88 do RICMS-BA/97, é de 29,04%, motivo pelo qual o Auto de Infração é improcedente.

Considero acertado o entendimento externado pelo voto condutor do acórdão recorrido, pelo que mantendo a Decisão de piso com base nos seus próprios fundamentos e NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232879.0015/15-3**, lavrado contra **MISSIATO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS