

PROCESSO - A. I. Nº 206888.0011/16-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (HIPER G BARBOSA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF Nº 0060-05/17
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET - PUBLICAÇÃO: 20/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0407-11/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM PAGAMENTO POR ANTECIPACÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado que se trata de transferências interestaduais de mercadorias que já foram objeto de retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, pelo fornecedor, sendo legítima a utilização do crédito fiscal do imposto incidente na operação de aquisição das mesmas mercadorias. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 5ª JJF Nº 0060-05/17, que julgou Improcedente o Auto de Infração nº 206888.0011/16-5, lavrado em 30/03/2016, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$1.206.595,45, em decorrência de uma única infração assim descrita “*efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto*”.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 30/03/2017 (fls. 61 a 63) e decidiu pela Improcedência, em Decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

Inicialmente, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, o mesmo está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto ao pedido de realização de diligência formulado pelo impugnante este fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

No mérito, observo que o presente Auto de Infração diz respeito à exigência de ICMS, em razão do contribuinte ter efetuado estorno do débito do ICMS em desacordo com a legislação deste imposto.

Em sua defesa o autuado alega que a operação objeto da autuação, diz respeito, exclusivamente a compra da mercadoria (cerveja SCHINCARIOL) enquadrada no Regime de Substituição Tributária, junto à Brasil Kirin e posterior transferência para as suas filiais localizadas em Sergipe. Assevera que no momento da saída, a empresa recupera o crédito do ICMS normal e o antecipado referente às referidas operações. Como prova de sua assertiva anexa ao PAF mídia contendo: a) cópias de todas as notas fiscais de compras junto ao referido fornecedor; b) notas fiscais de transferências para Matriz e Filial 019, localizadas no Estado de Sergipe; c) Planilhas demonstrando que toda a cerveja adquirida da Brasil Kirin foi transferida para os estabelecimentos Matriz e Filial localizado em Sergipe; d) Planilhas indicando as notas fiscais de compra e respectivos valores do ICMS normal e antecipado, apurando os totais mensais que foram lançados no livro RAICMS; e) livros de Apuração do ICMS em txt.

Ao prestar a informação fiscal o autuante acolheu os argumentos defensivos, esclarecendo que após análise dos dados contidos na mídia apresentada pelo sujeito passivo e confecção de nova planilha, conciliando as operações de entradas (compras de cerveja junto a Brasil Kirin) com as saídas em transferência para estabelecimentos localizados no Estado de Sergipe constatou que todas as mercadorias adquiridas foram objeto de transferências interestaduais. Anexou mídia à fl. 53 contendo a referida planilha.

Externou o entendimento de que o produto em questão enquadrava-se no regime da substituição tributária, conforme disposto no art. 353, do RAICMS/97, e no momento da aquisição a empresa fabricante (Brasil Kirin) procedeu à gravação do ICMS normal e o antecipado ficando encerrada a fase de tributação. Confirma que todas as mercadorias foram transferidas para unidades localizadas no Estado de Sergipe, aderente ao Protocolo ICMS 11/91, e foram destacados nos documentos fiscais de saídas ambos os impostos. Concorda que a empresa agiu acertadamente ao recuperar os valores pagos na aquisição da cerveja junto ao fabricante, conforme disposto no art. 374 do RAICMS/97, inexistindo débito a ser imputado ao contribuinte.

Concordo com o entendimento exarado pelo autuante, pois conforme afirmação do mesmo a autuada adquiriu a mercadoria “cerveja”, com imposto retido pelo fabricante, na condição de sujeito passivo por substituição, estando encerrada a fase de tributação para as saídas internas realizadas neste estado. Posteriormente, tais mercadorias foram transferidas para o Estado de Sergipe, signatário do Protocolo ICMS 11/91, ocasião em que foi efetuada a retenção do imposto relativo às operações subsequentes a serem realizadas naquele estado. Neste caso o estabelecimento remetente (autuado), faz jus ao resarcimento do imposto retido na primeira operação ocorrida na aquisição das mesmas mercadorias, conforme disposto no art. 374, inciso II da alínea “a” do RICMS/97, efetuada no livro RAICMS na coluna “Outros créditos” através da rubrica “Recuperação de crédito – RECUP ST”.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração”

Como a redução do crédito tributário atualizado foi superior a R\$100.000,00, a 5^a JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

O conselheiro Tolstoi Nolasco encontra-se impedido por ter participado da Decisão de piso.

VOTO

Observo que a decisão da 5^a JJF (Acórdão JJF Nº 0060-05/17) desonerou o sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário de R\$1.206.595,45, montante este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, o contribuinte é acusado de efetuar “estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto”. Em sua impugnação, o sujeito passivo explica que compra cervejas junto ao seu fornecedor com o ICMS retido por substituição tributária, na fonte. Afirma que, posteriormente, transfere essas mercadorias para filiais suas situadas no Estado de Sergipe. Alega que não vende as mercadorias adquiridas, mas as repassa para unidade federativa distinta, o que lhe possibilita recuperar o crédito do ICMS normal e substituído, destacados nas operações de saída.

Em sua informação fiscal, auditor estranho ao feito acolheu os argumentos defensivos, esclarecendo que após análise dos dados contidos na mídia apresentada pelo sujeito passivo e confecção de nova planilha, constatou que todas as mercadorias adquiridas foram objeto de transferências interestaduais. Explicou que a mercadoria “cerveja” encontra-se enquadrada no regime da substituição tributária e, no momento da aquisição, a empresa fabricante (Brasil Kirin) procedeu à gravação do ICMS normal e o antecipado, ficando encerrada a fase de tributação. Confirma que todas as mercadorias foram transferidas para unidades localizadas no Estado de Sergipe, e que foram destacados, nos documentos fiscais de saídas, ambos os impostos.

Conclui, ao final, que o lançamento é improcedente, conforme se extrai da leitura de trecho da sua peça informativa, à folha 51, abaixo reproduzido.

“Por fim, informamos a esse Colendo Conselho, que em virtude da ocorrência de equívoco interpretativo quando da lavratura do Auto de Infração, reconhecemos a total pertinência das alegações da autuada.”

A 5^a JJF julgou o auto de infração improcedente, acompanhando o entendimento externado pelo auditor informante.

Examinando os elementos dos autos, é possível notar, pelo que se encontra registrado no corpo do auto de infração, que a fiscalização autou o excesso de estorno, cujo valor apurado consistiu na diferença entre o valor estornado, constante do Livro Registro de Apuração (cuja cópia se encontra no CD à folha 44) e aquele que o autuante julgou possível, indicado nas planilhas “GB Recuperação crédito mês ano”, elaboradas à razão de uma para cada mês do exercício de 2011.

Ora, considerando que a mercadoria “cerveja” se encontra enquadrada no regime de substituição tributária, a prática de operações interestaduais, posteriormente à aquisição junto ao fornecedor industrial, obriga o sujeito passivo a efetuar uma nova retenção e recolhimento de ambos os impostos, o normal e o substituído, conforme dispõe a Cláusula Segunda do Convênio 81/93, conforme abaixo.

“Cláusula segunda Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente (grifo acrescido).”

Dessa forma, para que não se configure uma situação jurídica de *bis-in-idem*, pode o sujeito passivo efetuar o resarcimento dos impostos novamente destacados, conforme dispõe a Cláusula Terceira do convênio citado, conforme abaixo.

“Cláusula terceira Nas operações interestaduais, com mercadorias já alcançadas pela substituição tributária, o resarcimento do imposto retido na operação anterior deverá ser efetuado pelo contribuinte mediante emissão de nota fiscal eletrônica (grifo acrescido), exclusiva para esse fim, em nome de qualquer estabelecimento inscrito como substituto tributário que seja fornecedor do contribuinte substituído.”

Diante da transferência de todos os produtos adquiridos, conforme reconhece o auditor informante, penso que não resta outra solução senão estornar o ICMS destacado em tais operações.

Entendo que a exigência fiscal é improcedente, não merecendo reparo a Decisão recorrida.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 206888.0011/16-5 lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (HIPER G BARBOSA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS