

PROCESSO	- A. I. Nº 275290.3001/16-9
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- PEIXOTO COMÉRCIO, INDÚSTRIA, SERVIÇOS E TRANSPORTES S/A.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO- Acórdão 5ª JJF nº 0148-05/17
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 08/02/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0008-11/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Transferências da mercadoria para o estabelecimento localizado na Bahia com o gozo do benefício da isenção. Operações beneficiadas com isenção condicionada, de modo a propiciar ao consumidor final um produto mais acessível. Indevida a cobrança do ICMS-ST do contribuinte substituto; **b)** RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Provado o recolhimento do imposto, porém com a inserção incorreta nas GNRE da inscrição estadual do contribuinte substituído. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 5ª JJF, através do Acórdão nº 0148-05/17, por ter desonerado integralmente o sujeito passivo do débito originalmente lhe imputado, relativo às infrações 3 e 9, ao julgar Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado para exigir o crédito tributário de R\$253.049,00, em decorrência da constatação de quatorze irregularidades, das quais todas foram objeto de reconhecimento e recolhimento pelo sujeito passivo, com exceção das exações 3 e 9, objeto do Recurso de Ofício, a seguir transcritas:

Infração 3: Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$118.117,52, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, relativamente a preservativos, (Conv. ICMS 76/94), sem a observância da condição prevista no inciso XXIII do art. 264 do RICMS/BA e no § 1º da cláusula primeira do Convênio ICMS 116/98.

Infração 9: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$64.432,02, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, evidenciado através do cotejamento entre as GIAs-ST, enviadas eletronicamente pelo contribuinte, e os respectivos recolhimentos obtidos por meio do Sistema INC – Informações do Contribuinte (Relação de DAEs).

A Decisão da JJF considerou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$70.499,46, após consignar que, com exceção das infrações 3 e 9, o sujeito passivo reconheceu e recolheu os valores exigidos, no montante principal de R\$70.499,46, acrescido de juros moratórios e multas, conforme extrato do SIGAT às fls. 430/436 dos autos, sendo tais exações procedentes. Em relação às infrações impugnadas, a JJF teceu as seguintes considerações:

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 14 (catorze) infrações conforme foi detalhadamente exposto no Relatório acima, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

As exigências fiscais estão relacionadas à cobrança de ICMS-ST em operações interestaduais, por força de Convênios e Protocolos firmados entre a Bahia e demais unidades federadas. O contribuinte autuado tem estabelecimento comercial localizado em Minas Gerais, no município de Uberlândia, e é inscrito no CAD-ICMS

da Bahia na condição de contribuinte substituto, sendo que à época da ocorrência dos fatos geradores, objeto do presente lançamento, era detentor de Regime Especial/Termo de Acordo para a retenção e recolhimento de ICMS das operações com mercadorias arroladas no Anexo 88, do Regulamento do imposto (RICMS).

[...]

A defendente impugnou a totalidade das infrações 03 e 09. Na infração 03 a cobrança do ICMS recaiu sobre as operações de entrada listadas no Anexo I da peça de lançamento (doc. fls. 11 a 50v.), ocorridas nos meses de maio/2012 a dezembro/2013. Foi exigido o ICMS - Substituição Tributária das operações de remessa do produto preservativo, por entender a autuante que o contribuinte deixou de atender aos mandamentos previstos no art. 264, inc. XXIII, do RICMS-BA, que estabelece a necessidade de informar nos documentos fiscais, em dados adicionais, o valor do ICMS desonerado nas respectivas operações.

Discordando desse lançamento, a defesa afirmou que todos os documentos fiscais listados no Anexo I do A.I., se referem a operações exclusivamente de transferências. Correspondem a Notas Fiscais emitidas com o CFOP 6152 de sua matriz sediada em MG, CNPJ nº 25.757.840/0001-24, para a sua filial em Vitória da Conquista, de CNPJ nº 25.757.840/0028-44, e que nenhuma das operações estão relacionadas a saídas para comercialização ou venda. Sustentou a inaplicabilidade do ICMS Substituição Tributária nas operações de transferências, visto que as saídas subsequentes estariam abrigadas pela norma de isenção prevista no art. 264, inciso XXIII, do RICMS-BA e no próprio Conv. ICMS 116/98. Acrescentou que a condição prevista na norma isentiva há que ser observada nas etapas subsequentes de saídas, ou seja, nas vendas realizadas no Estado da Bahia, não sendo plausível o Fisco des caracterizar o não atendimento das normas do art. 264 do RICMS-BA, nas operações de transferências das mercadorias promovidas pelo estabelecimento autuado, localizado no Estado de Minas Gerais.

Asseverou, ainda, que tanto a norma tributária do Estado da Bahia, posta no ordenamento, quanto o Regime Especial de Substituto Tributário do contribuinte, são omissos ou não elucidam o tratamento a ser dispensado para um produto, no caso, “preservativos”, cuja condicionante para aplicação da isenção (alíquota 0%) em operação interestadual ainda que de transferência, deve se fazer valer as regras tributárias internas da Bahia, regras estas válidas para a venda subsequentes dos mencionados produtos.

Destacou ainda que nos documentos fiscais de aquisição do produto junto ao fornecedor DKT do Brasil Produtos de Uso Pessoal Ltda, situado em São Paulo, não houve também destaque do ICMS, pois a operação se encontrava beneficiada pela isenção prevista no Conv. ICMS 116/98 e que, no caso em exame, não houve qualquer variação na base de cálculo entre as operações, de aquisição em São Paulo e posterior transferência para a filial da autuada, localizada na Bahia, sendo obedecidas as regras de fixação da base de cálculo previstas na Lei Complementar nº 87/96 (art. 13, § 4º, inc. I), com a utilização do preço da entrada mais recente no estabelecimento da matriz.

Para provar o alegado a defesa anexou planilha denominada “Notas Fiscais Aquisição Fornecedor DKT 2012 a 2013.xlsx”, Anexo 004 (fls. 316 a 324), bem como todos os 63 DANFEs que acobertaram a referida operação de aquisição, Anexo 005 (fls. 326 a 406), visando comprovar que o valor unitário aplicado na transferência foi o mesmo consignado na Nota Fiscal de aquisição do fornecedor.

Ressaltou, mais uma vez na peça defensiva, como informação relevante, que o preço unitário da aquisição é igual a preço unitário da transferência, conforme atestam os documentos carreados ao PAF. A título de exemplo, selecionou as duas últimas Notas Fiscais de transferências, emitidas no final do exercício de 2012 e 2013, evidenciando as informações declaradas e apresentadas nos arquivos denominados “Evidências”, espelhadas no Anexo 006, da impugnação, fls. 408/409, deste PAF (processo administrativo fiscal).

Com base nos fatos acima descritos, passo a decidir o mérito da infração 03.

A norma de isenção contida no RICMS-Ba (art. 264, inc. XXIII), é a abaixo transcrita:

“Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98);”

Essa norma do RICMS/2012 fundamenta-se nas disposições do Conv. ICMS 116/98, com o seguinte teor:

“Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH.

§ 1º O benefício fiscal previsto nesta cláusula fica condicionado a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal.”

Trata-se, portanto, de benefício condicionado, cujo objetivo ou finalidade foi possibilitar que o destinatário

final da mercadoria, ou seja, o consumidor final, adquirisse o produto sem sofrer a repercussão financeira do imposto incidente nas etapas anteriores de produção e circulação.

No caso concreto há dois fatos relevantes a serem considerados na solução dessa lide. Primeiro: as operações de aquisição do produto objeto da autuação foram realizadas ao amparo da isenção, prevista no Conv. ICMS 116/98, conforme comprovam as notas fiscais acostadas às fls. 326 a 406 do PAF (Anexo 005 da peça defesa). Segundo: as operações subsequentes de remessa do produto em transferência, do estabelecimento ora autuado, situado em MINAS GERAIS para sua filial localizada na Bahia (Vitória da Conquista), se deram também sob amparo da mesma isenção, com base de cálculo formada a partir do preço de entrada mais recente (preço de aquisição no fornecedor/fabricante), em conformidade com as disposições do art. 13, § 4º, inc. I, da LC nº 87/96, revelando, portanto que não houve inclusão do ICMS em nenhuma das etapas de circulação da mercadoria. Esse fato se encontra atestado nos documentos juntados, ainda que por amostragem, às fls. 408/409 (Anexo 006 da peça de defesa). Nenhuma das circunstâncias fáticas acima apontadas foram contraditas pela autuante na fase de informação fiscal (fls. 418 a 426). Em relação aos fatos provados documentalmente pela defesa não há, portanto, controvérsia.

Resta para exame deste colegiado as questões de direito. Diante do cenário exposto acima, o benefício condicionado da exclusão da parcela do imposto que seria devido na operação de venda de preservativos, prevista nas normas de isenção acima transcritas (RICMS/12 e Conv. ICMS 116/98), só pode ser avaliado quando da realização da operação de saída subsequente para as empresas de varejo ou diretamente nas vendas a consumidor final, destinatário efetivo do benefício da isenção do ICMS ora em exame.

Considerando as circunstâncias acima apontadas a ação fiscal deveria ter sido realizada para verificar o atendimento da condição exigida no art. 264, inc. XXIII, do RICMS-BA nas notas fiscais de vendas subsequentes do produto.

Plausível a alegação defensiva de que a avaliação do não atendimento das condições previstas no art. 264, inc. XXIII, para as operações com preservativos, não deve ser feita na operação de transferência, e tampouco na etapa de entrada das mercadorias, mas sim, na operação de venda subsequente, realizada pelo estabelecimento localizado no território baiano, visto que o benefício visa, precipuamente, desonerar do imposto o adquirente final do produto.

Logo, no tocante a acusação de falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST, de responsabilidade do estabelecimento remetente, localizado em Minas Gerais, a cobrança do imposto é indevida. Caberá à Inspetoria Fiscal verificar o atendimento dos requisitos para o gozo da isenção prevista no art. 264, inc. XXIII, do RICMS/12 em relação ao produto “preservativo” nas operações de saídas promovidas pelo estabelecimento da empresa Peixoto Comércio, Indústria, Serviços e Transportes S/A, localizada em Vitória da Conquista – Ba.

No tocante à infração 09, a autuante declarou que ao analisar as alegações contidas na peça defensiva de que houve a inserção de informações incorretas nas GNREs vinculadas à inscrição estadual de contribuinte interno (IE nº 052.649.482), ao invés da inscrição do contribuinte substituto (IE nº 038.450.091), procedeu à verificação no sistema INC – Informações do Contribuinte, na inscrição fornecida de sua filial em Vitória da Conquista - Ba.

Que a partir dessa consulta acerca da arrecadação do estabelecimento inscrito sob o nº 052.649.482, foi confirmada a informação de que no dia 21/11/2012 foram efetuados dois recolhimentos sob o código de receita 1.188 – ICMS Substituição Tributária – Apuração, cujo valor histórico foram, respectivamente, de R\$917,28 e R\$63.514,74, perfazendo com exatidão o valor reclamado na Infração 09, que é de R\$64.432,02.

Que a consulta também demonstrou que o estabelecimento filial neste Estado efetuou, no mês de novembro/2012, além dos recolhimentos citados acima aqueles concernentes às operações que realizou, conforme cotejamento com a Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, enviada eletronicamente pelo contribuinte.

Registrhou ainda que a GNRE, instituída pelo Ajuste SINIEF 11/97, é o documento a ser utilizado no recolhimento de tributos devidos à unidade federada diversa da do domicílio do contribuinte nas operações interestaduais, e que os números de controle 1205020654 e 1205020664 das guias apresentadas (doc. fls. 411 e 412) também coincidem com os registrados no sistema para os valores arrecadados, concluindo, então, que os valores reclamados no A.I. foram recolhidos, pois não se confundem com o imposto devido pela filial Bahia, recolhido sob os códigos de receita: 2.175 – ICMS – Antecipação Parcial e 759 – ICMS Regime Normal – Comércio, cujos valores perfazem os informados na respectiva DMA.

Diante do que foi exposto e considerando a revisão efetuada pelo próprio autuante, declaro ser indevida a cobrança no montante de R\$64.432,02, relacionada à infração 09.

Nosso voto, portanto, é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a exclusão do lançamento de ofício das infrações 03 e 09.

Conforme já foi ressaltado linhas acima, às fls. 430 a 436 deste PAF foram anexados relatórios do SIGAT,

sistema corporativo da SEFAZ-BA, comprovando o pagamento das parcelas relacionadas aos itens 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 10, 11, 12, 13 e 14, totalizando a cifra principal de R\$70.499,46, que acrescido de juros moratórios e multas, perfez o valor de R\$106.672,16. Esses itens da autuação foram expressamente reconhecidos pelo contribuinte e são procedentes. As parcelas recolhidas deverão ser objeto de homologação pela repartição fiscal de origem do processo.

Por fim, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, quanto às infrações 3 e 9, objeto do Recurso de Ofício interposto pela 5^a JJF, inerente ao Acórdão nº 0148-05/17.

A infração 3 exige ICMS-ST do recorrido, localizado no Estado de Minas Gerais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas de preservativos realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Conv. ICMS 76/94), sem a observância da condição prevista no inciso XXIII do art. 264 do RICMS/BA e no § 1º da cláusula primeira do Convênio ICMS 116/98, que estabelece a necessidade de informar nos documentos fiscais, em dados adicionais, o valor do ICMS desonerado nas respectivas operações.

Da análise das peças processuais, verifica-se que a exoneração da exigência decorreu do fato de restar comprovado que se tratam de operações exclusivas de transferências, sob CFOP 6152, da matriz para a filial, localizadas, respectivamente, nos Estados de Minas Gerais e Bahia.

O art. 264, inciso XXIII, do RICMS/BA prevê a isenção, nos termos a seguir:

“Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98);”

Já o Convênio ICMS 116/98, em seu parágrafo primeiro da cláusula primeira, consigna que:

“Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH.

§ 1º O benefício fiscal previsto nesta cláusula fica condicionado a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal.”

Portanto, trata-se de benefício condicionado, cujo objetivo ou finalidade é propiciar ao consumidor final um produto acessível financeiramente, isentando do imposto incidente nas etapas anteriores de produção e circulação, dentro de uma política educacional e de saúde pública.

Diante de tais considerações, é relevante para a solução da lide o quanto exposto na Decisão recorrida, a saber:

1. *as operações de aquisição do produto objeto da autuação foram realizadas ao amparo da isenção, prevista no Conv. ICMS 116/98, conforme comprovam as notas fiscais acostadas às fls. 326 a 406 do PAF (Anexo 005 da peça defesa).*
2. *as operações subsequentes de remessa do produto em transferência, do estabelecimento ora autuado, situado em MINAS GERAIS para sua filial localizada na Bahia (Vitória da Conquista), se deram também sob amparo da mesma isenção, com base de cálculo formada a partir do preço de entrada mais recente (preço de aquisição no fornecedor/fabricante), em conformidade com as disposições do art. 13, § 4º, inc. I, da LC nº 87/96, revelando, portanto que não houve inclusão do ICMS em nenhuma das etapas de circulação da mercadoria.*

Assim, diante de tais constatações, é indubitável a conclusão que se chegou a JJF de que, no presente caso, nas operações de transferências não incidiram tributação e, em consequência, nos preços constantes das operações de transferência da referida mercadoria não houve inclusão do

ICMS em nenhuma das etapas de circulação desde a operação de aquisição ao fabricante, razão de me anuir à Decisão recorrida que concluiu ser a cobrança do imposto indevida.

Quanto à infração 9, pela qual se exige do remetente, ora recorrido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o ICMS-ST retido e não recolhido de R\$64.432,02, evidenciado através do cotejamento entre as GIA-ST e os respectivos recolhimentos, conforme documentos às fls. 236 a 248, restou comprovado pela própria autuante que os valores reclamados foram recolhidos, confirmado as alegações de defesa de que “*houve a inserção de informações incorretas nas GNREs vinculadas à inscrição estadual de contribuinte interno (IE nº 052.649.482), ao invés da inscrição do contribuinte substituto (IE nº 038.450.091)*”.

Salienta a autoridade fiscal que tal fato foi confirmado ao verificar no sistema INC – Informações do Contribuinte que, na inscrição fornecida da filial de Vitória da Conquista, em 21/11/2012, foram efetuados dois recolhimentos sob o código de receita 1.188 – ICMS Substituição Tributária – Apuração, cujo valor histórico foram, respectivamente, de R\$917,28 e R\$63.514,74, perfazendo com exatidão o valor reclamado na infração 9 de R\$64.432,02, conforme GNRE, às fls. 411 e 412 dos autos,

Também, segundo a autuante, a conclusão acima foi corroborada pelo fato de o estabelecimento filial, no mês de novembro/2012, além dos recolhimentos citados acima, efetuou aqueles concernentes às operações que realizou, conforme cotejamento com a Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA.

Diante de tais constatações, me alinho à Decisão recorrida de que é insubsistente a infração 9.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 275290.3001/16-9, lavrado contra **PEIXOTO COMÉRCIO, INDÚSTRIA, SERVIÇOS E TRANSPORTES S/A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.499,46**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2019.

RUBENS SOARES BEZERRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS