

PROCESSO - A. I. Nº 282219.0001/17-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GOODYEAR DO BRASIL PRODUTOS DE BORRACHA LTDA.
RECORRIDOS - GOODYEAR DO BRASIL PRODUTOS DE BORRACHA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0039-04/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/05/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0076-11/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO. VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NA BAHIA. **a)** RETENÇÃO EFETUADA A MENOS. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Corrigida parte dos equívocos apontados pelo impugnante nos demonstrativos de apuração das infrações. Indeferido pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 4ª JJF ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi inicialmente imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada, com base no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2017 exige ICMS no valor de R\$134.883,61, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – 08.17.01 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$73.735,70, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de julho a setembro, novembro e dezembro de 2015, fevereiro, julho, setembro e outubro de 2016. Multa de 150%

Após a devida instrução processual, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial, por unanimidade, pelos seguintes fundamentos abaixo colecionados:

VOTO

O presente Auto de Infração acusa o contribuinte de não proceder a retenção do ICMS (Infração 01) e reter a menor (infração 02), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Inicialmente, 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.

O contribuinte apresentou defesa afirmando que tem como atividade principal a produção e comercialização de todos os tipos de pneus, portanto, de acordo com o disposto no Convênio ICMS 85/93, de fato é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS nas operações interestaduais com pneumáticos, câmara de ar e protetores de borrachas, na qualidade de substituta tributária.

Ressalta porém, que foram incluídas indevidamente as seguintes operações:

a) vendas destinadas às empresas Ferreira Costa e Cia Ltda (Ferreira Costa) e Nog Ferragens e Materiais para Construção e Representações Ltda(Nog Ferragens) que, no período objeto da autuação, contavam com Regimes Especiais concedidos por esta Secretaria da Fazenda, que expressamente deslocavam para si a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição.

b) operações destinadas a consumidor final, no caso a empresa Martins Comércio e Serviços de Distribuição

S.A., pois a mesma não comercializa pneus para veículos automotores;

c) cobrança sobre notas fiscais complementares de ICMS próprio, emitidas após ter constatado recolhimento a menor do imposto devido em operações anteriores;

d) notas fiscais de devolução.

Na informação fiscal, o autuante reconhece a existência do termo de Acordo para a empresa Ferreira Costa e Cia, celebrado em 12/07/2016, conforme cópia acostada ao processo. Quanto à empresa Nog Ferragens e Materiais de Construção e representação Ltda. diz que o Regime Especial diz respeito exclusivamente a "Materiais de Construção", não alcançando os pneumáticos.

Acata os argumentos defensivos em relação à empresa Martins Comércio e Serviços de Distribuição S.A e todas as notas fiscais de complemento de ICMS.

Elabora novos demonstrativos alterando os valores das infrações.

Concordo com as exclusões efetuadas pelo autuante, pois de fato restou comprovado a inclusão indevida de operações destinadas a consumidor final; notas fiscais complementares de ICMS próprio e notas fiscais de devolução.

Também concordo com as exclusões relativas às operações da empresa Ferreira Costa & Cia Ltda. em razão da existência de Termo de Acordo celebrado entre esta SEFAZ e a referida empresa onde de acordo com o disposto na cláusula primeira do referido Termo, fl. 87, a mesma foi habilitada como beneficiária do tratamento tributário previsto no art. 7º B, do Decreto 7.7799 de 09 de maio de 2000 e neste caso engloba todos os recebimentos de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme se verifica da leitura do referido dispositivo legal:

"Art.7º-B Nos recebimentos de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, o estabelecimento comercial atacadista ou central de distribuição, na qualidade de responsável pela antecipação tributária na entrada neste Estado ou nas hipóteses em que acordo interestadual permita o deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário, poderá, mediante concessão de regime especial, ficar responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequentes."

Em relação à empresa Nog Ferragens e Materiais de Construção e representação Ltda, comungo com o entendimento do autuante de que deva ser mantida a exigência, pois apesar da existência de Termo de Acordo, foi registrado na sua cláusula primeira, fl 90, que: A ACORDANTE fica, na forma prevista pelo caput do art. 7º-B do Decreto 7.799/2000, autorizada a efetuar a retenção e recolhimento do ICMS nas operações internas subsequentes inclusive para as suas filiais, com materiais de construções adquiridos neste Estado ou em outras unidades da Federação, ficando o remetente dispensado da retenção, ainda que previsto em acordo interestadual".

Neste caso, conclui-se que o deslocamento da responsabilidade da retenção e recolhimento do ICMS por substituição é exclusivo para materiais de construção, não alcançando os pneumáticos.

Assim julgo procedente em parte as infrações 01 e 02 no valor de R\$3.654,15 e R\$53.777,10, respectivamente, conforme demonstrado na planilha de fl. 201, elaborada pelo autuante.

No que diz respeito ao pedido de redução da multa imposta de 150%, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, de acordo com os artigos 158, do RPAF/BA.

Quanto à solicitação do impugnante para que seja viabilizado o pagamento dos débitos por ela reconhecidos com a redução da multa em 70% conforme disposto no artigo 45, inciso I, da Lei 7.014/96, esclareço que este é um benefício que deve ser apreciado na esfera administrativa em função da data do pagamento do débito, conforme disposto no mencionado dispositivo legal, circunstância esta expressamente destacada no próprio Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$57.431,25.

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, a referida Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF.

Inconformado com o remanescente, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, alegando os seguintes argumentos:

Inicialmente alega a tempestividade recursal e tece um breve relato dos fatos.

No mérito, informa que a 4ª Turma de Julgamento Fiscal do CONSEF manteve a cobrança relacionada à falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST nas vendas destinadas à empresa Nog

Ferragens, por entender que o deslocamento da responsabilidade nesse caso é exclusivo para materiais de construção, não alcançando os pneumáticos.

Aduz que, conforme demonstrado na Defesa, no período objeto da autuação, essa empresa contava com Regime Especial concedido pela própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (“SEFAZ/BA”) que expressamente deslocava para si a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

Salienta que a Nog Ferragens é empresa dedicada à comercialização e distribuição de materiais de construção e, deste modo, está contemplada pelo Decreto nº 7.799, de 9.5.2000 (“Decreto 7.799/00”), o qual prevê a possibilidade de concessão de Regime Especial que, no recebimento de mercadorias procedentes de outras unidades da federação sujeitas ao regime de substituição tributária, atribua ao adquirente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto (art. 7 – B).

Afirma que, em conformidade com a regra contida no artigo 7º - B do Decreto nº 7.799/00, a Nog Ferragens contava, no período relacionado às operações autuadas, com Regime Especial que lhe atribuía a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, dispensando, consequentemente, a Recorrente de efetuar a referida retenção. No intuito de comprovar, a Recorrente anexou à Defesa cópia do (i) Termos de Acordo entre a SEFAZ/BA e a Nog Ferragens, os quais dispensam o remetente (tal qual a Recorrente) do recolhimento e retenção do ICMS-ST; e (ii) exemplo de Nota Fiscal emitida pela Recorrente para a Nog Ferragens, onde consta a observação de que o ICMS-ST é atribuído ao atacadista ou distribuidor situado no Estado da Bahia, na condição de substituto tributário (docs. 7/9).

Aponta que a 4ª Junta de Julgamento Fiscal desse Egrégio CONSEF, em situação bastante semelhante à discutida no presente caso, entendeu que a existência de regime especial que atribui ao estabelecimento destinatário a responsabilidade pela retenção do ICMS-ST torna inexigível a cobrança do remetente:

“EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que o Protocolo ICMS 104/2009 prevê a não retenção do imposto nas operações interestaduais destinadas a contribuintes que possuam regime especial, e também que o destinatário das mercadorias possuía regime especial, fato que descaracteriza o ilícito. Infração improcedente. Indeferido o pleito de diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.”

(CONSEF, 4ª JF, Acórdão 0241-04/12, data de julgamento 28.9.2012)

Destaca trecho do voto proferido pelo I. Relator Paulo Danilo Reis Lopes, acolhido por unanimidade, o qual entendeu pela descaracterização do ilícito tributário pelo estabelecimento autuado diante da existência de regime especial atribuído ao adquirente:

“No mérito, o Auto de Infração exige o tributo em decorrência de falta de retenção e recolhimento. O impugnante alegou que o estabelecimento destinatário das mercadorias possuía Regime Especial, motivo pelo qual não procedeu à retenção prevista nos Protocolos 104/2009 e 26/2010.

(...)

Por sua vez, com relação à operação de venda das mercadorias objeto da autuação, o estabelecimento destinatário é possuidor de Regime Especial que dispensa a retenção do imposto devido por substituição por parte do estabelecimento autuado, ficando, portanto, descaracterizado o ilícito apontado no lançamento de ofício. Infração descaracterizada. Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Assim, assevera que nas operações interestaduais destinadas à empresa Nog Ferragens não há que se falar em falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST nessas operações.

Segue argumentando o caráter confiscatório da multa aplicada quanto à infração 1 e, por fim, requer seja DADO INTEGRAL PROVIMENTO a este Recurso Voluntário, para que o acórdão recorrido seja PARCIALMENTE REFORMADO e, consequentemente, o Auto de Infração nº 2822190001/17-0 seja julgado parcialmente IMPROCEDENTE, com a consequente extinção parcial

do crédito tributário correlato e redução da penalidade imposta à Recorrente.

Posteriormente, a Recorrente anexa DAE comprovando o pagamento parcial do débito objeto desses autos (referente ao valor mantido na decisão de primeira instância), no âmbito do Programa de Redução de multas e acréscimos moratórios relacionados a débitos tributários no ICMS, instituído pela Lei nº 14.016/18, tendo optado pelo pagamento à vista (fls. 263/266). O valor pago foi no montante de R\$63.867,59.

VOTO

A autuação imputa ao contribuinte o cometimento de duas infrações, quais sejam:

Infração 01 – 08.17.01 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$73.735,70, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de julho a setembro, novembro e dezembro de 2015, fevereiro, julho, setembro e outubro de 2016. Multa de 150%

Infração 02 – 08.17.02 – Procedeu a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$61.147,91, e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no estado da Bahia, nos meses de janeiro a julho, setembro a novembro de 2014, setembro e outubro de 2016. Multa de 60%.

Em virtude da desoneração sofrida, cabe-nos analisar o Recurso de Ofício.

A autuação, após apresentação da defesa, em sede de informação fiscal, verificou que havia incorrido em equívocos quanto a algumas operações que não deveriam estar no levantamento realizado, quais sejam: a) vendas destinadas à empresa Ferreira Costa e Cia Ltda. (Ferreira Costa) que, no período objeto da autuação, contava com Regime Especial concedido por esta Secretaria da Fazenda, que expressamente deslocava para si a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição; b) operações destinadas à consumidor final, no caso a empresa Martins Comércio e Serviços de Distribuição S.A., pois a mesma não comercializa pneus para veículos automotores; c) cobrança sobre notas fiscais complementares de ICMS próprio, emitidas após ter constatado recolhimento a menor do imposto devido em operações anteriores; e d) notas fiscais de devolução.

Assim, após proceder acertadamente com a revisão fiscal, as infrações 01 e 02 foram ajustadas para o valor de R\$3.654,15 e R\$53.777,10, respectivamente, conforme demonstrado na planilha de fl. 201.

Vislumbro que as reduções realizadas ocorreram após verificação pela própria autuação de que certas operações não deveriam compor o Auto de Infração, sendo que o contribuinte trouxe provas documentais para comprovar o alegado, motivo pelo qual entendo que o procedimento revisional cumpriu com a verdade material dos fatos.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, a recorrente insurge-se contra a manutenção da autuação no pertinente a empresa Nog Ferragens, por entender que no período objeto da autuação, essa empresa contava com Regime Especial concedido pela própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (“SEFAZ/BA”) que expressamente deslocava para si a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

Ocorre que não merece qualquer reparo a decisão de piso recorrida, uma vez que, da análise do Termo de Acordo celebrado entre o Estado e a empresa Nog, denota-se claramente na sua Cláusula Primeira, que o deslocamento em comento, ao contrário do concedido à empresa Ferreira Costa, especifica tão somente “materiais de construção”, não alcançando os pneumáticos, mercadoria produzida pela recorrente.

Consta na referida Cláusula a seguinte disposição:

“A ACORDANTE fica, na forma prevista pelo caput do art. 7º-B do Decreto 7.799/2000, autorizada a efetuar a retenção e recolhimento do ICMS nas operações internas subsequentes inclusive para as suas filiais, com materiais de construções adquiridos neste Estado ou em outras unidades da Federação, ficando o remetente dispensado da retenção, ainda que previsto em acordo interestadual”.

Quanto ao pedido de redução da multa aplicada, sendo esta referente a descumprimento de obrigação principal (pagamento do imposto), este Colegiado não tem competência para reduzir/cancelar o valor imputado pela própria legislação estadual.

Quanto aos valores reconhecidos e pagos pelo contribuinte, os mesmos devem ser homologados.

Assim, pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **282219.0001/17-0**, lavrado contra **GOODYEAR DO BRASIL PRODUTOS DE BORRACHA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$57.431,25**, acrescido das multas de 150% no valor de R\$3.654,15 e 60% sobre R\$53.777,10, previstas no art. 42, incisos V, “a” e II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

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