

PROCESSO	- A. I. N° 206912.0003/17-0
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MONDELEZ BRASIL LTDA.
RECORRIDOS	- MONDELEZ BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0008-02/18
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 22/05/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0096-12/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. O Autuado comprovou que foram efetuadas devoluções das mercadorias, elidindo a acusação. 2. FALTA DE RETENÇÃO. Acusação elidida em parte mediante comprovação da emissão de notas fiscais complementares e o consequente recolhimento do imposto e pela concessão de Termo de Acordo para deslocamento da responsabilidade pela retenção e recolhimento para um dos destinatários. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpuestos em face da Decisão primária que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 15/03/2017, formalizando a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$105.541,76, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01 - 08.34.01 - Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta que os valores foram lançados com base no Quadro Resumo - Demonstrativo de Débito e Relatórios Analíticos das operações contidas em cada Nota Fiscal, documentos apensados ao presente processo. Infração apurada nos meses de abril de 2013, janeiro e agosto de 2014, no valor de R\$ 43.461,15, sendo aplicada a multa de 150%, prevista no Art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 08.34.03 - 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. Consta que os valores foram lançados com base no Quadro Resumo - Demonstrativo de Débito e Relatórios Analíticos das operações contidas em cada Nota Fiscal, documentos apensados ao presente processo. Infração apurada nos meses de junho a dezembro de 2016, no valor de R\$ 62.080,61, sendo aplicada a multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 2ª JJF decidiu, por unanimidade de votos, que é Procedente em Parte o Auto de Infração, tendo julgado improcedente a infração 1 e parcialmente procedente a infração 2, conforme transcrição do voto condutor, *in verbis*:

VOTO

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação (fls. 23 e 24).

Verifico que, na autuação decidida pelo Acórdão JJF nº 0205-04/17, as duas infrações foram reunidas em uma só, o que não ocorreu neste Auto de Infração. Além disso, conforme disposto no §2º do Art. 18 do RPAF/99, não deve ser declarada a nulidade se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.

Diante do exposto, afasto o requerimento de nulidade.

Rejeito o pedido de diligência, nos termos do Art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para formar a minha convicção.

Na Infração 01, verifico que a lide se desenvolve em relação às devoluções de mercadorias, tendo o Autuado alegado que não foram consideradas todas as devoluções ocorridas a cada mês e apresentado cópia das notas fiscais de devolução enquanto os Autuantes afirmaram que consideraram todas as notas de devolução.

Analisando as notas fiscais acostadas, constato que assiste razão ao Autuado. Não foram consideradas no levantamento todas as notas fiscais de venda nem todas as notas fiscais de devolução, sejam emitidas pelos clientes ou pelo próprio Autuado. Os registros do Sintegra e da GIA-ST corroboram os valores indicados pelo Autuado.

Entendo que não importa a data de emissão da nota fiscal de devolução nem o período que a nota fiscal de venda ora devolvida foi emitida, o abatimento do imposto referente às devoluções deve ser efetuado na apuração do mês em que a nota fiscal de devolução ou a nota fiscal de entrada foi registrada na escrita fiscal.

Por exemplo, se a nota fiscal de devolução foi registrada na escrita fiscal no mês de abril, deve ser resarcido o imposto neste mês, não importando se sua emissão foi efetuada em mês anterior, bem como se a nota fiscal de venda das mercadorias ora devolvidas foi registrada em mês anterior.

Diante do exposto, a Infração 01 é improcedente.

No tocante à Infração 02, os Autuantes reconheceram que o Autuado emitiu notas fiscais complementares e efetuou o recolhimento do imposto devido pela emissão das notas fiscais nº 104.497, 105.067, 105.068, 106.184, 106.185, 109.070 e 109.118.

Também reconheceram que não é devido o imposto nas saídas destinadas à empresa Lojas Le Biscuit S/A, em função de possuir Termo de Acordo para deslocamento da responsabilidade pela retenção e recolhimento para a mesma, conforme Processo SIPRO nº 201935/2014-4 (fls. 3.586 e 3.587).

Entretanto, os Autuantes sustentaram que a empresa Vitória Atacadista de Alimentos Ltda. não possui autorização semelhante, conforme alegado pelo Autuado, acostando o parecer final do Processo SIPRO nº 154618/2008-8 (fls. 3.588 e 3.589) para provar sua tese.

Verifico que o referido Termo de Acordo não autoriza o deslocamento da responsabilidade pela retenção e recolhimento para a empresa Vitória Atacadista de Alimentos Ltda., mas apenas concede a redução de base de cálculo do ICMS. Embora ambos os benefícios sejam autorizados pelo Decreto nº 7.799/00, a concessão de cada um depende de autorização expressa no Termo de Acordo.

Observo que não foi efetuada nenhuma impugnação quanto à venda efetuada à empresa Estrelas Comercial de GLP, mediante a nota fiscal nº 109.037. Contudo, verifico que este lançamento não consta no demonstrativo que deu origem ao Auto de Infração. Neste diapasão, não há como imputar ao contribuinte a nova exigência após a lavratura do Auto de Infração, somente através de nova ação fiscal.

Sendo assim, a Infração 02 é procedente em parte no valor total de R\$ 2.535,14, relativo às saídas destinadas à empresa Vitória Atacadista de Alimentos Ltda., conforme demonstrativo abaixo:

Data de Ocorrência	Valor Histórico após Julgamento
30/06/2016	R\$ 0,00
31/07/2016	R\$ 0,00
31/08/2016	R\$321,62
30/09/2016	R\$ 0,00
31/10/2016	R\$786,11
30/11/2016	R\$ 1.084,65
31/12/2016	R\$342,76
Total	R\$ 2.535,14

Por fim, o pedido da redução da multa aplicada relativa a obrigação principal foge à competência desta Junta por falta de previsão normativa. Quanto às alegações de constitucionalidade da multa aplicada, devo dizer que não cabe a este órgão administrativo julgar tais questões, mas tão somente efetuar o controle de legalidade, nos termos do Art. 167, I, do RPAF/99, e é certo que as multas aplicadas se encontram dentro da ordem legal vigente, nos termos da Lei nº 7.014/96, conforme se infere da capitulação legal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Devidamente intimado, o Contribuinte interpõe Recurso Voluntário e, de plano, aduz que a Decisão de piso merece reforma quanto à infração 2, pois, "...tendo a VITORIA ATACADISTA realizado o pagamento integral do ICMS devido na operação realizada com a RECORRENTE, inexiste prejuízo ao erário público que justifique a manutenção da exação aplicada, independentemente das disposições do Termo de Acordo".

Insistindo na tese, afirma que no caso dos autos, a VITORIA ATACADISTA teria adimplido o crédito tributário exigido pelo Fisco da Bahia, devendo ocorrer a sua extinção por força do pagamento. Diz que do contrário, ignorar o fato de o crédito tributário estar satisfeito, implicaria na cobrança de tributo em duplicidade. Cita o art. 6º, da Lei 7.014/96.

Por fim, pugna pelo provimento do seu Recurso Voluntário, para que seja reformada a decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, para cancelar o lançamento realizado em relação às operações de comercialização de mercadorias com a empresa VITORIA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA., em face da demonstração do integral pagamento dos débitos de ICMS-ST relativos a tais operações.

VOTO

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário, a rigor do art. 169 do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, o primeiro para o necessário reexame da desoneração concedida ao Contribuinte e o segundo, tempestivo, com o propósito de o Sujeito Passivo se desobrigar do pagamento do imposto remanescente do valor exigido no presente Auto de Infração.

Preliminarmente devo destacar que o Conselheiro Marcello Mattedi e Silva, tendo em vista ter participado do Julgamento do Acórdão ora recorrido declarou-se impedido de participar desta sessão.

Em relação ao Recurso de Ofício, verifico que decorre da desoneração parcial relativa às seguintes infrações:

Infração 01 - 08.34.01 - Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta que os valores foram lançados com base no Quadro Resumo - Demonstrativo de Débito e Relatórios Analíticos das operações contidas em cada Nota Fiscal, documentos apensados ao presente processo. Infração apurada nos meses de abril de 2013, janeiro e agosto de 2014, no valor de R\$ 43.461,15, sendo aplicada a multa de 150%, prevista no Art. 42, V, "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 08.34.03 - 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. Consta que os valores foram lançados com base no Quadro Resumo - Demonstrativo de Débito e Relatórios Analíticos das operações contidas em cada Nota Fiscal, documentos apensados ao presente processo. Infração apurada nos meses de junho a dezembro de 2016, no valor de R\$ 62.080,61, sendo aplicada a multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96.

Da análise dos autos, constato que não há reparo a se fazer na decisão de piso, vez que resta constatado que essa redução da autuação em lide, decorreu da correta revisão efetuada pelo Julgador que resultou na determinação da Improcedente a Infração 01 e de Parcialmente Procedente a 02, esta decorrente da Informação Fiscal, diante das seguintes considerações:

Em relação à Infração 01, o revisor verificou que as notas fiscais objeto da autuação de falta de recolhimento do ICMS retido, as quais foram acostadas pelo Contribuinte, eram referentes a devoluções de mercadorias e não consideradas no levantamento realizado pelo Autuante, conforme o seguinte excerto do seu Voto:

"Analizando as notas fiscais acostadas, constato que assiste razão ao Autuado. Não foram consideradas no levantamento todas as notas fiscais de venda nem todas as notas fiscais de devolução, sejam emitidas pelos clientes ou pelo próprio Autuado. Os registros do Sintegra e da GIA-ST corroboram os valores indicados pelo Autuado.

Entendo que não importa a data de emissão da nota fiscal de devolução nem o período que a nota fiscal de venda verificou a ora devolvida foi emitida, o abatimento do imposto referente às devoluções deve ser efetuado na apuração do mês em que a nota fiscal de devolução ou a nota fiscal de entrada foi registrada na escrita fiscal."

Por exemplo, se a nota fiscal de devolução foi registrada na escrita fiscal no mês de abril, deve ser resarcido o imposto neste mês, não importando se sua emissão foi efetuada em mês anterior, bem como se a nota fiscal de venda das mercadorias ora devolvidas foi registrada em mês anterior."

Restando assim demonstrada a Improcedência da Infração 01.

Quanto a Infração 02, pode-se verificar que sua redução parcial decorre de revisão efetuada pelos próprios Autuantes ao reconhecer que o Contribuinte, em notas fiscais complementares, havia efetuado o recolhimento de parte do imposto objeto da autuação.

Diante do resultado da Informação Fiscal, devidamente avaliada pelo Julgador de piso que, inclusive, constatou a possibilidade de, em nova autuação, ser incluída determinada nota fiscal que não fora objeto da presente autuação, a Infração restou julgada Procedente em Parte no valor de R\$2.535,14.

Portanto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado.

Quanto ao Recurso Voluntário a tese recursal tem foco no fato de que não caberia a exigência fiscal relativa às operações que envolvem a comercialização de mercadorias para a empresa VITORIA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA., entendido que a referida empresa teria efetuado o pagamento do ICMS relativo às operações em comento.

Pois bem, em que pese o argumento de que o Estado da Bahia não teria sido prejudicado nas operações com a empresa VITORIA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA., percebo que o foco da discussão, em verdade, é a possibilidade da transferência de responsabilidade pelo recolhimento do tributo nas ditas operações, aí entendido que tal transferência requer o atendimento de formalidades legais.

Sem maior esforço, se verifica que, à luz da mesma tese, em sede de revisão fiscal, os autuantes reconheceram ser improcedente a cobrança de ICMS sobre as operações de saída destinadas à empresa LOJAS LE BISCUIT S/A, o que se deve ao fato de que a dita empresa é signatária de Termo de Acordo que autoriza o deslocamento para si a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo.

Já para as operações que envolvem a empresa VITÓRIA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA, a verdade é outra, ou seja, não há Termo de Acordo que autorize o deslocamento da responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo para a dita empresa, certo que o Termo de Acordo existente apenas concede a redução de base de cálculo do ICMS.

Assim, mesmo que haja recolhimento de ICMS para as operações em comento, não é possível, à luz da legislação, imputar improcedência da cobrança para as operações que envolvem a empresa VITÓRIA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA., caso em que apenas seria possível reaver o ICMS pago anteriormente, em autos próprios de restituição de indébito.

Pelo exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo hígida a decisão que julgou procedente em parte o Auto de Infração para exigir do Recorrente imposto no valor total de R\$2.535,14.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 206912.0003/17-0, lavrado contra MONDELEZ BRASIL LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$2.535,14, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das sessões do CONSEF, 1º de abril de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS