

PROCESSO - A. I. Nº 269200.0008/18-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NORSÁ REFRIGERANTES S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0189-01/19
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0207-12/20-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Remessas interestaduais efetuadas de estabelecimento atacadista da mesma empresa, com produtos produzidos por terceiros, com retenção do ICMS. Hipótese não contemplada nas exclusões de responsabilidade pela retenção do ICMS pelo remetente, estabelecidas no § 8º, do art. 8º da Lei nº 7.014/96. Autuado não estava obrigado a efetuar nova tributação nas saídas subsequentes com esses produtos. Mantida a decisão de primeiro grau. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos em questão, de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF), deste Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), em face do Acórdão em epígrafe, de sua própria lavra, que concluíra pela improcedência da autuação, ao reconhecer que o Autuado demonstrou suficientemente que todas as mercadorias objeto da autuação haviam sido submetidas à retenção do ICMS na origem, não sendo cabível a exigência do ICMS-ST nas saídas internas.

O Autuado, ora Recorrido, se viu com isso desonerado ao tempo da prolação da decisão do montante de R\$944.257,59 (fl. 157).

O Auto de Infração fora lavrado em 05/07/2018 e notificado ao Autuado em 18/07/2018. A única acusação de que o mesmo cuida, atinente a períodos de apuração de set/2015 a dez/2017, foi a seguinte:

Infração 01 – 02.01.03

Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Contribuinte deu saídas internas de mercadorias sujeitas à substituição tributária (cervejas, isotônicos e energéticos), na qualidade de sujeito passivo por retenção, sem destaque tanto do ICMS normal quanto do antecipado no documento fiscal de saída, sob a alegação de ter retido o imposto em fase anterior. Vide demonstrativos ANEXO-04A, ANEXO-04B e ANEXO-04C.

(...)

Enquadramento Legal: Art. 2º, inciso I; e art. 32 da Lei 7.014/96 C/C art. 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Multa Aplicada: Art. 42, inciso III da Lei 7.014/96.

Afirmou a 4ª JJF que, com efeito, a Infração foi elidida, consoante fundamentação a seguir transcrita:

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração consiste na exigência de ICMS sobre as saídas de cervejas, isotônicos e energéticos

realizadas pelo autuado sem o destaque do ICMS. Apesar de serem mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, alega o autuante que as aquisições interestaduais não deveriam ter sido objeto de retenção pelo remetente, pois tratavam-se de estabelecimento atacadista da mesma empresa, com base no inciso I do § 8º do art. 8º da Lei nº 7.014/96. Assim, exige ICMS com base na obrigatoriedade do autuado em realizar nova tributação na saída subsequente.

O inciso do § 8º, do art. 8º da Lei nº 7.014/96 assim dispõe:

§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto 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;

O disposto no inciso I, do § 8º, do art. 8º da Lei nº 7.014/96 impede a retenção do ICMS de um produto fabricado pela empresa quando transferido para outro estabelecimento, ainda que a operação tenha sido entre dois estabelecimentos atacadistas. Por outro lado, as transferências entre estabelecimentos atacadistas de uma mesma empresa com produtos fabricados por outras empresas não estariam enquadradas nesta regra impeditiva da condição de substituto tributário ao remetente.

De acordo com os arquivos analíticos das saídas realizadas pelo autuado, objeto da autuação, em CD à fl. 12, todas as saídas foram registradas com CFOP 5405 que consiste em venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído.

Pela declaração do autuado, as mercadorias não teriam sido fabricadas pela empresa, ainda que em outro estabelecimento diverso do remetente. Da análise da descrição das mercadorias no referido arquivo, observo que, em quase sua totalidade, trata-se de cervejas Heineken, Sol Premium, Bavária, e Kaiser, energético Burn e isotônico Powerade. De fato, em consulta pela internet, verifiquei que as referidas cervejas são produzidas pela empresa Cervejarias Kaiser Brasil S/A. Já o energético BURN e o isotônico Powerade são produzidos pela empresa LEÃO ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.

Desse modo, não há como desconsiderar a condição de responsável por substituição tributária ao remetente de mercadorias produzidas por terceiros nas transferências entre estabelecimentos atacadistas da mesma empresa, conforme efetivamente ocorrido como demonstrado nos documentos, às fls. 67 a 141. Tal operação não se enquadra nas hipóteses de exclusão da obrigatoriedade de retenção do imposto estabelecida no § 8º, do art. 8º da Lei nº 7.014/96, não estando, portanto, o autuado obrigado a realizar nova tributação nas saídas subsequentes com esses produtos.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Foi interposto Recurso de Ofício.

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos em 27/04/2020, e por considerá-los devidamente instruídos solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 27/05/2020, para julgamento.

Fez presente o advogado, na sessão de videoconferência, Dr. Alexandre Albuquerque para fazer sustentação oral dos fatos da recorrente.

VOTO

O Recurso de Ofício é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF/99), por isso dele conheço.

A lide demanda avaliar se agiu com acerto a 1ª JF, ao afastar a acusação fiscal, de não tributar o ora Recorrido a saída de certas mercadorias (sujeitas ao regime de antecipação), tendo por premissa a circunstância fática de que essas mercadorias não são de fabricação da Recorrida ou de outros estabelecimentos do grupo (fato incontroverso), o que afastaria, uma vez incidente, a regra de substituição com encerramento da fase de tributação, o dever de tributar nas saídas subsequentes.

Restou incontroverso que as operações se realizaram do seguinte modo: a) anteriormente, o Recorrido recebeu mercadorias sujeitas à substituição tributária, tendo evidenciado o

recolhimento do ICMS nessa etapa anterior; b) o Recorrido não industrializa as mercadorias (em qualquer dos seus estabelecimentos), limitando-se a adquiri-las para revenda (vindas de outras Unidades da Federação, por meio de filiais suas atacadistas); c) figurando como parte substituída, não se aplica na hipótese a regra do art. 8º, § 8º da Lei nº 7.014/96, desobrigando-o a reter ICMS-ST nas saídas subsequentes.

Nada vejo a acrescentar à decisão de piso, sendo certo que entendimento diverso, como bem recordou o Recorrido em sede de defesa, para além de desvirtuar o instituto da substituição tributária, podendo configurar *bis in idem*, implicaria inobservância dos Protocolos ICMS 10 e 11, ambos de 1992.

Ante o exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do 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 interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269200.0008/18-5**, lavrado contra **NORSA REFRIGERANTES S. A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS SALAU – REPR. DA PGE/PROFIS