

PROCESSO - A. I. Nº 298624.0013/20-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RED BULL DO BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0049-01/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/02/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0390-12/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO SITUADO EM OUTRO ESTADO. Não cabe a exigência de retenção e recolhimento do ICMS-ST, quando as mercadorias enquadradas no regime sejam destinadas a contribuinte signatário de Termo de Acordo. A autuada reconheceu ter incorrido na infração, quando deixou de efetuar a retenção e o consequente recolhimento do ICMS-ST, quando cabível. Na Informação Fiscal foram refeitos os cálculos no tocante ao levantamento referente às vendas realizadas pelo autuado, destinadas a pessoas físicas, não contribuinte do imposto, com fundamento na Emenda Constitucional nº 87/15. Impossibilidade de refazimento dos cálculos, por implicar em mudança do fulcro da autuação. Infração. Infração parcialmente reconhecida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal em razão da decisão, conforme Acórdão JJF nº 0049-01/21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 13/05/2020, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$ 344.458,99, acrescido de multa de 60%, em decorrência da constatação do cometimento pelo contribuinte de uma única infração, descrita a seguir:

***Infração 01 – 08.07.03:** Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.*

Os fatos foram apurados nos períodos de maio, agosto, novembro, dezembro de 2017, fevereiro a abril, junho a dezembro de 2018, janeiro, março, julho, agosto e novembro de 2019. A autuada, notificada em 22/06/2020, por seus advogados apresentou defesa administrativa, fls. 14 a 24, um dos autuantes prestou a informação fiscal, e, concluída a instrução processual a 1ª Junta de Julgamento Fiscal em regular sessão de julgamento, apreciou a lide em 26/03/2021, fls. 90 a 93 e decidiu unanimemente pela Procedência Parcial do lançamento, tendo o Acórdão se fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

A acusação fiscal é de que o autuado deixou de proceder a retenção do ICMS, e consequentemente, o recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado, estabelecido no Estado de Santa Catarina, é inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS no Estado da Bahia sob o nº. 077.339.726, na condição de “SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO-CS”, situação na qual, nas operações interestaduais de saídas de bebidas energéticas destinadas a adquirentes localizados no Estado da Bahia, deve reter e recolher o imposto.

Observe que os autuantes, quando da Informação Fiscal, refutaram a alegação defensiva atinente à empresa Lutan Distribuidora de Alimentos Ltda., afirmando que a autuação está correta, haja vista que não há retenção nem Termo de Acordo, assim como nenhum documento que comprove o contrário nos autos.

No tocante à exigência fiscal referente à empresa Lutan Distribuidora de Alimentos Ltda., apesar de na peça de Defesa o autuado ter consignado o seu inconformismo quanto à autuação, em momento posterior reconheceu

assistir razão aos autuantes, tendo inclusive efetuado o pagamento do valor exigido, conforme comprovante de recolhimento acostado aos autos.

Quanto à alegação defensiva atinente à empresa Cabral & Souza Ltda., CNPJ nº. 14.273.817/0002-29, os autuantes reconheceram assistir razão ao autuado, em face de terem confirmado que referida empresa é signatária de Termo de Acordo, situação que afasta a obrigatoriedade do autuado de proceder a retenção e recolhimento do imposto, nas remessas efetuadas para referida empresa.

Relevante observar, que as notas fiscais arroladas na autuação, em sua maioria absoluta, tiveram como destino a empresa Cabral & Souza Ltda., CNPJ Nº. 14.273.817/0002-29, inclusive com os maiores valores exigidos.

No que concerne às vendas para consumidores finais, os autuantes consignaram na Informação Fiscal, que considerando a Emenda Constitucional 87/2015, refizeram os cálculos, em conformidade com o art. 4º e 17 da Lei nº 7.014/96, reduzindo o valor do lançamento, conforme planilha elaborada pelos autuantes, anexada à fl. 81 dos autos.

Por certo que o refazimento dos cálculos, no tocante ao levantamento referente às vendas realizadas pelo autuado, destinadas a pessoas físicas não contribuintes do imposto, com fundamento na Emenda Constitucional nº 87/15, não pode prosperar, por implicar em mudança do fulcro da autuação, haja vista que a acusação fiscal é de que o autuado deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Observe que na referida planilha de fl. 81, o total de ICMS exigido referente às vendas realizadas para consumidores finais, foi reduzido para R\$411,69.

Diante disso, com exclusão do valor de R\$411,69, a exigência fiscal remanesce exclusivamente no tocante ao débito reconhecido pelo autuado, no valor de ICMS R\$2.817,69, referente à empresa Lutan Distribuidora de Alimentos Ltda., sendo, desse modo, parcialmente subsistente a infração.

Quanto às vendas realizadas para consumidores finais, cabe à autoridade competente, analisar a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, para exigência do valor apurado de R\$411,69.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.”.

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$200.000,00, a 1ª JJF interpôs o Recurso de Ofício conforme prevê o RPAF/99.

VOTO

A decisão da 1ª JJF consubstanciada no Acórdão JJF nº 0049-01/21-VD, desonerou o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário lançado de R\$ 344.458,99, para R\$ 2.817,69, em valores históricos, fato que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação em Segunda Instância, restando cabível o presente Recurso de Ofício.

A acusação tem como base a infringência ao disposto no art. 10 da Lei nº 7.014/96, imputando ao contribuinte a infração de ter deixado de proceder a retenção e o recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A autuada é contribuinte do ICMS inscrito no Cadastro Estadual na condição SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO-CS, e exerce a atividade econômica de comércio atacadista de cerveja, chope e refrigerante, sendo, portanto, responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, conforme art. 8º da Lei nº 7.014/96.

Em sua peça defensiva a autuada argui que: “(...) no que se refere ao contribuinte CABRAL & SOUSA LTDA., CNPJ/MF nº 14.273.817/0002-29, o posicionamento da d. Autoridade Fiscal é destituído de fundamento, visto que o adquirente das mercadorias é detentor de regime especial que atribui a ele a responsabilidade, na condição de substituto tributário, pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas saídas subseqüentes das mercadorias em questão.

No que se refere às demais saídas, as mesmas ocorreram para pessoas físicas, consumidores finais de modo que não há o fato gerador presumido a justificar a retenção do ICMS-ST pelo dependente”.

No julgamento, parte da exigência fiscal foi considerada improcedente pela 1ª JJF, exatamente quanto aos valores referentes às operações de vendas de mercadorias, destinadas à empresa

Cabral & Souza Ltda., CNPJ Nº 14.273.817/0002-29, em razão do acatamento da revisão procedida pelos autuantes, que reconheceram assistir razão à autuada, em razão da destinatária ser signatária de Termo de Acordo, situação que afasta a obrigatoriedade da autuada de proceder a retenção e recolhimento do imposto, nas remessas para ela efetuadas.

Também foram reduzidos os valores decorrentes das operações de vendas para consumidores finais, uma vez que em sede de informação fiscal, os autuantes, considerando as diretrizes da Emenda Constitucional nº 87/2015, refizeram os cálculos, em observância os artigos 4º e 17 da Lei nº 7.014/96, reduzindo o valor destas operações, que foi rejeitada pelo relator.

O não acatamento da revisão procedida pelos autuante referente às vendas destinadas a consumidor final, foi justificada no acórdão por implicar em mudança do fulcro da exação, vez que a acusação é de que o autuado deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Compulsando os autos e os registros da autuada nos arquivos da SEFAZ, constato que efetivamente a empresa Cabral & Souza Ltda., estabelecida em Vitória da Conquista-BA, destinatária da maior parcela das vendas arroladas no Auto de Infração, é contribuinte inscrito no Cadastro Estadual, exercendo as atividades econômicas, dentre as quais, de comércio atacadista e varejista de bebida.

Consta também que a destinatária é beneficiária do Decreto nº 7.799/200, que dispõe sobre o tratamento diferenciado para empresas do setor atacadista, tendo assinado com a Administração Tributária o exigido Termo de Acordo para fins de usufruto dos benefícios ali previstos.

Em especial neste caso, destaco que o Termo de Acordo foi assinado conforme Parecer nº 24962/2017, ratificado pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização em 30/08/2017, com validade até 31/08/2019, foi continuamente renovado, estando inclusive, vigente atualmente.

O citado termo de acordo prevê na Cláusula primeira: “*Fica a ACORDANTE habilitada como beneficiária do tratamento tributário previsto art. 7-B do Decreto nº 7799/00, de 09 de maio de 2000*”.

O citado dispositivo, à época dos fatos feradores, estava vigente com a redação dada pelo Decreto nº 15.163/2014, com efeitos de 10/06/2014 a 06/05/2019:

Art. 7º-B. Nos recebimentos de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o estabelecimento comercial atacadista, central de distribuição ou estabelecimento que comercializa mercadorias exclusivamente via internet ou telemarketing, poderá, mediante celebração de termo de acordo específico a ser firmado com o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda através do titular da DPF, ficar responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequente.

As notas fiscais arroladas na autuação acobertaram operações com mercadorias de NCM 2202.99.00, sujeitas ao regime de substituição tributária, incluídas no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2017, nos itens 3.10 e 3.11, constando a seguinte descrição: bebidas energéticas em embalagem com capacidade igual ou superior a 600ml, portanto, é obrigatório nas aquisições interestaduais destas mercadorias, a retenção e recolhimento do ICMS-ST, uma vez que o Protocolo ICMS 11/91, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo, foi celebrado por todas as Unidades da Federação.

Nos exercícios fiscalizados, a sujeição da mercadoria NCM 2202 no regime de substituição tributária, permaneceu.

Considerando que por meio do Decreto nº 7.799/2000, o sujeito ativo transferiu a responsabilidade da retenção e recolhimento do ICMS-ST relativo às mercadorias recebidas de outra Unidade da Federação, a este deve ser exigido o recolhimento do imposto referente a tais operações, tendo em vista o disposto no art. 8º, § 8º, inc. II da Lei nº 7.014/96:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar: (...)

II - a outro contribuinte ao qual a legislação atribua a condição de responsável pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição, em relação à mesma mercadoria, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes;

Assim, considero correta a interpretação dos autuantes, acatada pela 1ª JJF, excluindo da exação as operações destinadas à empresa Cabral & Souza Ltda.

Quanto às operações, cujos destinatários foram não contribuintes do ICMS, consumidores finais, não cabe a exigência de retenção e recolhimento do ICMS-ST, devendo nesse caso se exigir o ICMS devido ao Estado da Bahia, em função da Emenda Constitucional nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte, localizado neste Estado, a ser recolhido pelo remetente e/ou prestador localizado em outra Unidade da Federação.

Esta Emenda Constitucional trouxe como novidade, o fato de que anteriormente à sua promulgação, nas operações interestaduais destinadas a consumidores não contribuintes do ICMS, o imposto era devido integralmente ao Estado de origem. Após a sua promulgação, o ICMS devido nessas operações e prestações passou a ser partilhado, sendo que o Estado de origem terá direito ao imposto correspondente à alíquota interestadual, ao passo que o Estado de destino terá direito ao imposto correspondente à diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual.

Assim sendo, sob a acusação deste Auto de Infração não cabe tal exigência, e considerar procedente o valor remanescente após a revisão dos autuantes, pois assim procedendo, estaria incorrendo efetivamente em mudança do fulcro da infração, prática vedada pelo CTN no seu art. 146: *“A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”*.

Dessa forma, considero também correta a decisão de piso em excluir estas operações, mantendo procedente somente as exigências exclusivamente da parcela do débito reconhecido pela autuada, no valor de histórico de R\$ 2.817,69, referente às vendas destinadas à empresa Lutan Distribuidora de Alimentos Ltda.

Pelo exposto, constato que a Decisão recorrida se encontra escorreita e devidamente justificada, com base nos fatos e provas trazidos aos autos, não cabendo qualquer reparo.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao 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 apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0013/20-0**, lavrado contra **RED BULL DO BRASIL LTDA.**, no valor de **R\$ 2.817,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser cientificado o recorrido desta decisão, e posteriormente, encaminhar os autos ao setor competente para homologar os valores já recolhidos.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS