

A. I. N° - 298624.0012/20-3
AUTUADO - RED BULL DO BRASIL LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ MACEDO DE AGUIAR e WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14/05/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0053-01/21VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO SITUADO EM OUTRO ESTADO, REFERENTE AO FUNDO DE COMBATE E ERADICAÇÃO DA POBREZA. Alegação defensiva de descaber a exigência fiscal referente a destinatário da mercadoria signatário de Termo de Acordo acolhida, corretamente, pelos próprios autuantes na Informação Fiscal. Autuado reconheceu ter incorrido na infração, quando deixou de efetuar a retenção e o consequente recolhimento do ICMS-ST, quando cabível. Autuantes, na Informação Fiscal, refizeram 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 parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/05/2020, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$41.746,84, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao 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.*

Consta adicionalmente que o autuado deixou de reter e consequentemente recolher o percentual de 2% relativo ao Fundo de Combate a Pobreza conforme previsto na legislação.

Períodos de ocorrências: maio, agosto, novembro e dezembro de 2017, fevereiro a abril, junho a dezembro de 2018, janeiro, março, julho, agosto e novembro de 2019.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa (fls. 13 a 23). Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Esclarece que possui estabelecimento no Estado de Santa Catarina e remete bebidas energéticas para revendedores localizados em todo o Brasil, sendo que, nas operações interestaduais com contribuinte do ICMS, recolhe o imposto de acordo com o regime de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS 11/91, sendo a acusação fiscal que teria deixado de reter o ICMS/ST.

Afirma que no tocante às vendas realizadas para a empresa Lutan Distribuidora de Alimentos Ltda., CNPJ Nº. 05.156.713/0001-62, recolheu o ICMS-ST correspondente e os acréscimos legais cabíveis, com os descontos previstos na legislação.

Relativamente à empresa Cabral & Souza Ltda., CNPJ Nº. 14.273.817/0002-29, sustenta que a autuação é destituída de fundamento, haja vista que este contribuinte é detentor de regime especial que lhe atribui a responsabilidade, na condição de substituto tributário, pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas saídas subsequentes das mercadorias em questão, conforme Parecer nº.

24.962/2017, vigente a partir de 01/09/2017.

Assinala que esse é o posicionamento do CONSEF ao tratar de matéria semelhante, conforme transcrição que apresenta de excertos dos votos proferidos no Acórdão JJF Nº 0008-02-18 e Acórdão CJF Nº 0282-12/17.

Diz que restou demonstrado que falece competência ao Fisco da Bahia para exigir imposto na operação, em face ao regime especial concedido à empresa Cabral & Souza Ltda., CNPJ Nº. 14.273.817/0002-29.

Quanto às demais saídas, afirma que ocorreram para pessoas físicas consumidores finais, de modo que não há o fato gerador presumido a justificar a retenção do ICMS-ST de sua parte.

Assevera que as mercadorias vendidas que estão sendo questionadas pela Fiscalização foram destinadas a adquirentes baianos que não revenderam tais mercadorias, sendo utilizadas pelos destinatários, pessoas físicas, para consumo próprio, razão pela qual não se aplicam, ao caso concreto, as disposições do Protocolo nº. 11/91 e que tratam da sistemática de substituição tributária.

Salienta que por ser a operação destinada a consumidor final, não há que se falar na exigência do ICMS-ST, conforme o posicionamento do CONSEF/BA. Neste sentido, reproduz excertos de decisões do aludido Conselho.

Assevera que a relação que anexou demonstra que as operações foram destinadas a consumidor final, pessoas físicas que adquiriram as bebidas energéticas para consumo próprio, conforme os documentos fiscais acostados aos autos. Diz que por consequência, com relação às referidas notas fiscais, não pode a Fiscalização pretender exigir da empresa o ICMS-ST.

Finaliza a peça defensiva requerendo a insubsistência do lançamento de ofício.

Consta, à fl. 81, petição do impugnante no sentido de que, optou pelo pagamento do crédito tributário de ICMS-ST atinente ao Fundo de Combate à Pobreza referente à Nota Fiscal nº 132.165, glosada pela Fiscalização, conforme *e-mail* anexado, sendo que o pagamento parcial abrange apenas o ICMS atinente à Nota Fiscal nº 132.165, sendo o restante objeto de impugnação e deverá ter o normal prosseguimento previsto pela legislação.

Consta, às fls. 93/94, extrato de pagamento do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária referente ao pagamento realizado pelo autuado no valor principal de ICMS reconhecido de R\$337,25 que acrescido de multa e acréscimo moratório totaliza R\$390,84.

Os autuantes prestaram Informação Fiscal (fls. 83/84). Contestam a alegação defensiva concernente 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. Acrescentam que juntaram o CNAE que comprova que a referida empresa exerce o comércio atacadista e que o imposto deveria ser retido e recolhido pelo autuado. Assinalam, ainda, que anexaram a NF-e nº. 132165 emitida em 05/09/2018, que ratifica que não houve retenção de ICMS ST, o que leva a concluir que a autuação está correta, no que diz respeito a esta empresa (fls.80 a 82).

Registram que o autuado anexou o comprovante de pagamento referente à NF-e nº. 132165 e solicitam conferir a procedência do mesmo (fls. 73/74).

No que tange à empresa Cabral & Souza Ltda., CNPJ Nº. 14.273.817/0002-29, dizem que foi enviado *e-mail* (fl.88) ao setor responsável, que confirmou a validade do Termo de Acordo para o produto em pauta, razão pela qual acataram a pretensão defensiva e excluíram da exigência fiscal os valores autuados.

No respeitante às vendas para consumidores finais, consignam que têm a considerar a EC 87/2015 para venda a consumidores finais, que entrou em vigor em 01/01/2016 e, por conseguinte, refizeram os cálculos, em conformidade com o art. 4º e 17 da Lei n. 7014/96 reduzindo o valor do lançamento, conforme planilha anexada à fl. 89 dos autos.

Finalizam a peça informativa consignando que remetem o PAF ao contribuinte para quitação ou contestação.

O autuado, cientificado, via DT-e, da Informação Fiscal (fl. 91), não se manifestou.

VOTO

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

Adicionalmente, foi consignado no corpo do Auto de Infração que o autuado deixou de reter e conseqüentemente recolher o percentual de 2%, relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Inicialmente, cabe assinalar que o referido Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988/2001, alterada pela Lei nº 11.610/2009, tem como objetivo viabilizar à população do Estado o acesso a níveis dignos de vida cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço da renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida, constituindo receita deste Fundo, entre outras, o produto da arrecadação equivalente a dois pontos percentuais adicionais à alíquota do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias, e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, incidentes sobre os produtos e serviços previstos na Lei nº 7.014/1996.

No presente caso, a autuação diz respeito à falta de recolhimento do ICMS no percentual de 2%, referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, que não teria sido retido e recolhido pelo autuado.

Verifico que 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 contribuintes localizados no Estado da Bahia, deve reter e recolher o imposto.

Observo 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 a 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 nº 87/2015, refizeram os cálculos, em conformidade com os artigos 4º e 17 da Lei n. 7014/96, reduzindo o valor do lançamento, conforme planilha anexada à fl. 89 dos autos.

Por certo que o refazimento dos 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, 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 conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas *para contribuintes localizados no Estado da Bahia*.

Certamente que a mudança dos critérios jurídicos do lançamento de ofício originalmente lavrado, conforme pretendido pelos autuantes, viola o art. 146 do Código Tributário Nacional (CTN), razão pela qual, não há como acolher os valores apurados constante da planilha de fls.89.

Observo que na referida planilha de fl. 89, os autuantes apontaram como devido o valor de R\$337,25, referente à empresa Lutan Distribuidora de Alimentos Ltda., e o valor de R\$10,77, referente a pessoas físicas, não contribuinte do imposto, neste caso apurado com fundamento na Emenda Constitucional nº 87/15.

Diante do exposto, a exigência fiscal remanesce exclusivamente no tocante ao débito reconhecido pelo autuado, no valor de ICMS de R\$337,25, referente à empresa Lutan Distribuidora de Alimentos Ltda., sendo, desse modo, parcialmente subsistente a infração.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0012/20-3**, lavrado contra **RED BULL DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$337,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2021

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA– JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR