

PROCESSO - A. I. Nº 298620.0013/20-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PEPSICO DO BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JF nº 0117-01/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0011-12/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Autuado elide a infração, ao comprovar que recolhera o imposto exigido em conformidade com Regime Especial que fora concedido pela SEFAZ. O autuante, na Informação Fiscal, acatou as alegações defensivas, esclarecendo inclusive que solicitou via intimação DT-e, todos os ciclos relacionados à infração, sendo que das respostas dadas, constatou que assiste razão ao autuado, inclusive que conseguiu localizar os recolhimentos do ICMS referentes às notas fiscais de venda fora do estabelecimento, inexistindo no procedimento adotado pelo autuado prejuízo ao Erário, razão pela qual, desconsidera os valores exigidos na autuação. Infração insubsistente, mesma posição da 1ª JF. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão da 1ª JF nº 0117-01/21-VD, que julgou Improcedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2020, para reclamar o ICMS no valor histórico de R\$ 179.661,29, em decorrência de uma única infração, descrita a seguir:

***Infração 01 – 08.35.03** - 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, referente a ocorrências apuradas em janeiro e fevereiro de 2018.*

Notificada do lançamento em 09/10/2020, através do DT-e, a autuada, por seus advogados, ingressou com a impugnação, fls. 22 a 31-v, tendo o autuante prestado a informação fiscal às fls. 113 e 114.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após instrução processual, apreciou a lide em 15/07/2021, fls. 140 a 147, decidindo pela Improcedência do lançamento, em decisão unânime, conforme Acórdão 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 subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade arguida pelo impugnante, por ausência de subsunção do fato à norma.

A alegação do impugnante é de que os dispositivos legais reputados como violados, no caso, art. 10 da Lei nº. 7.014/96, e art. 295 do RICMS/BA/12, Decreto nº.13.780/12, fazem referência a operações interestaduais, quando a hipótese constante da descrição da suposta infração faz menção à ausência de retenção do ICMS-ST, em operações de vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Efetivamente, verifica-se que no Auto de Infração consta que o estabelecimento autuado, localiza-se na Estrada Campinas de Pirajá, nº 1.051, Pirajá, no Município de Salvador, no Estado da Bahia, e que as operações

objetos da autuação dizem respeito às operações internas, e não interestaduais. Nesta situação, cabível o enquadramento legal da infração no art. 8º da Lei 7.014/96, e não no art. 10 do mesmo diploma legal, conforme consignado no Auto de Infração.

Entretanto, observo que o equívoco incorrido pela Fiscalização na indicação do dispositivo legal aplicável à espécie, não trouxe qualquer prejuízo ao Contribuinte, haja vista que pela descrição dos fatos e elementos que compõem o presente processo, resta evidente que se trata de operações internas, portanto, não implicando nulidade do lançamento, consoante estabelece o art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Cabível consignar, que o impugnante exerceu plenamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, trazendo elementos e argumentos no intuito de elidir a autuação.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, capaz de inquirir de nulidade o ato de lançamento em questão.

No tocante ao pedido formulado pelo impugnante, no sentido de realização de diligência, considero que os elementos que compõem o presente processo são suficientes para minha análise, convencimento e decisão da lide, razão pela qual, com fulcro no art. 147, I, “a” do RPAF/BA/99, indefiro o pedido.

No mérito, observo que o impugnante alega que o autuante não observou o Regime Especial concedido pela SEFAZ/BA, que estabelece uma metodologia específica para a apuração e recolhimento dos valores devidos a título de ICMS-ST, o que, segundo sustenta, faz ruir por completo o Auto de Infração em questão.

O impugnante esclarece, que solicitou a concessão de Regime Especial que buscasse a simplificação de procedimentos relacionados com o pagamento antecipado do ICMS, e com vendas fora do estabelecimento através de veículos (vendas fora do estabelecimento, porta - a - porta). Diz que, considerando que tal pretensão alcançava mercadorias sujeitas à Substituição Tributária, os autos foram encaminhados à gerência competente, que se manifestou pelo deferimento do pedido.

Assinala que os termos do Parecer Final nº 4.926/2007, permaneceram sem alterações até a sua revogação pelo novo Regime Especial, que lhe foi concedido por meio do Parecer Final nº 13011/2017, do qual destaca as seguintes cláusulas:

“(…)

Cláusula primeira – PEPSICO do Brasil LTDA, Inscrição Estadual nº 02.276.346-NO, inscrita no CNPJ sob nº 31.565.1044/0173-04, em relação às vendas fora do estabelecimento, dentro do Estado da Bahia, fica autorizada a:

*I – permitir o retorno dos veículos ao estabelecimento quanto necessitarem de carga complementar sem necessidade de retorno de mercadorias anteriormente adquiridas, mas não comercializadas, devendo ser emitida, neste caso, **Nota Fiscal de Remessa Complementar para Venda Fora do Estabelecimento**, em nome da empresa, indicando o nome do vendedor;*

II – realizar o abastecimento dos veículos por outro veículo com maior capacidade, cuja carga complementar será objeto de emissão de Nota Fiscal de Remessa Complementar para Venda Fora do Estabelecimento, em nome da empresa, indicando o nome do vendedor, sendo que a soma das Notas Fiscais de Remessa Complementares destinadas aos vendedores deverá ser igual às mercadorias transportadas para essa finalidade;

III- efetuar o encerramento ciclo fiscal até o último dia do mês, ou seja, ao da emissão das Notas Fiscais de Remessa (s) para venda fora do estabelecimento (Principal e Complementares);

*IV – emitir a **Nota Fiscal de Entrada no último dia do mês de referência, com a totalidade da carga do veículo não vendida, no retorno ao estabelecimento para encerramento do ciclo fiscal mensal, a fim de creditar-se do imposto pago por ocasião da emissão das Notas Fiscais de Remessa e Remessas Complementares.***

Parágrafo único – Na Nota Fiscal de Remessa Complementar aludida no inciso II, deverá constar no campo ‘Dados Adicionais’ a seguinte expressão: ‘Mercadorias transportadas pelo veículo placa nº ... cujo destino será abastecer o (s) veículo (s) de placa nº ..., conforme Regime Especial – Parecer DITRI/GETRI nº 13011/2017’.

(…)

Cláusula quarta – Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária,

realizadas fora do estabelecimento sem destinatário certo, deverão ser observadas as disposições contidas no art. 347 do RICMS-BA em vigor.

Cláusula quinta – Todos os documentos emitidos nos termos deste Regime Especial deverão conter a expressão: ‘Autorizado mediante Regime Especial concedido pela SEFAZ BA, conforme Parecer GETRI/DITRI nº 13011/2017’.”

Alega o impugnante, que a partir do acima previsto, os valores relativos à Substituição Tributária não seriam retidos e/ou informados nas Notas Fiscais emitidas para as vendas realizadas em favor dos destinatários localizados no Estado da Bahia, mas sim, quando da emissão da Nota Fiscal de Remessa que acobertaria o transporte daquelas mercadorias para a venda fora do estabelecimento, qual seja, a Nota Fiscal de Remessa para Venda Fora do Estabelecimento, nos moldes prescritos pelo Regime Especial efetivado com base no Parecer nº 13011/2017.

Esclarece, que a Autoridade Fiscal do Estado da Bahia, ao deferir o Regime Especial em questão, foi expressa ao indicar a ausência de dificuldade de controle fiscal. Ou seja, em consonância com a legislação aplicável ao ICMS no Estado, estabeleceu-se uma parceria com a empresa, para viabilizar suas operações de venda fora do estabelecimento, autorizando que os recolhimentos de ICMS e ICMS-ST fossem realizados antes mesmo da venda efetiva, cujas notas fiscais são emitidas para simples controle do volume vendido, e tributo recolhido em antecipação.

O impugnante registra, que todas as Notas Fiscais relacionadas nos anexos que serviram de base para a autuação, são Notas Fiscais de Venda (HHCs) que estão relacionados à sistemática de venda fora do estabelecimento, nos termos do Regime Especial concedido por meio do Parecer nº 13.011/2017, que determina o recolhimento do ICMS próprio e devido por substituição tributária antecipadamente, quando da emissão da Nota Fiscal de Remessa Para Venda Fora do Estabelecimento.

Verifico que o autuante, na Informação Fiscal, acolheu as alegações defensivas, esclarecendo que solicitou, via intimação DT-e, todos os ciclos relacionados à infração, sendo que das respostas dadas, constatou que assiste razão ao autuado, inclusive que conseguiu localizar os recolhimentos do ICMS referentes às notas fiscais de venda fora do estabelecimento, inexistindo no procedimento adotado pelo autuado prejuízo ao Erário, razão pela qual, desconsidera os valores exigidos na autuação.

Certamente que não há o que discutir. Restou comprovado que assiste razão ao autuado. Aspecto relevante a ser registrado, é que o próprio autuante, na Informação Fiscal, reconheceu descaber a exigência, sendo, desse modo, insubsistente a infração.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$200.000,00, a 1ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no RPAF/99.

Presente na sessão de julgamento o ilustre patrono do recorrente, o advogado Dr. Celso Sinotti Júnior - OAB/SP Nº 461.932.

É o relatório.

VOTO

No julgamento da lide, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal desonerou o sujeito passivo do pagamento do crédito tributário lançado, em valor histórico de R\$ 179.661,29, por ter considerado improcedente a pretensão fiscal.

No mérito, a conduta tida como infratora foi descrita pelo autuante como “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”, com base na constatação de ter o contribuinte deixado de efetuar a retenção do ICMS-ST, como sujeito passivo por substituição.

Do exame do demonstrativo de débito impressos em recorte, fls. 04 a 07, e gravado na integralidade no CD, fl. 12, conclui-se que o imposto lançado decorreu da falta de retenção do ICMS na comercialização de mercadorias sujeitas à substituição tributária, destinadas a contribuintes localizados neste Estado, que deveria ser retido pelo sujeito passivo, responsável por substituição, consoante previsto no art. 8º 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:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto;

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

Em sua defesa, a autuada alegou que improcede a exação, tendo em vista que “... não obstante a conclusão alcançada pela autoridade fiscal, ao verificar as operações que supostamente deixaram de ter o imposto destacado e retido, em razão da substituição tributária, (...) observou que o tributo sobre elas incidente foi devidamente recolhido segundo a sistemática do Regime Especial ao qual se submete, nos termos do art. 347 do Regulamento do ICMS/BA”.

A autuada afirma ser beneficiária de Regime Especial autorizado pela SEFAZ, lhe concedendo o direito de operacionalizar as vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme previsto no Parecer nº 13011/2017.

Em razão do Regime Especial concedido, os valores relativos à substituição tributária não seriam retidos e/ou informados nas notas fiscais emitidas para as vendas realizadas, em favor dos destinatários localizados no Estado da Bahia, mas sim, quando da emissão da nota fiscal de remessa que acobertaria o transporte daquelas mercadorias para vendas fora do estabelecimento.

Consulta no Sistema de Pareceres Tributários – CPT, comprova a concessão do citado Regime Especial, conforme Parecer nº 13011/2017, vigente até 30/06/2019, e renovado através do Parecer nº 39509/2019, com vigência até 31/03/2022.

O Regime Especial concede ao contribuinte o direito de atuar conforme estabelecido nos seus itens I a IV:

I - permitir o retorno dos veículos ao estabelecimento quando necessitarem de carga complementar sem necessidade de retorno de mercadorias anteriormente adquiridas, mas não comercializadas, devendo ser emitida, neste caso, Nota Fiscal de Remessa Complementar para Venda Fora do Estabelecimento, em nome da empresa, indicando o nome do vendedor;

II - realizar o reabastecimento dos veículos por outro veículo com maior capacidade, cuja carga complementar será objeto de emissão de Nota Fiscal de Remessa Complementar para Venda Fora do Estabelecimento, em nome da empresa, indicando o nome do vendedor, sendo que a soma das Notas Fiscais de Remessas Complementares destinadas aos vendedores deverá ser igual às mercadorias transportadas para essa finalidade;

III - efetuar o encerramento do ciclo fiscal até o último dia do mês, ou seja, ao da emissão das Notas Fiscais de Remessa (s) para venda fora do estabelecimento (Principal e Complementares);

IV- emitir a Nota Fiscal de Entrada no último dia do mês de referência, com a totalidade da carga do veículo não vendida, no retorno ao estabelecimento para encerramento do ciclo fiscal mensal, a fim de creditar -se do imposto pago por ocasião da emissão das Notas Fiscais de Remessas e Remessas Complementares.

O autuante, quando da prestação da informação fiscal, relatou ter solicitado esclarecimentos da empresa quanto aos ciclos relacionados à infração, e após as conferências, admitiu que têm procedência as alegações defensivas, e afirmou ter conseguido localizar os recolhimentos do ICMS referentes às vendas fora do estabelecimento, portanto, desconsiderou os valores da infração.

No julgamento da lide, o relator opinou pelo acatamento dos argumentos da defesa e da conclusão do autuante, votando pela improcedência do lançamento, que foi acompanhado unanimemente pelos demais membros.

Assim, tendo em vista que o autuante revisou a infração convergindo para sua improcedência, decorrente do fato de que restou comprovado serem pertinentes os argumentos e provas carreadas aos autos, justificando as arguições defensivas, está correto o acolhimento pela 1ª JF, do entendimento externado, não cabendo qualquer reparo à decisão de piso.

Do exposto, voto pelo NÃO 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 **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298620.0013/20-9**, lavrado contra **PEPSICO DO BRASIL LTDA.**

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2022.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS