

A. I. Nº - 269203.0002/10-0
AUTUADO - SAPEKA INDUSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTES - NILCÉIA DE CASTRO LINO E SUELY CRISTINA T. MUNIZ RIBEIRO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10/03/2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0007-02/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE VENDAS À CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. **a)** FALTA DE RETENÇÃO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Caracterizada a responsabilidade do autuado. Infração subsistente; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Caracterizada a responsabilidade do autuado. Infração subsistente; **c)** RETENÇÃO E NÃO RECOLHIMENTO. Ficou demonstrado que parte da exigência foi alvo de recolhimento pelo autuado. Infração parcialmente procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/03/2010, impõe ao autuado as seguintes infrações:

1. deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. ICMS no valor de R\$ 95.137,80, multa de 60%;
2. reteve e recolheu a menor o ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. ICMS no valor de R\$ 227.136,80, multa de 60%;
3. 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. ICMS no valor de R\$ 116.389,22, multa de 150%.

O autuado, através de seu patrono, apresentou defesa às fls. 205 a 214 dos autos, afirmando que o contribuinte substituto/autuado realizou operações de vendas de produtos por empresa comercial estabelecida no Estado da Bahia, entende a impugnante que no caso dos autos a exigência do pagamento do tributo não retido é da responsabilidade do contribuinte substituído, como prevê a legislação tributária do Estado da Bahia. Em sendo assim, entende restar claro que o órgão fazendário do Estado da Bahia não tinha competência para autuar a empresa SAPEKA, em decorrência de obrigação tributária, cujo fato impositivo ocorrerá no futuro, pelo contribuinte substituído, no caso as empresas destinatárias dos produtos adquiridos, todas com domicílio tributário no território baiano.

Aduz que a impugnante não praticou qualquer infração fiscal, em face das operações mercantis de venda de seus produtos a contribuintes daquele Estado.

Aponta como amparo a arguição de nulidade o art. 18, I, IV, “a” do RPAF/BA.

No mérito afirma a exigência tributária reclamada pelo Fisco, no período de 01.01.2008 a 31.12.2009, decorre, no primeiro caso, da acusação de que a empresa não reteve o ICMS relativo à substituição tributária, quando das vendas realizadas a outras empresas estabelecidas em território baiano; no segundo caso, em consequência do recolhimento a menor do ICMS, como substituta tributária em operações subsequentes nas suas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia; e no terceiro caso por não ter comprovado o recolhimento do

ICMS/ST nas operações subsequentes de vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Esclarece inicialmente que a empresa autuada, estabelecida no ramo industrial, conforme a Cláusula Terceira de seu Estatuto Social (doc. 02), tem como objetivo a indústria e comércio de fraldas descartáveis. Nessa condição, celebrando Termo de Acordo com a Secretária da Fazenda do Estado da Bahia (doc. 03), destinou para as firmas Jeane Souza Melo De Oliveira, Cabral e Souza Ltda., Perelo Imp. Com. Rep. Ltda., Jonhregis Comércio Distribuidora, Mercantil Rodrigues Comercial Ltda., Samavi Distribuição E Transporte Ltda., Atakarejo Distribuidor de Alimentos e Bebidas Ltda. e outras, estabelecidas em diversos municípios situados no território baiano, produtos comerciáveis de sua fabricação, ou seja, fraldas descartáveis e absorventes higiênicos.

Esclarece que tais operações ocorreram de comum acordo com a legislação tributária pertinente, no âmbito dos Estados de Pernambuco e Bahia. Referido Termo de Acordo, firmado entre o órgão fazendário estadual e a Sapeka Ind. e Com. De Fraldas Descartaveis Ltda., nomeia como contribuinte substituto a acordante, nas vendas realizadas para o território baiano, pelo qual fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto nessas operações interestaduais. Neste sentido, a Cláusula Primeira e seu parágrafo único do TA.

Afirma que, por sua vez, o parágrafo único da Cláusula Quinta, do mesmo instrumento, prevê:

“Parágrafo único A falta de retenção do imposto, nos termos deste acordo, na Nota Fiscal que acompanha a mercadoria, ensejará a sua cobrança, espontânea do destinatário nos termos do art. 125, do RICMS/BA, podendo, nestes casos, o presente Termo de Acordo ser cassado, mediante comunicação prévia ao Acordante.”

Argumenta que a não retenção do imposto pela impugnante, na qualidade de substituta tributária, nessas operações de vendas para empresas situadas no território baiano, explica-se pelo fato de que todas as destinatárias de seus produtos já haviam firmado com a Secretária da Fazenda ajustes para o recolhimento do imposto devido por antecipação, mediante Termos de Acordo e Regimes Especiais, conforme documentação que segue junta (doc. 04).

Complementa que, por tais ajustes firmados entre a Pasta Fazendária e essas empresas, nota-se que o fisco baiano exerce perfeito controle sobre as operações de entrada e saída, inclusive dos produtos adquiridos na modalidade da retenção do imposto, ficando as mesmas obrigadas a apurar o imposto e obedecer os prazos e condições estabelecidas no Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, que aprovou o Regulamento do ICMS.

Aduz que, em observância às disposições expressas no Decreto nº 6.284/97, no tocante ao imposto devido por antecipação, este deverá ser recolhido pelo próprio contribuinte em se tratando de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem.

Assegura que, quando o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuar-lo em valor inferior ao estabelecido no acordo, como no caso em tela, mas observando que nas aquisições de outra unidade da Federação, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente e não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição na forma do item 1 da alínea “i” do inciso II, do art. 125, do Decreto, poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto, na forma, prazo e condições estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (parágrafo primeiro deste artigo).

Argumenta que, no caso de que trata parte do auto de infração, embora não se tenha retido o imposto na saída, prevista no termo de acordo, há de se admitir que tal medida não importou em prejuízos ao erário baiano, pois todas as operações de saída dos produtos da Sapeka estão vinculadas às empresas que gozavam dos benefícios do recolhimento do imposto, mediante concessão do Termo de Acordo e Regime Especial, como já explicitado.

Aduz que é cediço que todas as empresas destinatárias das mercadorias adquiridas da Sapeka, promoveram, dentro dos prazos e condições fixados nos acordos celebrados com a Secretaria da Fazenda Estadual, o recolhimento antecipado do imposto na qualidade de substituídas.

Ressalta que, em obediência ao princípio da territorialidade, compete ao fisco baiano averiguar e constatar o recolhimento do imposto, em se tratando de empresas estabelecidas em seu Estado.

Consigna que, inobstante ser essa a atribuição do fisco, a impugnante providenciará, a posteriori, a juntada dos demais documentos comprobatórios de suas alegações, no curso desse contencioso fiscal, utilizando a faculdade prevista nos incisos I e II, do § 5º, do art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, não o fazendo agora em face da exiguidade do prazo e por motivo de força maior diante da real dificuldade de se obter ao mesmo tempo tais documentos, máxime considerando que as empresas se localizam em municípios diferentes da Unidade Federativa da autuada.

Argumenta que é defeso a Fazenda Pública exigir o pagamento do imposto da impugnante, quando o próprio Regulamento do ICMS, no inciso II do parágrafo 1º, do art. 125 citado, prescreve:

“II - a atribuição da responsabilidade supletiva ao contribuinte substituído, de que cuida este parágrafo, implica a desistência, por parte da fazenda pública estadual, da cobrança do imposto do sujeito passivo por substituição;”

Entende que não infringiu o Convênio ICMS 76/94, por não ser o Estado de Goiás signatário do mesmo, sendo inaplicáveis as disposições nele previstas.

Considera, assim, improcedente a infração 1.

Quanto à infração nº 02, considera que não pode prosperar essa exigência fiscal, posto que, ao proceder à retenção do imposto considerado como recolhido a menor, a impugnante utilizou a legislação pertinente, consultando os interesses dos fiscos pernambucano e baiano. Nesse sentido, afirma observado a legislação específica, realizando os cálculos competentes de conformidade com a metodologia de apuração do imposto quando da retenção propriamente dita.

No caso em espécie, argumenta que em se tratando de mercadorias às destinatárias situadas no Estado da Bahia, esse procedimento adotado na retenção do imposto, teve como parâmetro o art. 61, do Decreto nº 6.284/97:

Acrescenta que mais que nessas operações de vendas dos produtos relacionados no anexo único do Convênio ICMS 76/94, aplicou-se a alíquota correta, com as reduções de 28,53% (10 + 18,53%), de conformidade com a norma legal e o Termo de Acordo.

Entende ter ocorrido interpretações diferentes na feitura dos cálculos para retenção do ICMS/ST, pelo fisco e pela autuada. Entende que na metodologia aplicada para apurar o valor do imposto retido, o fisco, conforme planilhas de cálculos que instruem o auto de infração, ao reduzir a base de cálculo aplicou separadamente os percentuais respectivos, enquanto que a impugnante aplicou de forma direta os 28,53%.

Apresenta planilha, com amostragem, (doc. 05), a Nota Fiscal nº 2103 de 28.02.2008, no valor de R\$ 67.159,20.

Assim, no entendimento da empresa, considerando como correta a fórmula para apurar o ICMS/ST, conforme exemplificado acima, não há que se falar em diferença no recolhimento do imposto, como alega o fisco.

No que diz respeito a terceira e última infração, assegura que não procede a acusação do fisco baiano de que a empresa não recolheu o imposto retido nos exercícios de 2008 e 2009. Isto porque os documentos ora acostados a esta impugnação (doc. 06) vêm comprovar que o ICMS/ST do período fiscalizado, referente às operações subsequentes nas vendas realizadas aos contribuintes do Estado da Bahia foi devidamente retido e recolhido, docs. anexos.

Pede pelo acolhimento da preliminar arguida, julgar nulo o processo fiscal e no mérito, julgar IMPROCEDENTE o auto de infração, por ser de direito e justiça.

A autuante, às fls. 350 a 358 apresenta a informação fiscal afirmando preliminarmente que a defesa foi apresentada fora do prazo de trinta dias previsto no art. 123 do Decreto nº 7.629/99. O contribuinte tomou conhecimento do Auto de Infração nº 269203.0002110-0 no dia 07/04/2010, enquanto que a defesa só foi cadastrada na Secretaria da Fazenda da Bahia no dia 11/05/2010, conforme AR e protocolo do SIPRO anexos às fls. 204 e 204-A.

Informa que o presente Auto de Infração foi lavrado com base no Convênio ICMS 76/94 de 08.07.94, celebrado entre os Estados da Federação e o Distrito federal, o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos. A Cláusula Primeira do referido Convênio atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ao estabelecimento importador ou industrial fabricante. Já o Convênio ICMS 81/93 de 15.09.93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, dispõe em sua Cláusula Segunda: *"Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente."*

Ou seja, em qualquer operação interestadual cuja mercadoria possua Convênio ou Protocolo fica atribuída ao remetente à responsabilidade pelo tributo. Sendo assim, a obrigatoriedade de efetuar a antecipação tributária sobre os produtos arrolados no presente Auto de infração é da empresa SAPEKA.

Assegura que o Termo de Acordo apresentado pela impugnante às fls. 235 a 238 se refere à empresa Sapeka localizada no Estado de Goiás, CNPJ nº 02.874.322/0001-95, enquanto que a autuada está localizada em Pernambuco. Em relação aos termos apresentados relativos às empresas Jeane Souza Melo de Oliveira, Cabral E Souza Ltda., Perelo Imp. Com. Rep. Ltda., e Mercantil Rodrigues Comercial Ltda., informa que em relação empresa Jeane Souza Melo De Oliveira, foi apresentado, às fls. 241, pedido de Credenciamento para efetuar o recolhimento do imposto relativo às mercadorias constantes no Anexo Único da Portaria 114/2004 até o dia 25 do mês subsequente ao da sua entrada no estabelecimento. Salientamos que o Pedido prevê que havendo acordo interestadual e sendo o Estado remetente signatário, este prevalecerá sobre nossa legislação interna, devendo o imposto ser retido pelo remetente, no caso, a empresa Sapeka.

Esclarece que no caso da empresa Cabral E Souza Ltda., foi apresentado às fls.242 Regime Especial nº 833.042/94 para pagamento do ICMS referente à operação subsequente com os produtos apontados pelas Portarias nºs 225 de 28/05/93 e 270 de 22/06/93 (revogada a partir de 01/03/04, pela Portaria nº 114/04) até o nono dia do mês seguinte ao da entrada dos mesmos no respectivo estabelecimento. Quanto a Perelo Imp. Com. Rep. Ltda., a impugnante apresentou às fls. 244 a 247, decisão que concede liminar para recolhimento de ICMS relativo a mercadorias apreendidas sem Termo de Apreensão até o dia 25 do mês subsequente e Termo de Acordo para redução da base de cálculo nos termos do Decreto nº 7.799/2000. Em relação à Mercantil Rodrigues Comercial Ltda., foi apresentado às fls. 248 a 251 Pedidos de Credenciamento para efetuar o recolhimento do imposto relativo às mercadorias constantes no Anexo Único da Portaria nº 114/2004 até o dia 25 do mês subsequente ao da sua entrada no estabelecimento. Os Pedidos prevêem que havendo acordo interestadual e sendo o Estado remetente signatário, este prevalecerá sobre nossa legislação interna, devendo o imposto ser retido pelo remetente, no caso, a empresa Sapeka, não surtindo efeito a credencial concedida.

Quanto às empresas Jonh Regis Comércio Distrib, Samavi Distrib e Transporte Ltda., e Atakarejo Distribuidor De Alimentos E Bebidas Ltda., a impugnante não apresentou os respectivos Termos de Acordo.

Argumenta que todos os documentos apresentados pela autuada tratam de dilação de prazo para recolhimento de ICMS ST ou, no caso de Perelo Imp. Com. Rep. Ltda., redução de base de cálculo. Em nenhum momento os referidos documentos exigem o estabelecimento importador ou industrial situado em outra unidade da federação de efetuar a retenção do ICMS nas vendas de produtos sujeitos à substituição tributária para o Estado da Bahia. Ao contrário, o que prevêem é que havendo acordo interestadual e sendo o Estado remetente signatário, este prevalecerá sobre nossa legislação interna.

Argui que quanto à alegação de que as empresas destinatárias efetuaram o recolhimento do imposto, os comprovantes ainda não foram apresentados. Diante do exposto, enfatiza mais uma vez que a responsável pela retenção do ICMS ST relativo às mercadorias elencadas no presente Auto de Infração é da empresa Sapeka.

Reitera que a empresa autuada está localizada em Pernambuco. Ao contrário de Goiás, o Estado de Pernambuco não denunciou o Convênio ICMS 76/94, estando a impugnante obrigada a proceder à retenção do ICMS ST de acordo com as suas normas.

Informa que a infração ICMS ST Retido a Menor constante no Anexo 3 do Auto de Infração (fls. 13 a 19) ocorreu nas saídas para as empresas Jeane Souza Melo De Oliveira, CNPJ 03.681.341/0001-68, Atakarejo Distribuidor de Alimentos e Bebidas Ltda., Mercantil Rodrigues Comercial Ltda., Samavi Distribuição e Transporte Ltda.

Aduz que para o cálculo do ICMS ST devido neste Auto, foi aplicada a redução da base de cálculo de 10% prevista no § 4º do Convênio ICMS 76/94. Já o percentual de 18,53% ao qual se refere à impugnante está previsto no art. 3º-A do Decreto nº 7.799/00 (transcrito abaixo) e só se aplica nas aquisições por distribuidora localizada neste Estado, sendo esta a responsável pela antecipação do ICMS relativo às operações subsequentes:

Entende que, no presente caso, como o Estado de Pernambuco, onde está localizada a impugnante, é signatário do citado Convênio, a responsável pelo recolhimento do ICMS ST sobre as vendas para a Bahia é a própria Sapeka. Desta forma, a redução de 18,53% sobre a base de cálculo do ICMS ST para essas operações não é devida, estando assim correto o cálculo efetuado neste Auto de Infração.

Em relação à infração ICMS ST Retido e não Recolhido aduz que a requerente apresenta às fls. nº 257 a 346 cópias de GNRE referentes ao pagamento do ICMS ST relativo às Notas Fiscais nºs 4011, 4012, 4013, 4021, 4269, 427~ 432~ 4321, 4385, 4386, 4387, 4388, 4389, 439~ 4391, 4392, 4393, 4394, 4395, 4396, 4397, 4398, 4399, 400, 4401, 4402, 4403, 4404, 4416, 4417, 4472, 4930, 4931, 6156, 6157, 6158, 6159, 824, 825, 826, 830, 844, 845, 851 e 1568. Aduz que, como os recolhimentos não haviam sido localizados no SIGAT, os comprovantes de pagamento foram encaminhados à DARC/GEARC para verificação no dia 17/06/2010, através do Processo nº 48762712010-0 (apensado), tendo este retomado em 12/07/2010, com a informação de que houve erro no SIGA T em relação à apropriação dos recolhimentos efetuados pela Sapeka, devido à troca de versão no programa de geração da GNRE.

Conclui que, considerando os recolhimentos foram efetuados corretamente, reconhecemos o pagamento do ICMS referente às Notas Fiscais enumeradas acima, ficando estas excluídas do cálculo do ICMS Antecipação devido para a Infração 3 - 08.15.01, que passa ao da Infração 3: 13.272,13.

Por fim, entende estarem devidamente caracterizados os elementos que ensejaram a pertinente ação fiscal, na forma prevista na legislação em vigor. Por isso, ratificamos a autuação e solicitamos deste Conselho de Fazenda o julgamento procedente em parte.

O autuado, às fls. 515 a 517, se manifesta mais uma vez afirmando que a intempestividade da defesa alegada na contestação não deve ser acolhida porque, no prazo legal, a impugnante exerceu o seu legítimo direito de defesa, pois se tratando de empresa sediada noutro Estado da Federação, dadas as circunstâncias naturais para cumprimento do prazo de defesa, esta foi postada, via AR, nos Correios em 05.05.2010, doc. anexo, inobstante ter sido cadastrada em 11.05.2010 na Secretaria da Fazenda do Estado do Bahia. O procedimento dessa formalização

processual, consoante orientação colhida junto à administração do CONSEF, é por ele admitido conforme precedentes de suas decisões em contenciosos fiscais de igual natureza deste.

No tocante a não retenção do ICMS/ST, afirma que não houve qualquer prejuízo à Fazenda da Bahia, como demonstrado na peça impugnatória/contestada, ancorada na documentação colacionada aos autos (que será complementada), bem como na legislação tributária que rege a matéria, citada. Ratificam-se, pois, os argumentos e razões que sustentam a impugnação.

Assegura que pela documentação acostada à impugnação, restou claro que apesar de não retido o imposto na origem, pela substituta, nas operações que destinaram produtos às empresas estabelecidas no território baiano, foi recolhido o imposto pelas substituídas, não causando nenhum prejuízo ao erário baiano.

Entende que o fato sustentado na contestação de que os Termos de Acordo e as Portarias ali citados não eximem a remetente da responsabilidade do tributo, ante a obrigatoriedade de sua retenção antecipada, torna-se irrelevante na discussão processual na medida em que nas operações comerciais que destinaram produtos as empresas situadas no território baiano, estas firmaram ajustes com a Secretária da Fazenda, para o recolhimento do imposto devido por antecipação conforme Termos de Acordo e Regimes Especiais que dos autos constam e os que ainda serão colacionados.

No que pertine aos argumentos da contestação quanto à manutenção do auto na parte em que acusa retenção a menor do ICMS/ST, afirma que não tem qualquer fundamento. Conforme já dito na impugnação do crédito tributário, o cálculo utilizado para redução do ICMS/ST, no caso dos autos, obedeceu à legislação específica, consultando os interesses dos fiscos pernambucano e baiano, de sorte a legalizar as operações de vendas – objeto do auto de infração questionado.

Acrescenta mais que a formula ali utilizada de redução de 18,53% na base de cálculo para fins de antecipação do ICMS/ST, foi a correta tal como prevista na legislação tributária pertinente para os produtos adquiridos pelas empresas destinatárias estabelecidas no território baiano.

Nesse sentido entende que o art. 3º do Decreto nº 8.511, de 06 de maio de 2003, cujos efeitos vigoraram de 07.05.2003 a 08.09.2009 abaixo, transcrito:

“Nas aquisições dos produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, por distribuidora situada neste Estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes, quanto feitas diretamente a estabelecimentos industriais, a base de cálculo para fins de antecipação do ICMS poderá ser reduzida 18,53% (dezoito inteiros e cinquenta e três centésimos por cento), sem prejuízo da redução prevista no § 2º, do art. 61, do regulamento de ICMS, de tal forma que a carga de ICMS resulte da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15% (doze inteiros e quinze centésimos por cento).”

Consigna que a diferença apontada no Auto de Infração, decorre tão somente da metodologia aplicada para apurar o valor do imposto retido, tudo de conformidade com o que se explicitou a partir dos itens 3.27 e ss. da peça impugnatória, de fls. dos autos; não há diferença a recolher.

Quanto ao ICMS/ST retido e não recolhido, constante do auto de infração, afirma que também não procede a exigência fiscal, em face da impugnação desse lançamento do crédito tributário, mediante os comprovantes do recolhimento do tributo que dos autos constam. Complementando que, como reconhece os contestantes às fls. 356, 357, deste contencioso fiscal sub judice, ao considerar a documentação fiscal apresentada, bem como a falha do sistema, dizendo que *“houve erro no SIGAT em relação à apropriação dos recolhimentos efetuados pela Sapeka, devido à troca de versão no programa de geração da GNRE.”*

Nessa toada, em relação à infração 3 apontada no auto, afirma que reconheceram que houve o recolhimento do imposto retido, praticamente na sua totalidade, restando, no entendimento dos contestantes, apenas o valor R\$ 13.272,13 (treze mil duzentos e setenta dois reais e treze centavos) de ICMS/ST devido, conforme demonstrativo de fl. 357.

Argumenta que a diferença relativa ao ICMS/ST, segundo os contestantes se refere aos meses de fevereiro, abril e dezembro de 2008 e janeiro de 2009, apontada no demonstrativo retro

mencionado, porém não suficientemente comprovada e ante a fragilidade do levantamento, como se infere da própria Informação Fiscal de fls. 350 a 363, e considerando que houve a comprovação, pelos documentos carreados aos autos, do recolhimento do imposto através da documentação que instruiu a defesa, tal diferença não procede.

Ratifica o pedido constante de sua peça impugnatória, espera que o CONSEF acolha as suas razões para anular ou improceder o Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração traz a exigência tributária ao sujeito passivo por ter deixado de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, por ter efetuado o recolhimento a menos e não ter recolhido o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas interestaduais realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Verifico, preliminarmente, que não cabem as arguições genéricas de nulidade articuladas pelo impugnante, visto que, em relação à competência do estado da Bahia para exigir o tributo em questão, tem amparo nos acordos interestaduais sobre substituição tributária, firmados com, conforme se verificará na análise do mérito.

A arguição de intempestividade da defesa foi superada com amparo nas arguições do autuado de que efetivamente encaminhou no prazo a defesa, bem como o acolhimento pela repartição fazendária, destacando importância, no aludido processo administrativo, de conhecer os argumentos do autuado em nome do princípio da verdade material, assegurando ao Estado, através da análise dos mesmos, a certeza do crédito tributário reclamado.

Quanto a mérito, não há como impor correções aos argumentos da autuante, quando informa que o Auto de Infração foi lavrado com base no Convênio ICMS 76/94, o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, bem como o Convênio ICMS 81/93 de 15.09.93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, dispõe em sua Cláusula Segunda que: *"Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente."*

Assim, as operações interestaduais, de forma geral, cujas mercadorias possuam Convênio ou Protocolo fica atribuída ao remetente a responsabilidade retenção e recolhimento do imposto na condição de substituto tributário, observando as situações em que não se dever adotar tal regime, previstos nos próprios acordos ou no Convenio ICMS 81/93.

Diante do exposto, não resta outra conclusão a não ser a de que a obrigatoriedade de efetuar a antecipação tributária sobre os produtos arrolados no presente Auto de infração é do autuado.

Verifico, conforme informação fiscal, que o Termo de Acordo apresentado pela impugnante às fls. 235 a 238 se refere à empresa Sapeka localizada no Estado de Goiás, CNPJ nº 02.874.322/0001-95, enquanto que a autuada está localizada em Pernambuco.

Em relação aos termos apresentados relativos às empresas Jeane Souza Melo de Oliveira, Cabral e Souza Ltda., Perelo Imp. Com. Rep. Ltda., e Mercantil Rodrigues Comercial Ltda., e em relação empresa Jeane Souza Melo de Oliveira, foi apresentado, às fls. 241, pedido de Credenciamento para efetuar o recolhimento do imposto relativo às mercadorias constantes no Anexo Único da Portaria nº 114/2004 até o dia 25 do mês subsequente ao da sua entrada no estabelecimento. Complementa acertadamente a autuante, que o aludido dispositivo prevê que havendo acordo interestadual e sendo o Estado remetente signatário este prevalecerá sobre nossa legislação interna, devendo o imposto ser retido pelo remetente, no caso, o autuado.

Em consonância com a autuante, no caso da empresa Cabral e Souza Ltda., foi apresentado às fls., 242 Regime Especial nº 833.042/94 para pagamento do ICMS referente à operação subsequente com os produtos apontados pelas Portarias nºs 225 de 28/05/93 e 270 de 22/06/93 (revogada a partir de 01/03/04, pela Portaria nº 114/04) até o nono dia do mês seguinte ao da entrada dos mesmos no respectivo estabelecimento.

Quanto à Perelo Imp. Com. Rep. Ltda., a impugnante apresentou às fls. 244 a 247, decisão que concede liminar para recolhimento de ICMS relativo a mercadorias apreendidas sem Termo de Apreensão até o dia 25 do mês subsequente e Termo de Acordo para redução da base de cálculo nos termos do Decreto nº 7.799/2000. Em relação à Mercantil Rodrigues Comercial Ltda., foi apresentado às fls. 248 a 251 pedidos de credenciamento para efetuar o recolhimento do imposto relativo às mercadorias constantes no Anexo Único da Portaria nº 114/2004 até o dia 25 do mês subsequente ao da sua entrada no estabelecimento. Os pedidos prevêem que havendo acordo interestadual e sendo o Estado remetente signatário este prevalecerá sobre nossa legislação interna, devendo o imposto ser retido pelo remetente, no caso, a empresa Sapeka, não surtindo efeito a credencial concedida.

Quanto às empresas Jonh Regis Comércio Distrib, Samavi Distrib e Transporte Ltda., e Atakarejo Distribuidor de Alimentos e Bebidas Ltda., a impugnante não apresentou os respectivos Termos de Acordo.

Verifico, mais uma vez, observando a informação fiscal, que realmente todos os documentos apresentados pela autuada tratam de dilação de prazo para recolhimento de ICMS ST ou, no caso de Perelo Imp. Com. Rep. Ltda., redução de base de cálculo. Em nenhum momento os referidos documentos eximem o estabelecimento importador ou industrial situado em outra unidade da federação de efetuar a retenção do ICMS nas vendas de produtos sujeitos à substituição tributária para o Estado da Bahia. Ao contrário, o que prevêem é que havendo acordo interestadual e sendo o Estado remetente signatário esse deverá regular as operações interestaduais através desse regime, em consonância com o que dispõe o art. 10 da Lei 7014/96.

“Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.”

A alegação de que as empresas destinatárias efetuaram o recolhimento do imposto, os comprovantes ainda não foram apresentados, não subsiste, uma vez que a responsável pela retenção do ICMS ST relativo às mercadorias elencadas no presente Auto de Infração é da empresa autuada, conforme determina os acordos indicados. A empresa autuada está localizada em Pernambuco. Ao contrário de Goiás, o Estado de Pernambuco não denunciou o Convênio ICMS 76/94, estando a impugnante obrigada a proceder à retenção do ICMS ST de acordo com as suas normas.

Quanto ao cálculo do imposto relativo à infração ICMS ST retido a menos constante no Anexo 3 do Auto de Infração (fls. 13 a 19) ocorreu nas saídas para as empresas Jeane Souza Melo de Oliveira, CNPJ 03.681.341/0001-68, Atakarejo Distribuidor de Alimentos e Bebidas Ltda., Mercantil Rodrigues Comercial Ltda., Samavi Distribuição e Transporte Ltda. O cálculo do ICMS ST devido neste Auto, foi aplicada corretamente a redução da base de cálculo de 10% prevista no § 4º do Convênio ICMS 76/94, pois o percentual de 18,53% arguido pelo impugnante está previsto no art. 3º-A do Decreto nº 7.799/00 (transcrito abaixo) e só se aplica nas aquisições por distribuidora localizada neste Estado, sendo esta a responsável pela antecipação do ICMS relativo às operações subseqüentes:

“Art. 3º-A - Nas aquisições dos produtos relacionados no item 13 do inciso ” do art. 353 do RICMS, por distribuidora situada neste Estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subseqüentes, quando feitas diretamente a estabelecimentos industriais, a base de cálculo para fins de antecipação do ICMS poderá ser reduzida em 18,53% (dezoito inteiros e cinquenta e três centésimos por cento), sem prejuízo da redução prevista no § 2º, do art. 61, do Regulamento do ICMS, de tal forma que a carga de ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15% (doze inteiros e quinze centésimos por cento).”

Verifico que a empresa Jeane Souza Melo de Oliveira formalizou consulta à DITRI (fls. 360 a 363), questionando se a redução de 18,53 é devida nas aquisições de Estados signatários do Convênio ICMS 76/94, tendo obtido como resposta a informação de que não é devida, tendo em vista essa redução só se aplicar quando o estabelecimento distribuidor localizado na Bahia for efetivamente o responsável pelo recolhimento do ICMS devido por antecipação.

Cabe razão a autuante quando afirma que, no presente caso, como o Estado de Pernambuco, onde está localizada a impugnante, é signatário do citado Convênio, a responsável pelo recolhimento do ICMS ST sobre as vendas para a Bahia é a própria Sapeka. Desta forma, a redução de 18,53% sobre a base de cálculo do ICMS ST para essas operações não é devida, estando assim correto o cálculo efetuado neste Auto de Infração.

Em relação à infração ICMS ST Retido e não Recolhido, a requerente apresenta às fls. nº 257 a 346 cópias de GNRE, referentes ao pagamento do ICMS ST relativo às várias Notas Fiscais, já relatadas, cujos comprovantes de pagamento foram encaminhados à DARC/GEARC para verificação no dia 17/06/2010, através do Processo nº 48762712010-0 (apensado), tendo este retomado em 12/07/2010, com a informação de que houve erro no SIGAT em relação à apropriação dos recolhimentos efetuados pela Sapeka, devido à troca de versão no programa de geração da GNRE.

Assim, as aludidas Notas Fiscais enumeradas constantes do relatório, foram excluídas do cálculo do ICMS Antecipação devido para a Infração 03 - 08.15.01, que passa a ser como segue:

Ano	Mês	ICMS ST Devido
2008	02	99,13
2008	04	4.612,52
2008	12	1.915,12
2009	01	6.645,36

Total da Infração 3: R\$ 13.272,13

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL, cabendo a procedência das infrações 1 e 2 e a procedência parcial da infração 3, constante do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269203.0002/10-0**, lavrado contra **SAPEKA INDÚSTRIA E COM. DE FRALDAS DESCARTÁVEIS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$335.546,73**, acrescido das multas de 60% sobre R\$108.409,93 e 150% sobre R\$ 227.136,80, previstas no art. 42, II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA