

PROCESSO	- A. I. N° 269203.0002/10-0
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SAPEKA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS LTDA. (FRALDAS SAPEKA)
RECORRIDOS	- SAPEKA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS LTDA. (FRALDAS SAPEKA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF n° 0007-02/11
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 21/09/2012

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDAO CJF N° 0271-11/12**

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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0007-02/11), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, lavrada em 30/03/2010, imputando ao sujeito passivo o cometimento de três infrações, a saber:

1. deixou de proceder à retenção do ICMS e ao 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%.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

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 Convênio ICMS 81/93.

Diante do exposto, não resta outra conclusão a não ser a de que a obrigatoriedade de efetuara 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 o autuado 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 pelo autuado 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 autuado, conforme determina os acordos indicados. A empresa autuado 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 subsequentes:

“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 subsequentes, 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.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 542/554, suscitando preliminar de nulidade do Auto de Infração por insegurança da acusação e incompetência do Órgão Fazendário.

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, tem como objetivo a indústria e comércio de fraldas descartáveis. Nessa condição, celebrando Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, 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.

Diz 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 Secretaria da Fazenda ajustes para o recolhimento do imposto devido por antecipação, mediante Termos de Acordo e Regimes Especiais.

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 efetuá-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.

Defende 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 do autuado.

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 2, 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 terem ocorrido interpretações diferentes na feitura dos cálculos para retenção do ICMS/ST, pelo fisco e pelo autuado. 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, 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 à 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 à impugnação comprovam 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.

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 PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 561/563, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, sob o argumento de que, de acordo com a cláusula primeira, do Convênio ICMS 76/94, cabe ao industrial a retenção do ICMS por substituição tributária nas operações interestaduais com medicamentos, sobrepondo-se tal comando normativo a regimes especiais firmados em legislação interna com ele conflitantes.

Aduz que, diferentemente do alegado pelo recorrente, a empresa autuada possui sede no Estado de Pernambuco, unidade federada ainda vinculada ao Acordo Interestadual.

No que tange ao cálculo do ICMS-ST, diz que a redução da base de cálculo em 18,53% somente se aplica quando o estabelecimento distribuidor destinatário da mercadoria localizado no Estado da Bahia seja o responsável pelo recolhimento do imposto, o que não se aplica ao caso concreto.

VOTO

A preliminar de nulidade da autuação não pode ser acolhida, pois, em primeiro lugar, inexiste qualquer norma que vede terminantemente o Órgão Fazendário de um determinado Estado de fiscalizar e lançar tributo relativo a estabelecimento sediado fora de seus limites territoriais. Ao revés, a regra do art. 199, do CTN, é clara ao dispor: *A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.*

No que concerne à ilegitimidade passiva, também aventada em sede preliminar, ainda de que de modo obscuro, entendo que a matéria relativa à viabilidade da exigência do imposto por substituição tributária encontra-se entrosada com o mérito e será com ele conjuntamente deslindada.

Por derradeiro, verifico que o presente Auto de Infração preenche todos os requisitos da legislação vigente para a sua conformação enquanto ato administrativo de constituição de crédito tributário, tendo havido a adequada descrição do ilícito constatado, do contribuinte faltoso, do montante de imposto não recolhido, bem como foi exposta a metodologia de cálculo utilizada pelos prepostos fiscais.

Nesse contexto, inexiste a nulidade vislumbrada pelo recorrente.

Quanto ao mérito, o sujeito passivo não trouxe, em seu Recurso Voluntário, qualquer argumento ou prova nova capaz de infirmar o entendimento esposado na Decisão de Primeira Instância administrativa.

Na infração 1, é exigido o imposto que deveria ter sido retido e recolhido pelo contribuinte, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas a contribuintes localizados no Estado da Bahia. A obrigação do sujeito passivo quanto à retenção e recolhimento do tributo reclamado dimana cristalina da cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94, *in verbis*:

Cláusula primeira Nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de

Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Vale ressaltar que o estabelecimento autuado fica localizado no Estado de Pernambuco, signatário do referido Convênio ICMS 76/94, revelando-se impertinentes as alegações recursais relativas a uma suposta denúncia, incoorrente no caso vertente. A par disso, as disposições desse Convênio, por expressarem a vontade de diversos entes federativos signatários, se sobreponem à legislação individual de cada Estado, logo, os termos de acordo celebrados com destinatários das mercadorias garantido-lhes o direito de recolher o imposto relativo às mercadorias constantes do Anexo Único até o dia 25 do mês subsequente não são capazes de afastar a responsabilidade do sujeito passivo desta autuação, quanto à retenção e ao recolhimento do imposto devido.

É elementar, ainda, que a faculdade conferida a alguns destinatários do autuado quanto à postergação do recolhimento do ICMS-ST deve ser aplicada exclusivamente aos casos em que são eles - os destinatários - os responsáveis pela antecipação do imposto devido, como ocorre nas hipóteses do art. 371, do RICMS/97. Os termos de acordo não poderiam ser utilizados para postegar o recolhimento de tributos que não são de responsabilidade do contribuinte acordante.

Também no que concerne aos termos de acordo celebrados por destinatários das mercadorias comercializadas pelo autuado e à base de cálculo do imposto lançado na infração 2, valho-me da análise minuciosa levada a efeito na Decisão objurgada:

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 o autuado 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 pelo autuado 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 autuado, conforme determina os acordos indicados. A empresa autuado 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 subsequentes:

“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 subsequentes, 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.

Assim, nenhum reparo merece a Decisão impugnada quanto às infrações 1 e 2.

Por derradeiro, quanto à infração 3, correta a Decisão da Junta de Julgamento Fical que excluiu das exigências os valores de imposto que já haviam sido recolhidos pelo sujeito passivo, mas que não foram adequadamente apropriados pelo SIGAT.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão corrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269203.0002/10-0, lavrado contra **SAPEKA INDÚSTRIA E COM. DE FRALDAS DESCARTÁVEIS DO NORDESTE LTDA. (FRALDAS SAPEKA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$335.546,73**, acrescido das multas de 60% sobre R\$322.274,60 e 150% sobre R\$13.272,13, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS