

PROCESSO - A. I. Nº 207349.0001/12-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G.BARBOSA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0260-01/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 09/06/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0134-12/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERESTADUAL, DESTINADAS A CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a1)** Convênio ICMS 74/94. **a2)** Convênio ICMS 76/94. **a3)** Protocolo ICMS 14/06. **a4)** Protocolo ICMS 15/06; **a5)** Protocolo ICMS 97/10. Restou confirmada a condição de substituto tributário do sujeito passivo, bem como a sua responsabilidade pela retenção e recolhimento a menos do imposto exigido. Não há provas cabais de que valores recolhidos pelas filiais se refiram às mesmas notas fiscais relacionadas neste Auto de Infração. Mantidas as exigências. Reformada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que concluiu pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, por meio do qual foram atribuídos ao sujeito passivo quinze ilícitos tributários, sendo objeto do Recurso as infrações 3, 4, 5, 6 e 11, como a seguir descrito:

INFRAÇÃO 3 – 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, de inseticidas, removedores, e outros produtos constantes nas notas fiscais relacionadas no Anexo 2.1, conforme previsto no Convênio ICMS 74/94. Valor do ICMS R\$173.218,13. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 - 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 de produtos constantes nas notas fiscais relacionadas no Anexo 2.1, conforme previsto no Convênio ICMS 76/94. Valor do ICMS R\$153,62. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 - 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 de produtos constantes nas notas fiscais relacionadas no Anexo 2.1, conforme previsto no Protocolo ICMS 14/06. Valor do ICMS R\$1.301.329,45. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 6 - 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 de aguardentes constantes nas notas fiscais relacionadas no Anexo 2.1, conforme previsto no Protocolo ICMS 15/06 - Valor do ICMS

R\$2.364,06 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 11 - 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia de autopeças constantes nas notas fiscais relacionadas no Anexo 2.1, conforme previsto no Protocolo ICMS 97/10. Valor do ICMS R\$109.240,55. Multa de 60%.

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

"O presente lançamento de ofício, regularmente impugnado, foi lavrado para constituição de crédito tributário, em razão das 15 infrações por descumprimento de obrigação principal do ICMS, descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação nas linhas procedentes, exceto para os itens 01, 02, 07, 08, 09, 10, 12, 13 14 e 15, reconhecidos pelo sujeito passivo, declarando que fará o pagamento integral, estando, pois, caracterizados e excluídos da lide. A discussão cingir-se-á, portanto, aos itens e 03, 04, 05, 06 e 11.

O sujeito passivo centraliza suas argumentações preliminares na busca da verdade material, que pede seja efetivado, tal princípio, através da diligência fiscal, a cargo da Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC, e no exame do CD que contém os "Mapas de Antecipação Tributária", planilhas e demais extratos.

Constato que no presente Processo Administrativo Fiscal - PAF foi obedecido ao devido processo legal, tendo o impugnante exercido de forma ampla a sua defesa e o contraditório, inclusive com solicitação de diligência atendida, fornecendo ao autuado as peças necessárias para aduzir suas razões com observação dos prazos previstos legalmente e demais exigências formais. As demais questões serão abordadas na análise do mérito.

Verifico que o Auto de Infração esta lastreado basicamente em duas acusações: 1 – deixou o autuado de proceder à retenção do ICMS (infrações 03, 04, 05 e 06); 2 – autuado procedeu à retenção menor do ICMS (infração 11), considerando as infrações não reconhecidas pelo autuado.

Após o Parecer 0051/2013 construído por membro da ASTEC, acostado aos autos às fls. 213/215, além dos demais demonstrativos, que opinou pela redução dos valores exigidos de início, nas infrações, objeto da diligência fiscal, para o valor global de R\$ 65.698,24. As Auditoras Fiscais autuantes se posicionaram de forma contrária, na arguição de que a obrigação de reter e recolher os valores de ICMS-ST é do contribuinte substituto e que a alegação defensiva do recolhimento através das suas filiais de destino das mercadorias transferidas fere o instituto da Substituição Tributária.

O princípio que busca a verdade material é, sem dúvida, ponto de crucial relevância no contencioso tributário e consiste em catar a realidade dos fatos, cabendo tanto a administração fazendária e ao contribuinte, não só alegar, mas, sobretudo, produzir provas que criem condições de convicção favoráveis à sua pretensão. Decerto, cabe a administração o ônus da prova no ilícito tributário, entretanto, não conferiu a lei ao contribuinte o poder de se eximir de sua responsabilidade através da recusa da entrega dos elementos materiais à apreciação objetiva e subjetiva estabelecida na legislação tributária.

Certo que o sujeito passivo da relação jurídica tributária em debate é o contribuinte inscrito no Estado da Bahia, na qualidade de substituto tributário, para atender aos diversos acordos interestaduais que lhe atribui essa condição, conforme alinha a Cláusula segunda do Conv. 81/93, observando a condição de varejista de seus adquirentes nesse Estado, portanto em consonância com a Cláusula quinta, inciso II do aludido convênio. No entanto, é o próprio Convênio, antes aludido, 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, 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.

Nessa quadra, fundamental em tal questão, para que a obrigação tributária esteja cumprida, é que o recolhimento do ICMS-ST seja efetuado em favor do Estado destinatário.

No caso concreto, ainda que da forma não indicada na norma, o recolhimento foi efetivamente feito pelas filiais do próprio contribuinte autuado, conforme restou consignado no Parecer da ASTEC nº 0051/2013, acostado aos autos, às fls. 213/215.

No demonstrativo anexado ao aludido Parecer (fls. 219/258) e na mídia em CD (fl. 218) em confronto com a exigência listada, na inicial dos autos, igualmente na mídia em CD (fl. 33), pude observar as diversas operações constantes dos "Mapas de Antecipação Tributária Integral", apresentados pelo contribuinte autuado, percorrendo sobre os valores e as lojas, onde foram efetuados os respectivos pagamentos do ICMS-ST.

À guisa de exemplo, o diligente acosta o demonstrativo do levantamento do ICMS-ST, relativas às operações do mês de dezembro de 2011, devido em função do Convênio ICMS 74/94, que dispõe sobre a substituição

tributária, nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria, reduzindo a exigência de R\$ 11.943,11 para R\$ 1.468,27 (fl. 215), pela exclusão daquelas operações constantes no demonstrativo eletrônico de fl. 33, cujas pagamentos foram efetuados pelas filiais do contribuinte autuado.

Concluídas as retificações, restou reduzida a exigência total da infração 03, do valor de R\$ 173.218,13 para R\$ 21.297,07; a infração 04, no valor de R\$ 153,62 para R\$ 134,97; a infração 05, no valor de R\$ 1.301.329,45 para R\$ 9.786,96; a infração 06, no valor de R\$ 2.364,06 para R\$ 383,60; a infração 11, no valor de R\$ 109.240,55 para R\$ 34.095,91, conforme valores extraídos do demonstrativo de débito que acompanha o Parecer ASTEC 0051/2013.

Dessa forma, o valor total a ser exigido no Auto de Infração passa de R\$ 1.630.333,22 para R\$ 109.725,66, conforme o extrato a seguir dos débitos remanescentes.

*Infração 01 – procedência integral – R\$ 924,57
Infração 02 – procedência integral – R\$ 18.972,54
Infração 03 - procedência parcial – R\$ 21.297,07
Infração 04 – procedência parcial – R\$ 134,97
Infração 05 – procedência parcial – R\$ 9.786,69
Infração 06 – procedência parcial – R\$ 383,60
Infração 07 – procedência integral – R\$ 9.114,81
Infração 08 - procedência integral – R\$ 1.727,25
Infração 09 – procedência integral – R\$ 6.426,02
Infração 10 – procedência integral – R\$ 3.206,59
Infração 11 – procedência parcial – R\$ 34.095,91
Infração 12 – procedência integral – R\$ 14,35
Infração 13 - procedência integral – R\$ 1.197,55
Infração 14 – procedência integral – R\$ 438,01
Infração 15 – procedência integral – R\$ 2.005,73*

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Às fls. 291 a 293 e 295 a 300 foram apensados documentos que comprovam o recolhimento de parte do débito lançado neste Auto de Infração.

VOTO

O autuado foi acusado, nas infrações 3, 4, 5, 6 e 11, de ter deixado de recolher o ICMS devido em decorrência da substituição tributária, nas operações de saídas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no território baiano, no período de janeiro a dezembro de 2011.

Conforme indicado na Decisão recorrida, a condição de responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária é atribuída ao recorrido, considerando que está localizado em Sergipe, Estado signatário dos diversos convênios e protocolos mencionados no lançamento de ofício, combinados com o Convênio ICMS 81/93 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*”. Vejamos a seguir o detalhamento das acusações e a legislação regente:

Infração 3 – inseticidas e removedores, dentre outros produtos constantes nas notas fiscais relacionadas no Anexo 2.1 do Auto de Infração, mercadorias relacionadas no Convênio ICMS 74/94.

Cláusula primeira *Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas no anexo deste Convênio fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, 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 devido nas subseqüentes saídas, ou na entrada para uso ou consumo do destinatário.*

Ocorre que a empresa remetente (autuado) exerce a atividade de atacadista e não se reveste, portanto, da condição de industrial fabricante ou importador – sujeitos passivos por substituição inseridos na Cláusula primeira do Convênio ICMS 74/94, o que poderia levar à conclusão de que o

recorrente não seria o responsável pelo pagamento do ICMS por substituição tributária.

Entretanto, este CONSEF já firmou o entendimento reiterado de que, consoante a Cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93 (em vigência desde 04/10/93), o contribuinte remetente, seja ele importador, distribuidor, industrial fabricante, atacadista ou varejista, é que é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS nas operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária por meio dos diversos Convênios e Protocolos dos quais o Estado da Bahia é signatário.

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.*

Aliás, o RICMS/97 também apresenta a mesma orientação, como a seguir transcrito:

Art. 370. *Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nesta subseção e nos convênios e protocolos (Anexo 86) para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas (Conv. ICMS 81/93).*

§ 1º *As regras estipuladas nesta subseção não se aplicam, nas operações interestaduais, à substituição tributária decorrente de convênios ou protocolos celebrados anteriormente a 10/09/93, salvo no tocante aos seguintes dispositivos, que se aplicam inclusive retroativamente a todos os convênios e protocolos já firmados (Conv. ICMS 81/93, cláusula décima sexta, e Convs. ICMS 19/94 e 51/96):*

I - *os arts. 373 e 374 - atribuição da responsabilidade ao remetente, embora com direito ao ressarcimento no caso de mercadorias já alcançadas pela substituição tributária em momento anterior (Conv. ICMS 81/93, cláusula terceira);*

Dessa forma, há de se concluir que cabia ao recorrido a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

Infração 4 - Convênio ICMS 76/94 – medicamentos de uso humano, constantes nas notas fiscais relacionadas no Anexo 2.1 do Auto de Infração –

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 subseqüentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.*

Como vimos acima, a empresa remetente (autuado) exerce a atividade de atacadista e, portanto, não se reveste da condição de industrial fabricante ou importador – sujeitos passivos por substituição inseridos na Cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94, o que poderia levar à conclusão de que o recorrente não seria o responsável pelo pagamento do ICMS por substituição tributária.

Entretanto, este CONSEF já firmou o entendimento reiterado de que, consoante a Cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93 (em vigência desde 04/10/93), o contribuinte remetente, seja ele importador, distribuidor, industrial fabricante, atacadista ou varejista, é que é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS nas operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária por meio dos diversos Convênios e Protocolos dos quais o Estado da Bahia é signatário.

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.*

O RICMS/97, em seu artigo 370, § 1º, inciso I, também apresenta a mesma orientação, como visto acima.

Dessa forma, há de se concluir que cabia ao recorrido a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária também nesse caso.

Infração 5 - bebidas quentes, constantes nas notas fiscais relacionadas no Anexo 2.1 do Auto de Infração, mercadorias relacionadas no Protocolo ICMS 14/06.

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com vermouths e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas, classificados na posição 2205, da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM, bem como com bebidas quentes, classificadas na posição 2208, exceto aguardente de cana e de melão, entre contribuintes situados nos seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial, importador e arrematante de mercadoria importada e apreendida, na qualidade de sujeito passivo por substituição, 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.

Cláusula segunda O regime de que trata este protocolo não se aplica:

I - à transferência da mercadoria entre estabelecimentos da empresa industrial, importadora ou arrematante;
(...)

Parágrafo único. Na hipótese desta cláusula, a substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa.

Cláusula terceira No caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com as mercadorias a que se refere este protocolo a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente, observado o seguinte: (grifos não originais)

Nessa situação, o próprio acordo interestadual prevê a responsabilidade do recorrido pela retenção do ICMS nas operações com as mercadorias ali elencadas.

Infração 6 - aguardente, constante nas notas fiscais relacionadas no Anexo 2.1 do Auto de Infração, mercadorias relacionadas no Protocolo ICMS 15/06.

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com aguardente classificado na subposição 2208.40.00 da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM, entre contribuintes situados nos seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial, importador e arrematante de mercadoria importada e apreendida, na qualidade de sujeito passivo por substituição, 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.

Cláusula segunda O regime de que trata este protocolo não se aplica:

I - à transferência da mercadoria entre estabelecimentos da empresa industrial, importadora ou arrematante;

Parágrafo único. Na hipótese desta cláusula, a substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa.

Cláusula terceira No caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com as mercadorias a que se refere este protocolo a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente, observado o seguinte:

O próprio acordo interestadual prevê a responsabilidade do recorrido pela retenção do ICMS nas operações com as mercadorias ali elencadas.

Infração 11 - autopeças, constantes nas notas fiscais relacionadas no Anexo 2.1 do Auto de Infração, Protocolo ICMS 97/10.

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, 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.

Mais uma vez, o próprio acordo interestadual prevê a responsabilidade do recorrido pela retenção do ICMS nas operações com as mercadorias ali elencadas.

Ressalte-se, ainda, que o autuado está inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia na condição de “substituto” e que as operações sob análise **não** se inserem na exceção disposta

na Cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, visto que as filiais destinatárias das mercadorias exercem a atividade de varejistas. Vejamos a redação do dispositivo mencionado:

Cláusula quinta A substituição tributária não se aplica:

(...)

II - às transferências para outro estabelecimento, **exceto varejista**, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa. (grifo não original)

Parágrafo único Sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria.

A Junta de Julgamento Fiscal entendeu que o autuado estava obrigado a efetuar o recolhimento do imposto estadual devido por substituição tributária, porém deliberou por reduzir o débito lançado nas imputações acima mencionadas para o montante total de R\$65.698,24, após diligência realizada por auditor fiscal lotado na ASTEC/CONSEF, que confirmou a alegação defensiva de que o ICMS havia sido recolhido por antecipação pelas empresas filiais destinatárias, consoante os chamados “Mapas de Antecipação Tributária” anexados às fls. 213 a 215 dos autos.

Na Decisão recorrida, o órgão julgador de piso assim se manifestou:

No demonstrativo anexado ao aludido Parecer (fls. 219/258) e na mídia em CD (fl. 218) em confronto com a exigência listada, na inicial dos autos, igualmente na mídia em CD (fl. 33), pude observar as diversas operações constantes dos “Mapas de Antecipação Tributária Integral”, apresentados pelo contribuinte autuado, discorrendo sobre os valores e as lojas, onde foram efetuados os respectivos pagamentos do ICMS-ST.

À guisa de exemplo, o diligente acosta o demonstrativo do levantamento do ICMS-ST, relativas às operações do mês de dezembro de 2011, devido em função do Convênio ICMS 74/94, que dispõe sobre a substituição tributária, nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria, reduzindo a exigência de R\$ 11.943,11 para R\$ 1.468,27 (fl. 215), pela exclusão daquelas operações constantes no demonstrativo eletrônico de fl. 33, cujas pagamentos foram efetuados pelas filiais do contribuinte autuado.

O diligente apresentou as seguintes considerações:

(...)

O contribuinte foi intimado, conforme fls. 216/21, para identificar e fazer a devida correlação, em seus “Mapas de Antecipação Tributária”, de cada valor efetivamente pago de ICMS – ST relacionado às operações constantes no demonstrativo fiscal, independente das filiais onde ocorreram os pagamentos.

Em atendimento ao solicitado, apresentou relatórios e demonstrativos em CD, conforme fl. 218, constando extrato dos recolhimentos efetuados, por loja, identificando os valores lançados na autuação, conforme planilhas gravadas em CD à fl. 33, anexado pelas autuantes.

Da análise dos relatórios e demonstrativos apresentados pelo autuado, constata-se ter havido recolhimentos de parte das notas fiscais lançadas pelas autuantes, em lojas que foram destinatárias das mercadorias. (grifos não originais)

Foram efetuados demonstrativos de débitos para as diferenças remanescentes, a título de amostragem, para cada uma das infrações, objeto da presente diligência, conforme fls. 219/258.

(...)

As autuantes, por outro lado, mostraram-se inconformadas com o resultado do trabalho diligencial, chamando a atenção para o fato de que o procedimento do contribuinte fere o instituto da substituição tributária, além de terem ressaltado o seguinte (fls. 268 e 269):

1. a alegação da empresa autuado, de falha no sistema emissor das notas fiscais, foi a mesma utilizada em outros autos de infração relativos a infrações apontadas nos exercícios de 2009, 2010 e 2012, não havendo, por parte do contribuinte, nenhuma intenção de corrigir o problema;
2. não há garantia de que, posteriormente, as filiais destinatárias não irão solicitar a restituição dos valores recolhidos indevidamente por esses estabelecimentos.

Concordo com o posicionamento manifestado pelos prepostos fiscais. Realmente, não há nenhuma garantia de que as filiais destinatárias não irão, no futuro, requerer a restituição dos valores que deveriam ter sido recolhidos pela empresa remetente (o autuado).

Além disso, aceitar que os recolhimentos do ICMS sejam realizados pelos destinatários das mercadorias (mais de cinquenta filiais) importará a aceitação de um procedimento que resulta, verdadeiramente, na quase impossibilidade, pelo Fisco estadual, de controlar a regularidade no pagamento do tributo devido pelo recorrido. Além disso, o sujeito passivo da obrigação tributária não se sentirá estimulado a modificar um procedimento que afronta a legislação.

Por fim, pelo exame do trabalho apresentado pelo diligente, verifico que foi o próprio contribuinte que apresentou uma relação com as notas fiscais elencadas neste Auto de Infração, bem como o valor mensal de ICMS relativo à substituição tributária, em confronto com o montante total recolhido por cada uma das filiais destinatárias, sem que houvesse a certeza de que o recolhimento englobou todas as operações listadas na autuação, pois o diligente não informou se fez, ou não, a verificação das notas fiscais e dos documentos de arrecadação. Na realidade, todo o trabalho foi feito pelo próprio autuado e o fiscal estranho ao feito sequer realizou a conferência da veracidade das informações, ainda que por amostragem, mostrando-se, o trabalho diligencial, pouco convincente.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para reformar a Decisão de primeiro grau e restaurar o valor originalmente lançado nas infrações 3, 4, 5, 6 e 11. A repartição competente deve homologar os valores efetivamente recolhidos.

VOTO EM SEPARADO

Inicialmente, cumpre asseverar que acompanho o voto da Nobre Relatora, entretanto, gostaria de consignar, em apartado, mais alguns fundamentos.

Com efeito, através do instituto da responsabilidade tributária, o legislador desloca a sujeição passiva da relação obrigacional tributária para um terceiro que não tem afeição direta com o fato gerador do tributo, mas que, por força de lei assume a obrigação de recolhê-lo.

Trata-se de claro meio para se facilitar a arrecadação e fiscalização do fisco e, em que pese, pessoalmente, não concorde com a sua sistemática em determinadas situações, por entender que pode onerar demais o contribuinte, os Tribunais Superiores atestaram a sua constitucionalidade.

Venho me posicionando no sentido de que, mesmo se tratando de expressa disposição legal, situações como as enfrentadas no presente lançamento, devem ser analisadas dentro de suas particularidades, e em respeito ao princípio da verdade material.

No presente caso, restou comprovado que o ICMS-ST não recolhido pela autuada, fora recolhido, em sua grande maioria, pelas suas filiais. Tal fato inclusive embasou o julgamento de piso ora recorrido de ofício.

Ocorre que, da análise dos autos, verifico também, que o próprio Recorrido demonstra conhecer claramente a exigência legal, tanto que se cadastrou no Estado da Bahia para efetuar recolhimento do ICMS-ST, e confessa o cometimento da infração, alegando, em sua defesa, que a mesma foi cometida em razão de problemas administrativos relativos ao sistema utilizado pela empresa.

Ora, a meu ver tal fundamento é descabido, não pode o contribuinte se abster do recolhimento de tributo e do cumprimento da legislação sob o fundamento de que o sistema por ele utilizado não comporta o cumprimento das obrigações legais. A obrigação tributária deve ser interpretada objetivamente, e materializada a hipótese de incidência, a Obrigação tributária nasce independentemente dos fatos ou do desejo do contribuinte.

No caso concreto, o que chama atenção, é que o recorrido além de ter conhecimento do fato, já sofreu autuações idênticas referentes aos exercícios de 2009, 2010 e 2012 e, mesmo assim, permanece procedendo da mesma forma, em patente afronta à legislação tributária estadual.

Assim, acatar o procedimento adotado pelo recorrido, de forma consciente e reincidente, seria

negar vigência à legislação tributária aplicável ao caso concreto.

Veja que no caso dos autos, não estamos a falar de fato isolado, ocorrido uma única vez, que poderia ensejar a aplicação da verdade material, mas sim de infração repetida e reincidente, em total desrespeito e afronta ao princípio da legalidade.

Ademais, no presente caso, o recolhimento indevido, realizado pelas filiais destinatárias das mercadorias, poderá ser restituído em procedimento específico de repetição.

Quanto à penalidade aplicada, a mesma decorre do lançamento de ofício e de expresse dispositivo legal. Tendo em vista que a Recorrida é conhecedora das reincidentes infrações que comete, poderia a mesma ter realizado denúncia espontânea, mas assim não procedeu.

Assim, diante do exposto, não vejo outro caminho a não ser reconhecer a legalidade da exigência fiscal, votando pelo provimento do recurso, cabendo ao recorrido, se do seu interesse, exigir a restituição, por meio de suas filiais, do imposto indevidamente recolhido.

Outrossim, integrando tal fundamentação ao meu voto, acompanho a Nobre Relatora integralmente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207349.0001/12-9, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G.BARBOSA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.630.333,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2014.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

DANIEL RIBEIRO DA SILVA - VOTO EM SEPARADO

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS