

PROCESSO - A. I. Nº 297856.0104/13-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DROGARIA SÃO PAULO S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0014-04/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10/11/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0319-11/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS-ST. As provas documentais carreadas aos autos comprovam o recolhimento do imposto por parte dos estabelecimentos destinatários – filiais da mesma empresa – localizados no Estado da Bahia, fato que elide a exigência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pelos membros integrantes da 4ª JJF com fulcro no artigo 169, I “a” do RPAF em face da desoneração que promoveram ao acatarem as razões de defesa apresentadas pelo sujeito passivo e julgarem Procedente em Parte o lançamento de ofício.

Através do Auto de Infração em referência foi exigido do estabelecimento autuado o ICMS devido em razão do cometimento de duas infrações à legislação de regência. Na oportunidade que apresentou sua impugnação o sujeito passivo reconheceu a procedência da exigência de que trata o item 1 do Auto de Infração, recolhendo-a em momento posterior, se insurgindo tão somente em relação ao item 2, cuja exigência foi assim capitulada na peça acusatória.

02 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor da exigência R\$ 197.341,84.

Concluída a instrução do feito, assim decidiu 4ª JJF na assentada de julgamento datada de 23/01/2014:

VOTO

Quanto à infração 1, observo que o autuado não se defendeu da acusação que lhe foi imputada e, além disso, efetuou o recolhimento do valor que fora lançado de ofício pelos autuantes. Dessa forma, em relação a esse item do lançamento não há lide e, portanto, a infração 1 subsiste integralmente, devendo ser homologado o valor já recolhido, infração procedente.

No que tange à infração 2, o autuado sustenta que na fundamentação legal da autuação foram indevidamente citados o Protocolo ICMS 105/09 e o Convênio ICMS 76/94, pois: este não se aplica ao caso em comento, já que foi denunciado pelo Estado de São Paulo em novembro de 1997; enquanto aquele só atribui a responsabilidade pela retenção do ICMS-ST a estabelecimento fabricante ou importador, o que não é o seu caso.

Apesar de os autuantes terem também citado o Convênio ICMS 76/94 no Auto de Infração, a acusação, o fato descrito e a citação do Protocolo ICMS 105/09 deixam claro que a ação fiscal foi desenvolvida com base nesse citado Protocolo, o qual se refere a produtos relacionados na infração em comento. Ademais, nos termos do art. 19 do RPAF/99, um eventual equívoco na capitulação de uma infração não constitui motivo para nulidade do lançamento, desde que a descrição do fato permita um perfeito entendimento da acusação, o que ocorre no caso em tela.

Efetivamente, o Protocolo ICMS 105/09, do qual os Estados da Bahia e de São Paulo são signatários, atribui ao estabelecimento fabricante ou importador a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST. Todavia, o previsto no Protocolo ICMS 105/09 deve ser analisado em conjunto com o Convênio ICMS 81/93, o qual estabelece normas gerais a serem aplicadas ao regime de substituição tributária nas operações interestaduais, conforme bem aplicaram os autuantes na informação fiscal.

A cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93 prevê 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.

Tendo em vista que as operações interestaduais relacionadas na infração 2 foram realizadas entre contribuintes do ICMS e que as mercadorias listadas na autuação estão elencadas no Protocolo ICMS 105/09, o remetente das mercadorias, no caso o autuado, estava obrigado a efetuar a retenção e o recolhimento do imposto em favor do Estado da Bahia.

Da análise dos DANFEs acostados ao processo e do demonstrativo elaborado pelos autuantes, depreende-se que os produtos de perfumaria, cosméticos, artigos de higiene pessoal e toucador não foram incluídos na infração 2, conforme explicaram os autuantes na informação fiscal.

Uma vez que existe acordo o interestadual prevendo a retenção do ICMS-ST pelo remetente das mercadorias, não há como se aplicar o disposto nos artigos 353, II, “13”, §2º, 371, 372 e 507, todos do RICMS-BA/97, como sustentou o autuado.

A leitura do Parecer nº 03496/2008, que foi transscrito pelo autuado na defesa, deixa evidente que se trata de uma hipótese diversa da que se encontra em lide. Na situação descrita naquele Parecer, observa-se que o consultante estava subordinado ao previsto no art. 353, §2º, do RICMS BA/97. Não se pode, porém, olvidar que os incisos desse art. 353 ressalvam a hipótese de as mercadorias já terem sido recebidas com o imposto pago por substituição.

Em face ao acima exposto, cabia ao autuado efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS-ST.

Além dos argumentos defensivos rechaçados acima, o autuado também sustenta que a infração 2 não subsiste porque o imposto foi recolhido pelo estabelecimento remetente mediante DAE'S emitidos em nome dos destinatários, seguindo acordo firmado entre eles. Como prova desse argumento, apresenta cópia dos DANFEs listados na autuação, dos correspondentes DAEs e planilhas que correlacionam os pagamentos com as respectivas notas fiscais, tudo conforme fls. 349 a 1589 e 1659 a 2003.

Na informação fiscal, os autuantes afirmam que os recolhimentos realizados pelos estabelecimentos destinatários comprovam o pagamento do imposto em comento, pois nos DAEs apresentados constam os números das notas fiscais e os controles da Secretaria da Fazenda acusam o ingresso dos Recursos nos cofres do Estado da Bahia. Sob o entendimento de que o imposto devido já fora recolhido, propugnam pela improcedência da infração 2.

Com base na informação fiscal prestada pelos próprios Auditores Fiscais autuantes e na farta documentação probante trazida aos autos pelo defendente, fica comprovado que o imposto que está sendo exigido do autuado já foi recolhido pelos estabelecimentos destinatários.

Nos lançamentos de ofício em que o ICMS devido por substituição tributária é recolhido pelo contribuinte substituído em lugar do substituto contrariando disposições legais, tenho me posicionado pela manutenção dos lançamentos. Todavia, o caso em análise contém peculiaridades que não podem ser desprezadas.

Conforme foi afirmado pelos autuantes, os valores devidos foram todos recolhidos pelo contribuinte substituto em nome dos estabelecimentos destinatários, não havendo, assim, dúvida de que o imposto devido ao Estado da Bahia foi recolhido. Além disso, os estabelecimentos envolvidos, tanto o substituto quanto os substituídos, eram filiais de uma mesma empresa.

A situação concreta em análise é diferente de outros processos em que os supostos pagamentos eram parciais e eram efetuados por diversos estabelecimentos, exigindo que esses recolhimentos fossem comprovados mediante complexos roteiros de auditoria fiscal a serem aplicados nesses estabelecimentos, contrariando, assim, a essência do regime de substituição tributária, a qual visa à centralização dos recolhimentos em um determinado contribuinte.

Considerando que se trata de estabelecimentos de uma mesma empresa, nada impede que o autuado solicite à Gerência de Arrecadação de ICMS (GEARC) a retificação dos DAE'S referentes aos pagamentos efetuados pelos contribuintes substituídos, de forma que os recolhimentos em tela sejam considerados em nome do efetivo substituto tributário.

Por fim, não se pode olvidar que os próprios autuantes, Auditores Fiscais que tiveram acesso aos livros e documentos fiscais do autuado e conheciam o funcionamento do estabelecimento fiscalizado, expressamente sugeriram que a infração em comento fosse julgada improcedente.

Em face ao acima exposto, considerando as peculiaridades do caso concreto, considero que a infração 2 é insubstancial.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por julgar a infração 1 procedente e a infração 2 improcedente, devendo ser homologados os valores já recolhidos, conforme, às fls. 2013 a 2015.

Em apertada síntese, a 4^a JJF afastou a exigência em razão de ter constatado que o imposto objeto da exigência fora recolhido pelo estabelecimento remetente em favor do Estado da Bahia, procedimento que foi confirmado pelo próprio preposto autuante na oportunidade em que prestou suas informações fiscais.

Através de petição datada de 11/03/2014 o sujeito passivo apresenta contra razões ao Recurso de Ofício, reiterando todos os argumentos aduzidos em sua peça defensiva, requerendo afinal o não provimento do Recurso.

Apesar de se tratar de Recurso de Ofício consta das fls. 2057 a 2059 opinativo da PGE/PROFIS no sentido do Não Provimento do Recurso em face a comprovação do recolhimento da quantia exigida.

VOTO

Em linha com o opinativo da PGE/PROFIS entendo não merecer provimento o Recurso de Ofício.

De fato, as provas documentais carreadas aos autos não deixam quaisquer dúvidas acerca do recolhimento do imposto exigido através do item 2 do Auto de Infração por parte do estabelecimento remetente, em que pese nos DAE's constar o número da inscrição estadual dos estabelecimentos destinatários, que, no caso dos autos, se constituem em filiais da mesma empresa.

Referidos documentos possibilitaram aos fiscais autuantes correlacionarem os pagamentos efetuados com os DANFES objeto da autuação, o que levou os prepostos reconheceram a improcedência da exigência.

Diante de tais circunstâncias, voto no sentido do NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, ratificando a Decisão de piso com base nos seus próprios fundamentos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 297856.0104/13-2, lavrado contra DROGARIA SÃO PAULO S.A., devendo o recorrido ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$69.173,82, 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 já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO- SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS