

A. I. N° - 281066.0005/13-0
AUTUADO - LOJAS AMERICANAS S A
AUTUANTES - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LUCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10.02.2014

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF 0010-04/14

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. REMESSAS PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** PROTOCOLO 11/91. **b)** PROTOCOLO 17/85. Infrações reconhecidas pelo impugnante. **c)** CONVÊNIO 76/94. **d)** PROTOCOLO 19/85. **e)** PROTOCOLO 50/05. **f)** PROTOCOLO 97/10. Não consta qualquer relatório sobre as mercadorias que alegadamente não estariam na substituição tributária ou cujo imposto já teria sido pago, faltando assim, as provas necessárias para elidir o lançamento, que segundo atestam as autuantes, constam apenas itens comercializados e submetidos ao regime de substituição tributária. Infrações não elididas 2. RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. **a)** PROTOCOLO 10/92. **b)** PROTOCOLO 11/91. **c)** PROTOCOLO 19/85. **d)** PROTOCOLO 50/05. **e)** PROTOCOLO 97/10. Infrações reconhecidas pelo impugnante. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 16/09/2013, foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$169.001,71 decorrente das seguintes infrações:

1 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, deixando de efetuar a retenção das notas fiscais do anexo 2.1, prevista no Convênio 76/94, sendo lançado o valor de R\$25.648,81 acrescido da multa de 60%.

2 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, deixando de efetuar a retenção das notas fiscais do anexo 2.1, prevista no Protocolo 11/91, sendo lançado o valor de R\$2.018,32 acrescido da multa de 60%.

3 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, deixando de efetuar a retenção das notas fiscais do anexo 2.1, prevista no Protocolo 17/85, sendo lançado o valor de R\$1.590,06 acrescido da multa de 60%.

4 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, deixando de efetuar a retenção das notas fiscais do anexo 2.1, prevista no Protocolo 19/85, sendo lançado o valor de R\$3.829,52 acrescido da multa de 60%.

5- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia,

deixando de efetuar a retenção das notas fiscais do anexo 2.1, prevista no Protocolo 50/05, sendo lançado o valor de R\$11.958,69 acrescido da multa de 60%.

6 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, deixando de efetuar a retenção das notas fiscais do anexo 2.1, prevista no Protocolo 97/10, sendo lançado o valor de R\$119.420,25 acrescido da multa de 60%.

7 – Procedeu a retenção a menos e o consequente recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, deixando de efetuar a retenção das notas fiscais do anexo 3.1, prevista no Protocolo 10/92, sendo lançado o valor de R\$3.368,20 acrescido da multa de 60%.

8 – Procedeu a retenção a menos e o consequente recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, deixando de efetuar a retenção das notas fiscais do anexo 3.1, prevista no Protocolo 11/91, sendo lançado o valor de R\$96,89 acrescido da multa de 60%. II,e

9 – Procedeu a retenção a menos e o consequente recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, deixando de efetuar a retenção das notas fiscais do anexo 3.1, prevista no Protocolo 19/85, sendo lançado o valor de R\$57,46 acrescido da multa de 60%.

10 – Procedeu a retenção a menos e o consequente recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, deixando de efetuar a retenção das notas fiscais do anexo 3.1, prevista no Protocolo 50/05, sendo lançado o valor de R\$89,41, acrescido da multa de 60%.

11 - Procedeu a retenção a menos e o consequente recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, deixando de efetuar a retenção das notas fiscais do anexo 3.1, prevista no Protocolo 97/10, sendo lançado o valor de R\$924,10 acrescido da multa de 60%.

O impugnante apresentou defesa às fls. 47/56 onde aduz que, após acurada análise do Auto de Infração, identificou a procedência de parte do crédito tributário constituído, motivo pelo qual providenciou o pagamento do imposto, da multa e de juros correspondentes, no total de R\$55.372,15 (cinquenta e cinco mil trezentos e setenta e dois reais e quinze centavos), usufruindo dos benefícios previstos na Lei nº. 12.903, de 05 de setembro de 2013, que instituiu o programa de Anistia no Estado da Bahia.

Que considerando a vasta documentação que compõe o lançamento, é importante que se faça, neste momento, a devida segregação daquilo que a Impugnante reconheceu como devido. Sendo assim, para melhor compreensão, veja-se a planilha abaixo:

AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 281066.0005/13-0		
INFRAÇÃO	CÓDIGO	VALOR A PAGAR (HISTÓRICO)
1	08.15.03	PARCIAL
2	08.07.03	TOTAL
3	08.23.03	TOTAL
4	08.20.03	PARCIAL
5	03.34.03	PARCIAL
6	08.46.03	PARCIAL
7	08.06.02	TOTAL
8	08.07.02	TOTAL
9	08.20.02	TOTAL
10	08.34.02	TOTAL
11	08.46.02	TOTAL

Acrescenta que, quanto aos reconhecimentos parciais, como forma de correlacionar o pagamento realizado às mercadorias elencadas em cada infração, requer a Impugnante a juntada aos autos da mídia digital anexa, a qual contempla os documentos denominados

“Demonstrativo de Pagamento” (DOC.02). Que através do exame de tais documentos, poderá esta Junta de Julgamento verificar a que meses se referiram os pagamentos, bem como quais mercadorias estão albergadas por ele.

Alega quantos aos valores remanescentes relativos às infrações 01 (um); 04 (quatro); 05 (cinco) e 06 (seis), como restará demonstrado ao final da presente peça, que a autuação ora combatida não poderá prosperar tendo em vista sua total insubsistência à luz da legislação de regência, bem como dos fatos trazidos aos autos, por dois motivos, quais sejam:

Parte do imposto exigido foi devidamente recolhido ao Estado da Bahia à época da ocorrência do fato gerador e;

Diversas mercadorias não se sujeitavam ao regime de substituição tributária.

Que tendo em vista a quantidade de operações contidas nos quadros demonstrativos, a Impugnante, como forma de comprovar e facilitar a apreciação deste CONSEF, elaborou as planilhas anexas, denominadas “Apuração Pagamento” (DOC.03), as quais contêm a análise discriminada de cada operação fiscalizada, sob o contexto de cada infração indicada na autuação.

Que a partir dos documentos de prova ora acostados, o CONSEF poderá não só convalidar o cálculo procedido, como também verificar que o valor do ICMS exigido pelo Fisco foi devidamente recolhido aos cofres públicos da Bahia pela Impugnante, nas hipóteses de produtos sujeitos ao regime de Substituição Tributária. Isto porque, como já afirmado, os quadros demonstrativos elaborados pelo Fisco como forma de consubstanciar o Auto de Infração contêm mercadorias cujo ICMS vem sendo exigido de maneira incorreta, na medida em que tais produtos não se sujeitavam à época, ao regime de Substituição Tributária.

Justifica que a Impugnante pretende acostar aos autos, os Documentos de Arrecadação – DAE’s, comprobatórios do recolhimento do ICMS-ST para cada operação elencada no demonstrativo elaborado. Que, no entanto, considerando a gama de operações que envolvem o lançamento, protesta, desde já pela juntada dos aludidos documentos, **no prazo de 15 (quinze) dias**. Assim, diante de todo o exposto, requer:

- 1) seja reconhecida a extinção do crédito tributário relativa aos valores devidamente pagos pela Impugnante;
- 2) seja autorizada a apresentar, no prazo de 15 (quinze) dias a documentação comprobatória do efetivo recolhimento do ICMS-ST exigido por esta Ilma. Secretaria de Estado de Fazenda.
- 3) no mérito, relativamente aos valores remanescentes, requer-se sejam excluídos do levantamento fiscal, haja vista sua flagrante improcedência

Protesta ainda, pela produção de todas as provas admitidas em direito, inclusive pela juntada posterior de documentos, nos termos explicitados nos tópicos antecedentes. Por fim, solicita que todas as intimações relativas ao presente processo sejam feitas ao Representante Legal da Impugnante, Dra. Ana Elvira Moreno Santos Nascimento, OAB/BA 9.866, estabelecida na Rua Itatuba, nº 201 (edf. Cosmopolitan Mix), salas 103/104, Jardim Bela Vista, Brotas, Salvador/Bahia, CEP 40275-350.

As autuantes apresentaram informação fiscal (fls. 80-86), onde de início constatam que Impugnante reconheceu a procedência total das infrações 02 (dois); 03 (três); 07 (sete); 08 (oito); 09 (nove); 10 (dez); e 11 (onze); bem como a procedência parcial das infrações 01 (um); 04 (quatro); 05 (cinco) e 06 (seis).

Quanto ao reconhecimento parcial das infrações 01 (um); 04 (quatro); 05 (cinco) e 06 (seis), o impugnante alega haver realizado parte dos pagamentos através das filiais destinatárias e alega ainda que algumas das mercadorias listadas não fazem parte da substituição tributária. Quanto a alegação de que os pagamentos foram efetuados pelas destinatárias das mercadorias, informam o seguinte:

Que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente onde se fundamenta a autuação. Segundo a impugnante, valores dos débitos do imposto não retido pela mesma, foram retidos e recolhidos através das filiais de destino das mercadorias transferidas, como antecipação.

Sobre esta alegação da autuada, afirmam que ao comercializar produtos objeto de substituição tributária, fica cristalina a responsabilidade de obediência à legislação pertinente, inclusive aos Convênios e Protocolos firmados entre os Estados. Tanto é assim que o contribuinte, localizado em outra Unidade da Federação, buscou corretamente sua inscrição junto ao Estado da Bahia como Substituto Tributário. Alegam que o Regulamento do ICMS estabelece em seu artigo 370 que:

“Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nesta subseção e nos Convênios e Protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas (Conv. ICMS 81/93).” (grifo nosso).

Ratificam o entendimento de que a autuada é sim, responsável, e portanto SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, por força dos Convênios e Protocolos celebrados entre o Estado da Bahia e o Estado de Pernambuco. Entretanto apesar de ser contribuinte substituto regularmente inscrito no Estado da Bahia, a autuada diz ter dispersado as retenções e devidos pagamentos dos ICMS-ST através de filiais diversas. Afiram, portanto, que a autuada desconheceu o instituto da substituição tributária, e, diluiu suas obrigações tributárias por filiais.

Que quanto a esta questão, existe precedente no CONSEF, através de parecer exarado pela 2º Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão JJF Nº 0184-02-12 e quanto à legação de que algumas mercadorias não fazem parte da substituição tributária, e informam o seguinte:

Infração 01: A mesma trata da substituição tributária de mercadorias constantes do Convênio 76/94, que Pernambuco faz parte. As mercadorias em questão são fraldas, chupetas, mamadeiras, todas elas constantes do referido Convênio.

Infração 04: As mercadorias constantes na Infração 04, também fazem parte do Protocolo 19/85, já que são basicamente DVD e Games, todos com NCM constantes no referido Protocolo.

Infração 05: As mercadorias constantes na Infração 05, referem-se a biscoitos, todos com NCM previsto no Protocolo 50/05.

Infração 06: As mercadorias constantes na Infração 06, referem-se a peças para veículos, todos também com NCM previsto no Protocolo 97/10.

Diante do exposto, não entendem a alegação da autuada, pois não especificam as mercadorias que estariam fora da substituição. Atestam que a ilicitude praticada ficou fartamente comprovada e ratificam a autuação realizada na forma regulamentar e solicitam deste Conselho a procedência total do Auto de Infração em lide.

VOTO

No auto de infração em lide, o impugnante reconhece integralmente as infrações 02, 03, 07, 08 09, 10 e 11, permanecendo parcialmente sobre valores lançados nas infrações 1,4,5,6, sob a alegação de erro material, devido a parte do imposto exigido ter sido devidamente recolhido ao Estado da Bahia à época da ocorrência do fato gerador e que diversas mercadorias não se sujeitavam ao regime de substituição tributária e que devido à quantidade de operações que envolvem o lançamento, juntaria os documentos comprobatórios em um prazo de 15 (quinze) dias.

As autuantes, por sua vez, argumentam que as mercadorias que constam das infrações impugnadas parcialmente estão todas na substituição tributária, tais como DVD, fraldas, mamadeiras, etc. e que o impugnante não apontou quais eram as mercadorias equivocadamente lançadas. Acrescentam que se o imposto foi pago pelas lojas destinatárias, ainda assim, nos termos do art. 370 do RICMS, e diluiu o pagamento no destino, ainda assim, permanecerá o lançamento, por força da obrigação imposta pela legislação.

A defesa foi protocolada em 22/10/2013, e em 01/11/2013, fls. 90/114 foi apensado ao PAF, um termo de confissão de dívida no total de R\$55.372,15 com o respectivo DAE comprovando o pagamento à fl. 91 e o CD à fl. 114 com a petição da fl. 90 em arquivo word. Verifico também que o CD à fl. 78 também não consta qualquer relatório sobre as mercadorias que alegadamente não estariam na substituição tributária ou cujo imposto já teria sido pago.

O impugnante contesta parcialmente as infrações 1, 4, 5 e 6, mas faltam assim, as provas necessárias para elidir o lançamento, que segundo atestam as autuantes, constam apenas itens comercializados e submetidos ao regime de substituição tributária. Da análise dos dados do processo, este relator não constatou a existência de mercadorias que estejam fora dos critérios adotados para autuação.

Nos termos do art. 142 do RPAF, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e o art. 143, dita que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Assim, é que o impugnante alega haver mercadorias que estão fora da substituição tributária mas não aponta nenhum item dos demonstrativos elaborados pelas autuantes. Também não trouxe comprovação de que o ICMS ST destas mercadorias teria sido pago. Infrações não elididas

As autuantes aventam a possibilidade de que é possível (embora não provado) de que parte dessas mercadorias poderiam ter sido pagas pelas lojas destinatárias. De fato, a jurisprudência dos tribunais superiores tem apontado no sentido de que a responsabilidade do substituto tributário não pode ser estendida para o contribuinte substituído, a menos que haja cláusula de responsabilidade solidária, a exemplo do STJ, que ao julgar o Recurso Especial nº 1201765/MG descartou a possibilidade da exigência do ICMS do contribuinte substituído, pois entendeu que o fisco estadual deve lançar o ICMS das operações sujeitas à substituição tributária exclusivamente junto ao SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO, a menos que a legislação estabeleça regime de solidariedade do contribuinte substituído.

Quanto ao pedido de entrega de intimações no endereço do Representante Legal, nos termos do art. 109, I, do RPAF, considera-se efetivada a intimação quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos, conforme fls. 116 a 120.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº 281066.0005/13-0, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$169.001,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, nos incisos II, “a” e da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2014

JORGE INACIO AQUINO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

ÀLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR