

A. I. N° - 281066.0001/14-3
AUTUADO - SAPEKA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS LTDA.
AUTUANTE - VERA LÚCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 16.09.14

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0181-02/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DO RECOLHIMENTO DO ICMS RETIDO. Não comprovado o recolhimento do ICMS. Exigência subsistente; **b)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS-ST. Alegações de defesa insuficientes para elidir a acusação fiscal. Item subsistente; **c)** RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Comprovada a alegação de defesa de que a diferença decorreu da redução da base de cálculo. Item insubsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado contra o estabelecimento autuado, localizado no Estado de Pernambuco, em 19/02/14, para exigir o imposto de R\$ 269.992,88, em razão das seguintes infrações:

Infração 01. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$ 148.176,24, com multa de 150%, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de novembro de 2009; fevereiro, abril, maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2010; março e abril de 2011, conforme planilhas às fls. 18 e 19 dos autos.

Infração 02. Deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$121.593,67, com multa de 60%, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, prevista no Convênio ICMS 76/94, nos meses de janeiro de 2009 a julho de 2010 e novembro de 2010, conforme planilhas às fls. 21 a 33 dos autos.

Infração 03. Procedeu a retenção a menor e o consequente recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$222,97, com multa de 60%, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, prevista no Convênio ICMS 76/94, nos meses de março e novembro de 2009, conforme planilhas às fls. 35 a 37 dos autos.

Em sua defesa, às fls. 45 a 55 dos autos, o autuado, sucedido pela pessoa jurídica HYPERMARCAS S.A., conforme documentos às fls. 59 a 175 dos autos, através de seu patrono, preliminarmente, arguiu a nulidade do Auto de Infração por insegurança da infração e incompetência do Fisco baiano em autuar a empresa SAPEKA, estabelecida no Estado de Pernambuco, em respeito ao princípio constitucional da territorialidade de cada ente federado na cobrança de tributos, cujo fato imponível ocorrerá no futuro, pelos contribuintes substituídos localizados no Estado da Bahia, visto que a impugnante não praticou qualquer infração, em face das operações mercantis de venda de seus produtos a contribuintes na Bahia.

No mérito, salienta que a empresa sucedida tinha como objetivo a indústria e comércio de fraldas descartáveis e, nesta condição, destinou para as firmas Pinheiro Silva Comércio de Produtos Higiênicos Ltda; Perelo Importação, Comércio e Representação Ltda e Cabral e Souza Ltda, situadas no território baiano, fraldas descartáveis e absorventes higiênicos.

Aduz que, no caso da primeira infração, “não assiste razão à impugnada, como será demonstrado nas razões adiante aduzidas no corpo desta impugnação”.

Quanto à segunda infração, o defendante diz que a não retenção do imposto explica-se pelo fato de que todas as empresas destinatárias de seus produtos já haviam firmado com a SEFAZ/BA ajustes para o recolhimento do imposto devido por antecipação mediante Termos de Acordo e Regimes Especiais, cuja documentação será apresentada posteriormente, tendo em vista a exiguidade do tempo para a coleta dos documentos. Assim, em razão de tais acordos o fisco baiano exerce perfeito controle sobre as operações de entradas e saídas, inclusive dos produtos adquiridos na modalidade da retenção do ICMS, ficando os destinatários obrigados a apurar o imposto e cumprir os prazos e condições previstos no RICMS/97.

O defendantе ressalta 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, e não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição, 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 art. 125, II, “j”, item 1, do RICMS/97, o que implica a desistência da cobrança do imposto do sujeito passivo por substituição pelo fisco.

Sustenta que, no caso do Auto de Infração, embora não se tenha retido o imposto na saída, 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 de benefícios do recolhimento do imposto, mediante concessão do Termo de Acordo e Regime Especial, sendo cediço que todas as empresas destinatárias promoveram, dentro do prazo e condições, o recolhimento antecipado do imposto na qualidade de substituídas, cabendo ao fisco baiano, em obediência ao princípio da territorialidade, averiguar o recolhimento do imposto, já que se tratam de empresas estabelecidas em seu Estado. Contudo, reitera que providenciará, inobstante ser atribuição do fisco, *a posteriori*, a juntada dos demais documentos comprobatórios de suas alegações, conforme previsto no art. 123, § 5º, I e II, do RPAF.

Diz, ainda, o autuado que o levantamento fiscal englobou todos os produtos sujeitos a substituição tributária, deixando de excluir os que se referiam a retalhos e sucatas. Pede a improcedência da segunda infração.

Inerente à terceira infração, o sujeito passivo diz que, nessas operações de vendas dos produtos relacionados no anexo único do Convênio ICMS 76/94, aplicou a alíquota correta, com as reduções de 28,53% (10% + 18,53%), em conformidade com a norma legal, tendo a autuante aplicado apenas 10% de redução. Assim, por considerar correto seu entendimento, não há que se falar em diferença no recolhimento do imposto.

No que diz respeito à primeira infração, o autuado reitera que serão posteriormente apresentados os documentos que comprovarão que o ICMS-ST foi devidamente retido e recolhido.

Defende a necessidade de uma revisão fiscal do levantamento por autoridade alheia ao feito.

A autuante, em sua informação fiscal, às fls. 179 e 182 dos autos, preliminarmente, aduz que a empresa autuada situa-se no Estado de Pernambuco, ficando subordinada ao cumprimento das normas dispostas no Convênio ICMS 76/94, do qual o referido Estado é signatário. Assim, 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, como também no art. 370 do RICMS/97.

No mérito, em relação à primeira infração, o preposto fiscal aduz que o autuado não apresenta nada que justifique a não cobrança do ICMS-ST, cujo imposto reteve das empresas destinatárias e não efetuou o devido recolhimento.

Já na segunda infração, a autuante diz que, mais uma vez equivoca-se a defesa quando alega que a não retenção é devido aos Acordos assinados com as destinatárias das mercadorias, pois, na realidade, os Termos de Acordo simplesmente permitem a redução da base de cálculo quando as

vendas forem para as empresas detentoras dos referidos termos. Mantém a infração.

Inerente à terceira infração, a autoridade fiscal acata a alegação do autuado, concluindo pela improcedência desta exação.

Intimado a tomar ciência da informação fiscal, o sujeito passivo apresenta nova manifestação, às fls. 188 a 191 dos autos, na qual reitera que, no tocante a não retenção do ICMS-ST, não houve qualquer prejuízo ao fisco baiano, como demonstrado na peça impugnatória, ancorada na documentação colacionada aos autos que, segundo o defendant, será complementada, bem como na legislação tributária que rege a matéria. Assim, diz ratificar seus argumentos e razões que sustentam a impugnação e, em seguida, repisa todas suas alegações anteriores acerca da segunda infração e inclusive da terceira infração, cuja exação foi considerada insubsistente pela autuante.

À fl. 195 dos autos, a autuante aduz que o contribuinte não apresenta nada de novo ou relevante em relação à sua manifestação anterior, razão de manter, na íntegra, a sua informação fiscal de fls. 178 a 183 dos autos, concluindo pela manutenção parcial do Auto de Infração no valor de R\$269.769,91, após exclusão da quantia relativa à terceira infração.

VOTO

O lançamento de ofício, ora em análise, nos termos da cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94, exige do estabelecimento autuado, situado no Estado de Pernambuco, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de fraldas descartáveis para contribuintes localizados no Estado da Bahia, o ICMS no valor de R\$ 269.992,88, em razão de:

- i) ter retido e não recolhido o ICMS-ST, no valor de R\$ 148.176,24 (fls. 18 e 19);
- ii) não ter retido e nem recolhido o ICMS-ST, no valor de R\$ 121.593,67 (fls. 21 a 33), e
- iii) ter retido e recolhido a menor o ICMS-ST, no valor de R\$ 222,97 (fls. 35 a 37).

O defendant preliminarmente alega a nulidade do Auto de Infração por insegurança da infração e incompetência do Fisco da Bahia em autuar empresa estabelecida no Estado de Pernambuco.

Há de se ressaltar que o art. 6º da Lei Complementar 87/96 estabelece que a lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário. Já o art. 9º da citada LC 87/96, determina que a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

Por sua vez, o art. 10 da Lei nº 7.014/96, prevê que 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.

Assim, por se tratar o autuado de um contribuinte estabelecido no Estado de Pernambuco, o qual é signatário do Convênio ICMS 76/94, em cuja cláusula primeira atribui ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes, o estabelecimento remetente se submete à sujeição passiva sob a análise, inexistindo a alegada nulidade, tanto por insegurança da infração, quanto por incompetência do fisco baiano, cujo imposto exigido diz respeito às operações subsequentes, ocorridas no território baiano, de cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento é do contribuinte remetente, logo, estes são os fatos geradores objeto das exações fiscais, os quais não se confundem com próprio fato gerador do estabelecimento localizado no Estado de Pernambuco. Rejeitada a preliminar de nulidade.

Também indefiro o pedido de diligência para revisão fiscal por estranho ao feito, visto que, conforme previsto no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, diante das provas trazidas aos autos, considero desnecessária para a formação da minha convicção a revisão fiscal pretendida.

No mérito, quanto às razões de defesa relativas à primeira infração, na qual se exige o ICMS-ST retido e não recolhido, no valor de R\$ 148.176,24, o que se caracteriza uma apropriação indébita do

autuado, punível com a multa de 150% do valor do imposto, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, o defensor se limita apenas a negar a infração e a alegar que apresentaria os documentos que comprovariam que o ICMS-ST foi devidamente retido e recolhido, o que nunca cumpriu, numa prova inequívoca de um expediente protelatório. Exigência subsistente.

Quanto à segunda infração, na qual se exige o ICMS-ST não retido e também não recolhido, no valor de R\$ 121.593,67, com penalidade de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei 7.014/96, o autuado alega que não fez a retenção do imposto pelo fato dos seus clientes, adquirentes das mercadorias, se encontrarem pactuados com a SEFAZ/BA para recolhimento do imposto por antecipação mediante Termo de Acordo e Regime Especial, cuja prova documental seria apresentada posteriormente, o que não ocorreu até o presente momento. Contudo, oportuno ressaltar que a obrigação de responsável pelo recolhimento do imposto, sem revestir a condição de contribuinte, decorre de disposição expressa de lei, conforme previsto no art. 121, II, do CTN.

Há de se registrar que, conforme planilhas às fls. 24 a 33 dos autos, tratam-se de seis destinatários localizados no Estado da Bahia, a saber: PINHEIRO SILVA COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA, CNPJ nº 05.737.039/0001-00, com atividade principal de comércio atacadista de produtos de higiene pessoal; JEANE SOUZA MELO DE OLIVEIRA – EPP, CNPJ nº 03.681.341/0001-68, com atividade principal de comércio atacadista de produtos de higiene pessoal; MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA, CNPJ nº 09.182.947/0001-35, com atividade principal de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – hipermercados; PERELO IMPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA, CNPJ nº 02.012.661/0001-62, com atividade de comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos ou de insumos agropecuários; SAMAVI DISTRIBUICAO E TRANSPORTE LTDA – ME, CNPJ nº 33.798.646/0001-15, com atividade principal de comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos ou de insumos agropecuários, CABRAL & SOUSA LTDA, CNPJ nº 14.273.817/0002-29, com atividade principal de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, cuja responsabilidade legal pela substituição tributária, salvo prova em contrário, é do remetente. Assim, qualquer fato modificativo desta condição, deveria ser comprovada e documentada tal circunstância, por quem alega, sob pena de não se eximir de sua responsabilidade.

Quanto à alegação de defesa, ainda relativa à segunda infração, inerente à responsabilidade supletiva do adquirente, quando o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuá-lo em valor inferior ao estabelecido, o próprio dispositivo legal trazido pelo defensor (art. 125, II, “j-1”, do RICMS/97) salienta a condição de “não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição...”.

No tocante à alegação do autuado de que o levantamento fiscal englobou todos os produtos sujeitos à substituição tributária, deixando de excluir os que se referiam a retalhos e sucatas, há de se ressaltar que “fraldas” e “absorventes” estão inseridos no Anexo Único do Convênio ICMS 76/94 como sujeito à substituição tributária, sendo irrelevante terem sido englobados no mesmo levantamento fiscal para efeito da exigência do ICMS-ST. Inerente aos “retalhos de fraldas” e “sucatas de fraldas”, conforme planilhas às fls. 24 a 33 dos autos, foram unicamente destinados ao estabelecimento PINHEIRO SILVA COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA, cuja atividade é de comércio atacadista de produtos de higiene pessoal.

Assim, o fato de os “retalhos de fraldas” e “sucatas de fraldas” não ter sido destinado para indústria de reciclagem, mas, sim, para empresa atacadista de produtos de higiene, denota tratar-se de produtos com os mesmos fins comerciais das “fraldas”, logo, em consequência, sujeitos à substituição tributária.

Diante de tais considerações, concluo pela subsistência da segunda infração.

Por fim, em relação à terceira infração, restou comprovada a procedência da alegação de defesa, fato reconhecido pela própria autuante, sendo insubstancial a exação fiscal.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$269.769,91, após a exclusão do valor relativo à infração 3, considerada insubstancial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281066.0001/14-3**, lavrado contra **SAPEKA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$269.769,91**, acrescido das multas de 60% sobre R\$121.593,67 e de 150% sobre R\$148.176,24, previstas no art. 42, II, “e”, e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR