

A. I. Nº - 111197.0025/13-8
AUTUADO - CERÂMICA ALMEIDA LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ AUGUSTO DOS SANTOS e JOÃO KOJI SUNANO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 21.08.20.15

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0133-02/15

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDA PARA CONTRIBUINTE ESTABELECIDOS NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. As mercadorias objeto da autuação são pisos, revestimentos cerâmicos e telhas, enquadradas no regime de substituição tributária com base no Protocolo ICMS CONFAZ 104/09, o qual atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto ao estabelecimento remetente. A OTE DARC 1003 prevê que a apropriação do recolhimento tributário para outro contribuinte, distinto daquele para o qual a receita foi contabilizada, requer a anuência da pessoa originalmente favorecida, o que quer significar que se faz necessário que a empresa beneficiada renuncie ao direito subjetivo que lhe assiste em requerer a restituição de tais valores, fato que não ocorreu. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 10/12/2013, exige ICMS no valor histórico de R\$2.144.653,85, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 – 08.49.03: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, janeiro, e abril a agosto de 2013. Valor do ICMS: R\$2.144.653,85. Multa proposta: 150%. Consta que “Falta de recolhimento do ICMS-ST decorrente de divergência verificada no confronto entre as Notas Fiscais Eletrônicas expedidas e os valores recolhidos mês a mês, conforme Demonstrativos anexos ao presente Auto de Infração”.

A autuada apresenta impugnação às folhas 28 a 6820, mediante a qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Informa, inicialmente, que a Cerâmica Almeida existe há mais de 90 anos sempre operando na fabricação de pisos e revestimentos cerâmicos e telhas, pautando sempre pelo recolhimento mensal dos impostos/tributos devidos e decorrentes de suas operações mercantis ao Município, Estado e União. Anexa certidões para comprovar a veracidade de suas informações.

Afirma que a fiscalização equivocou-se ao afirmar que a autuada “deixou de proceder ao recolhimento retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, dos valores apontados no auto de infração”, pois alega que as provas carreadas nesta defesa comprovam que mês a mês foram recolhidos em favor do Estado da Bahia os valores retidos de ICMS decorrentes das transações mercantis praticadas, conforme documentos que anexa.

Esclarece que, até janeiro de 2013, a Cerâmica Almeida recolheu, na condição de substituto tributário, os valores do ICMS, em guias próprias, extraídas em nome de cada um dos clientes/compradores dos produtos conforme atestam os comprovantes de recolhimentos anexos. A partir de fevereiro de 2013, informa que procedeu à abertura de inscrição em seu nome na Bahia (cópia anexa), passando, a partir de então, a recolher, mês a mês, em guia própria agora extraída em seu nome, dos valores do ICMS retidos em decorrência das vendas feitas para estabelecimentos comerciais neste Estado, conforme comprovantes que anexa. Prossegue, afirmando que os valores apontados pela fiscalização foram devidamente recolhidos pela autuada ao Estado da Bahia. Explica que cumpriu com a obrigação de reter o valor do ICMS do cliente comprador e repassá-lo ao Estado da Bahia e o fez muito bem, correto e acertadamente.

Conclui que restam, pois, devidamente comprovados os recolhimentos dos valores do ICMS decorrentes de transações mercantis feitas pela Cerâmica Almeida e os clientes compradores da Bahia.

Destaca, ainda, que todos os clientes compradores da Bahia não permitem que lhes sejam retidos valores do ICMS antecipadamente, e, assim, é a própria indústria ceramista quem recolhe antecipadamente o valor do ICMS e posteriormente cobra do cliente tal valor, muitas das vezes parceladamente. Garante que essa antecipação no pagamento do imposto tem gerado prejuízo à indústria, pois às vezes sequer recebe esse valor em devolução do adquirente do produto.

Reitera que todos os valores devidos de ICMS ao Estado da Bahia foram pagos e recolhidos integralmente, em seus exatos vencimentos, em duas sistemáticas: “a) até janeiro de 2013 em guias individuais pagas em nome de cada um dos clientes/compradores dos produtos; e b) a partir de fevereiro de 2013 em guia em nome da Cerâmica Almeida, na qualidade de contribuinte substituto conforme previsto no Protocolo ICMS – CONFAZ nº 104 de 10.08.2009, envolvendo as transações mercantis feitas entre os Estados da Bahia e o de São Paulo.

Reafirma que o montante exigido pela fiscalização não é devido, pois já foi recolhido corretamente, conforme atestam os mais de cinco mil e quinhentos documentos anexados. Assegura que o Estado da Bahia não sofreu nenhum prejuízo no recolhimento do ICMS decorrente das vendas de pisos cerâmicos feitas aos seus clientes/compradores sediados neste Estado na medida em que tudo foi pago corretamente e à sua época oportuna. Raciocina que comprovados os recolhimentos do imposto, mês a mês, em favor do Estado da Bahia, na forma preconizada pelo protocolo ICMS do CONFAZ de nº 104, não se há de cogitar em prejuízo, de qualquer espécie e ordem, sendo improcedente a cobrança do mesmo tributo e a exigência de novo pagamento.

Para melhor averiguação e comprovação, a autuada anexa planilhas demonstrativas contendo: a) O montante de vendas por ela feitas aos clientes/compradores da Bahia, mês a mês, do período de janeiro de 2011 a agosto de 2013; b) O valor do montante do ICMS dessas transações e os valores dos respectivos recolhimentos mensais.

Por fim, informa que, no período abrangido pela fiscalização, estão depositados na indústria mais de cinco mil e quinhentos documentos comprobatórios das transações e dos recolhimentos do ICMS. Informa ainda que nesta defesa, tomou as seguintes providências para demonstrar sua honestidade nos recolhimentos do ICMS: “1. Digitalizou todos esses documentos, passou-os em CDs que ora remete aos Julgadores como prova cabal dos recolhimentos; 2. Independentemente dessa digitalização encaminha em papel todos os documentos e comprovantes dos pagamentos feitos”.

Informa que atendeu ao pedido de documentos efetuado pela fiscalização, encaminhando as comprovações de recolhimentos de março a agosto de 2013, bem como a GIA – ST do mês de agosto, através de remessa pelo SEDEX 10 – Correio com AR. (cópia anexa).

Isto posto, ante as explicações e provas nesta contidas entende a impugnante que cumpriu regamente com as regras contidas no Protocolo ICMS-CONFAZ nº 104, que não violou ou feriu qualquer dispositivo de lei do Estado da Bahia, que não causou nenhum prejuízo ao Estado da Bahia em razão de suas vendas a esse Estado, e, principalmente, como contribuinte substituo

provou que o ICMS incidente nessas transações foi recolhido, mês a mês, em seu exato vencimento, em favor do Estado da Bahia, não lhe causando nenhum prejuízo, razão porque entende ser improcedente o Auto de Infração e a imposição no recolhimento de imposto ICMS (principal), a. moratória e multa (acessórios) como lançado no enumerado Auto.

Em vista disso, requer que seja a presente defesa recebida, processada e acolhida integralmente, decidindo e concluindo pela improcedência, insubsistência e o cancelamento do presente auto de infração, determinando-se o arquivamento dos autos.

Requer, ainda, que seja a empresa recorrente comunicada por escrito do julgamento e decisão proferida por este Colegiado, remetendo cópia desta para ciência e outras providências.

Termos em que, pede e espera acolhimento.

Um dos autuantes presta informação fiscal às folhas 6822 a 6823, contra arrazoando o que segue.

Afirma que a extensa documentação apresentada pela empresa autuada constitui-se em comprovações de recolhimentos, por operação, as quais identificam empresas que não coincidem com a remetente (autuada), nos quais não constam vinculações ou identificações das operações a exemplo de referência aos números das respectivas notas fiscais, bem como as empresas destinatárias.

Transcreve o texto da Orientação Técnica (OTE) 1003 da Diretoria de Arrecadação e Controle (DARC) para concluir que, diante do erro na identificação do contribuinte beneficiado, faz-se necessário que a autuada apresente declaração da empresa beneficiada, confirmando o recolhimento indevido, conforme dispõe o inciso “b.2”, do item “1” do diploma normativo citado.

Argumenta que o procedimento citado é indispensável haja vista que os comprovantes de recolhimentos apresentados, como se estivessem vinculados às operações demonstradas nos relatórios de Notas Fiscais Eletrônicas, devem ser apropriados corretamente em nome da Cerâmica Almeida Ltda (empresa remetente dos produtos comercializados) e para que tal situação se concretize, a interessada (autuada) deverá observar as disposições da orientação acima transcrita em consonância com as determinações da Diretoria de Arrecadação e Controle - DARC.

Intimada acerca do conteúdo da informação fiscal, a autuada manifestou-se às folhas 6827 a 6949, deduzindo o que segue.

Referindo-se à afirmação fiscal de que “não existe vinculação ou identificações entre os documentos apresentados e as referidas Notas Fiscais”, argumenta que constam, contudo, nas referidas GNRE’s, no campo “número de documento de origem”, o número de todas as Notas Fiscais, as quais cada guia se refere, bem como o código de barras dessas guias e do comprovante de pagamento eletrônico utilizados para comprovar o recolhimento são os mesmos, o que comprova cabalmente o pagamento do imposto (ICMS-ST), segundo a autuada.

Anexa, a título de exemplo, três guias GNRE’s, com seus respectivos comprovantes de recolhimento, sendo cada uma delas referente a cada um dos anos fiscalizados (2011/2012/2013).

Argumenta que, considerando os documentos apresentados na presente, além de todos os já apresentados em defesa inicial, verifica-se que a NF-e e a GNRE possuem exatamente o mesmo destinatário, a data de emissão da NF-e e do recolhimento da GNRE são as mesmas, o valor de destaque no campo próprio da NF-e e o recolhimento são idênticos, além do já citado código de barras da guia e do comprovante de pagamento.

Para melhor entendimento, apresenta um quadro comparativo dos dados da NF-e, da GNRE e do comprovante eletrônico de recolhimento, às folhas 6828 e 6829.

Esclarece que os recolhimentos ora questionados não aparecem no sistema da SEFAZ-BA, pois as GNRE’s foram recolhidas pela Cerâmica Almeida em nome dos clientes constantes das referidas NF-e.

Explica que na citada intimação fiscal fora solicitada à Autuada, que efetuasse a correção dessas guias conforme Orientação Técnica-OTE 1003 da DARC (Diretoria de Arrecadação e Controle), através da ficha de Alteração de Dados no Sistema de arrecadação. Argumenta, entretanto, que tal procedimento se mostra inviável devido à grande quantidade de guias (mais de 5.600 GNRE's) e o prazo dado para o cumprimento desta solicitação (10 dias).

Explica que, além disso, o preenchimento da ficha de alteração de dados no sistema de arrecadação é individual (uma para cada guia) e há muitos campos a serem alterados, tais como: razão social, endereço, município, UF, CEP, inscrição estadual e CNPJ.

Nesse sentido, solicita que sejam apreciados novamente todos os documentos já apresentados e que as alterações nos campos de todas as GNRE's apresentadas sejam realizadas de uma só vez por este órgão fiscalizador, sem que haja necessidade do preenchimento das referidas fichas pela Autuada.

Para tal procedimento, solicita que sejam considerados os seus dados em substituição àqueles erroneamente preenchidos. Explica que tal solicitação visa apenas desburocratizar o sistema atual, visto que será despendido enorme esforço e tempo hábil de ambas as partes, além da vasta documentação inerente a este procedimento.

Em virtude de todo o exposto na presente, e tendo ciência de que este órgão fiscalizador não possui autonomia para alterar o procedimento administrativo ora questionado, requer a esta Secretaria que comunique à Superintendência de Administração Tributária – SAT, à qual é subordinada, para que aprecie esta solicitação, considerando todos os documentos e argumentos apresentados na defesa e no presente instrumento.

No mais, reitera os demais argumentos defensivos já expendidos na inicial.

Às folhas 6952 e 6953, um dos autuantes presta nova informação fiscal, deduzindo o que segue.

Afirma que tendo em vista o não atendimento, por parte da autuada, da intimação expedida pela fiscalização, limitando-se a fazer a juntada de documentos inerentes ao período posterior àquele em que não dispunha de inscrição Estadual no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia, não há certeza da apropriação correta do ICMS-ST recolhido e a devida quitação do mesmo.

Explica que o procedimento adotado pela autuada contraria as disposições da já mencionada Orientação Técnica OTE 1003 expedida pela SAT/DARC que estabelece critérios de correção dos referidos documentos de arrecadação nas circunstâncias descritas, devendo observar que o procedimento da empresa não oferece qualquer certeza do efetivo recolhimento do ICMS-ST na forma apropriada.

De forma conclusiva, entende que a resposta da autuada é insuficiente e não atende ao disposto na referida Orientação Técnica, haja vista tudo que descreveu nas fls. 6822 e 6823, razão pela qual confirma integralmente a exigência fiscal e pede pela procedência do Auto de Infração.

Esse é o relatório.

VOTO

Preliminarmente, observo que a fiscalização descreveu detalhadamente os fatos objetos da autuação, tendo, inclusive, promovido a anexação dos demonstrativos de débito, conforme folhas 08 a 10. Acostou, inclusive, CD (folha 16), contendo a relação das notas fiscais consideradas e que dão respaldo ao lançamento. Entendo, portanto, que o lançamento se encontra revestido das formalidades previstas em lei.

Quanto ao mérito, a acusação consiste em falta de recolhimento do ICMS-ST retido. A autuada nega o fato a ela atribuído, afirmando que recolheu o ICMS por operação, em guias próprias, preenchidas em nome de cada um dos seus clientes localizados no Estado da Bahia. Explica que as guias contêm a indicação da nota fiscal respectiva, possuindo outras informações que coincidem com aquelas constantes dos documentos fiscais.

Examinando as cópias dos comprovantes de pagamento acostadas ao presente processo (CD à folha 94), é possível notar que os CNPJ's para os quais foram contabilizados os recolhimentos não coincidem com aquele da empresa autuada, conforme aponta a fiscalização e admite o próprio contribuinte à folha 6829.

A autuada explica, inclusive, que fez dessa forma pelo fato de que não possuía inscrição neste Estado até janeiro de 2013.

Ora, o sistema de contabilização da arrecadação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia não identifica a pessoa que realizou o pagamento do tributo, mas apenas aquele contribuinte para o qual a receita foi contabilizada, ou seja, somente possui registro da empresa beneficiada com o recolhimento, presumindo, deste modo, que ela própria é a autora da quitação.

O recolhimento do ICMS, assim realizado, tem como resultado, por si só, em aumento do patrimônio jurídico da empresa beneficiada, que se vê, como consequência, com uma redução do seu passivo tributário, na hipótese de haver efetuado um pagamento devido, ou mesmo com um aumento do seu ativo, na hipótese de que tenha havido um recolhimento indevido.

Esse fato jurídico (o recolhimento) ingressa em seu patrimônio, gerando, por conta disso, um direito subjetivo de exigir a sua liberação da dívida tributária (se existente) ou a restituição do valor correspondente (se inexistente).

Isso decorre do fato de que o pagamento da dívida tributária, ainda que tenha sido feito por terceiros, reputa-se válido, nos termos do art. 305 do CC, gerando para o seu autor o direito de reembolso.

Nesse sentido, é que se impõe uma medida de cautela, ao se reconhecer, eventualmente, à autuada, o direito de exonerar-se da dívida tributária, mediante a apropriação de valores integrantes do patrimônio de terceiros.

Visando regulamentar tal prática e prevenir transtornos, a Diretoria de Arrecadação e Controle (DARC) expediu a Orientação Técnica (OTE) 1003, revisada em 14/06/2010, cujo item "5.b.2" dispõe acerca do procedimento a ser adotado na hipótese de erro no preenchimento dos campos relativos à identificação do beneficiário do recolhimento, nos termos abaixo.

"Considerando a ocorrência de erros de processamento por parte dos bancos contratados, bem como preenchimento incorreto dos documentos de arrecadação por parte do contribuinte.

Considerando que estes erros para serem sanados, exigem alteração nos dados existentes no Sistema de Arrecadação para recompor o caráter de fidedignidade e de segurança do sistema, uma vez que estes dados alimentam os mais diversos sistemas no âmbito desta secretaria.

Considerando a necessidade de estabelecer instrumento que discipline e padronize procedimentos quando da solicitação de correção de dados capturados incorretamente, a GEARC/DARC estabelece os seguintes procedimentos:

...

5. De acordo com a natureza dos erros cometidos, as unidades fazendárias deverão adotar os seguintes procedimentos:

...

b) Quando se tratar de documento preenchido com erro(s) pelo contribuinte e processado corretamente (do modo que foi preenchido) pelo banco:

...

b.2) Em caso específico de erro no preenchimento dos campos relativos a inscrição estadual, CNPJ/CPF, e nome da empresa, que acarrete em recolhimento do imposto para outro contribuinte, será necessário a **declaração** deste, confirmando que o recolhimento efetuado para sua empresa foi de fato indevido, ocasião em que a repartição fazendária fará constar parecer da fiscalização, com base na verificação dos livros fiscais da empresa requerente, bem como nos livros fiscais da empresa beneficiária, do equívoco no preenchimento do DAE. Encaminhar à GEARC somente os casos de contribuinte de outra circunscrição fiscal."

Ora, conforme se pode comprovar a partir da leitura do texto em destaque, a apropriação do recolhimento tributário para outro contribuinte, distinto daquele para o qual a receita foi contabilizada, requer a anuência da pessoa originalmente favorecida, o que quer significar que se

faz necessário que a empresa beneficiada renuncie ao direito subjetivo que lhe assiste em requerer a restituição de tais valores.

Com tal objetivo, o autuante deu oportunidade a que o sujeito passivo oficiasse à Sefaz/BA, após obter a anuência dos contribuintes destinatários, conforme declara à folha 6952. Em sua impugnação, o contribuinte alega ser inviável tais declarações, pois foram vários os destinatários. Tal procedimento não se confunde, porém, com mera formalidade, mas com uma providência indispensável à certeza e segurança do real beneficiário da quitação do imposto, pois não há registro de quem efetuou o recolhimento, como já dito.

Evidentemente que tal formalidade não pode se sobrepor à substância do direito, pertencente a quem procedeu ao recolhimento indevido em nome de terceiros, pois, desde que fique provado o equívoco, deve a administração fazendária fazer a realocação da receita, o que se afigura inviável em sede de processo administrativo fiscal.

Não se está, com isso, negando ao contribuinte o direito de corrigir o equívoco cometido, mas impondo que seja seguido determinado rito, em nome da certeza e segurança da receita contabilizada, o que requer o adoção do procedimento administrativo próprio com tal fim.

Assim, não é viável proceder à apropriação da receita tributária referida à autuada, sem que se possa dar ensejo à manifestação das empresas efetivamente beneficiadas, pois a administração tributária não pode dispor do patrimônio jurídico de terceiros.

Assim, entendo que restou caracterizada a infração.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **111197.0025/13-8**, lavrado contra **CERÂMICA ALMEIDA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.144.653,85** acrescido da multa de 150% prevista no art. 42, inciso V, alínea "a" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR. – JULGADOR