

PROCESSO - A. I. Nº 281078.0002/15-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G.BARBOSA)
RECORRIDOS - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G.BARBOSA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0110-04/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/12/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0260-11/16

EMENTA: ICMS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RETENÇÃO E RETENÇÃO A MENOS. Existindo Protocolos e Convênios que imputem aos remetentes das mercadorias a responsabilidade tributária pelo pagamento antecipado do imposto, não cabe, na forma realizada, aos estabelecimentos adquirentes este recolhimento. Infração parcialmente elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recursos Voluntário e de Ofício em relação a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2015 para exigir ICMS no valor histórico de R\$603.644,84, acrescido da multa de 70%, em decorrência do cometimento de 23 (vinte e três) infrações.

Contudo, o Recurso de Ofício tem por objeto somente as infrações 02 e 14 e, por seu turno, o Recurso Voluntário ataca as infrações 16 e 18, a seguir descritas, *in verbis*:

Infração 02 - Procedeu a retenção a menor do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte efetuou a retenção e o conseqüente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Convênio 135/06 (aparelhos de telefonia celular e cartões inteligentes Smart Card). Esta Infração está demonstrada no Anexo 1. Período: exercício de 2013. Valor do ICMS: R\$259.643,35 com multa de 60%.

Infração 14 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte deixou de efetuar a retenção e o conseqüente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Convênio 135/06 (aparelhos celulares e cartões inteligentes (Smart Card e Sim Card)). Esta Infração está demonstrada no Anexo 2. Período: março, abril, agosto a setembro de 2013. Valor do ICMS: R\$69.878,13 com multa de 60% (vide infração 02)

Infração 16 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte deixou de efetuar a retenção e o conseqüente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Convênio 76/94 (Medicamentos). Esta Infração está demonstrada no Anexo 2. Período: março, abril, agosto a setembro de 2013. Valor do ICMS: R\$6.899,41 com multa de 60%

Infração 18 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte deixou de efetuar a retenção e o conseqüente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado,

com produtos elencados no Protocolo ICMS 14/06 (bebidas quentes). Esta Infração está demonstrada no Anexo 2. Período: exercício de 2013. Valor do ICMS: R\$93.385,09 com multa de 60%

Após a apresentação da Defesa administrativa (fls. 202/216) e da correspondente Informação Fiscal (fls. 237/243), a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª JJF que dirimiu a lide nos seguintes termos:

VOTO

O Auto de Infração ora em discussão traz 23 irregularidades cometidas pela empresa. No entanto, elas podem ser resumidas em duas, quais sejam:

1. Retenção a menor do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (infrações 01 a 13).
2. Falta da retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (infrações 14 a 23).

A separação feita pela fiscal autuante teve por motivação o fato de que cada uma das infrações tratou de convênios e protocolos diversos.

O contribuinte não nega que, por força dos convênios e protocolos firmados pelos entes tributantes, ser o responsável tributário pelo recolhimento do imposto. Esta não é a questão da lide.

Inclusive, reconhece o cometimento da quase totalidade das 23 infrações apontadas, somente impugnando as infrações 02, 14, 16 e 18.

Passo as suas análises e Decisão

As infrações 02 e 14 são as seguintes:

Infração 02 - Procedeu a retenção a menor do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Convênio 135/06 (aparelhos de telefonia celular e cartões inteligentes Smart Card).

Infração 14 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Convênio 135/06 (aparelhos celulares e cartões inteligentes (Smart Card e Sim Card).

Argumenta o impugnante que a fiscal autuante não observou que possui Regime Especial para a redução de base de cálculo para os produtos telefones e chips no Estado da Bahia. Apresenta planilha com o cálculo do imposto e requer o cancelamento da Infração 02, bem como, a exclusão do valor de R\$52.804,50 no que diz respeito à infração 14.

Quando de sua informação fiscal, a autuante, de posse do Regime Especial concedido à empresa através do Parecer nº 4.675/2011, de 15/03/2011, fez os demonstrativos de débitos, concordando com a exclusão integral da infração 02 e diminuindo o valor do imposto exigido na infração 14 para R\$17.073,57, conforme, inclusive, apresentado pelo impugnante.

A empresa não se pronuncia quando chamada para tomar ciência da modificação do débito apresentada pela fiscal autuante.

Diante da revisão realizada pela própria fiscal autuante, somente posso concordar com a conclusão apresentada.

Excluo da autuação a infração 02 e mantenho parcialmente a infração 14 no valor de R\$17.073,57 conforme demonstrativo de débito a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 14

DATA OCORRÊNCIA	ICMS	MULTA (%)
31/03/ 2013	16.891,98	60
30/04/2013	105,87	60
31/08/2013	11,85	60
30/09/2013	11,29	60
31/10/2013	34,88	60
30/11/2013	17,69	60
TOTAL	17.073,56	

As infrações 16 e 18 tratam, respectivamente:

Infração 16 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Convênio 76/94 (Medicamentos).

Infração 18 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Protocolo ICMS 14/06 (bebidas quentes).

O contribuinte argumenta que como as operações foram de transferências, e somente por este fato, equivocadamente, diversas de suas filiais, estabelecidas neste Estado, recolheram o imposto, que, não questiona, ser de sua responsabilidade.

Traz aos autos planilhas e demonstrativos (em CD - fl. 234) para demonstrar este equívoco e argumenta de que deve ser excluído da infração 16 o valor de R\$43,93 e de R\$88.180,32 da infração 18.

Primeiramente é necessário pontuar que no presente caso, quer seja uma operação de aquisição de mercadoria ou mesmo de transferência, o que se analisa é a responsabilidade tributária do impugnante. Assim sendo e em ambas as operações, lhe cabe, por obrigação legal, o recolhimento do imposto.

No mais, analisando a documentação apresentada, esta não pode ser aceita para elidir a presente ação fiscal. Nem mesmo para se tomar como norte a um pedido de diligência, conforme, inclusive solicitado e que ora se nega, acorde art. 147, I, do RPAF/BA.

Na realidade, apesar do grande e louvável esforço feito pela empresa em tentar vincular os seus controles (os chamados Mapas da Antecipação Integral) de todas as suas filiais (apontando as notas fiscais e mercadorias) e os respectivos recolhimentos através dos pagamentos realizados e constantes nesta Secretaria de Fazenda (mensalmente) não se tem a real vinculação destes controles com os pagamentos feitos. As cópias dos recolhimentos do imposto emitidas por esta Secretaria de Fazenda não vinculam, de fato, o imposto pago com as notas fiscais. Necessário, entre outras providências, que esta vinculação seja feita através das cópias dos DAE's. Em assim sendo, suas planilhas de conclusão não possuem o condão de serem provas do que alega.

Embora esta documentação possa apresentar indícios de erro de recolhimento do imposto pelas diversas filiais do impugnante, tal erro não pode ser sanado através do presente lançamento fiscal.

E aqui acrescento, esta é situação inusitada (embora possível), já que o imposto, conforme dito pelo impugnante, foi recolhido por pessoa jurídica não responsável pelo seu recolhimento.

Neste caso, somente posso acolher o argumento da fiscal autuante quando diz que estando provado, de fato, o erro, deve os estabelecimentos comerciais do conglomerado do impugnante e que recolheram o imposto solicitar a devolução do indébito.

A lei nº 7.014/96 assim dispõe:

Art. 12. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar, observado o disposto no art. 33.

Art. 33. Serão restituídas, no todo ou em parte, as quantias relativas ao imposto, multas e demais acréscimos legais recolhidos indevidamente, consoante a forma estabelecida em regulamento, observados os prazos de prescrição e decadência.

§ 4º É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago, por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar, observadas as regras dos parágrafos anteriores.

Pelo exposto, mantenho em sua totalidade as infrações 16 e 18 do presente lançamento fiscal.

São também mantidas as infrações 01, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 15, 17, 19, 20, 21, 22 e 23 já que não impugnadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$291.196,93, sendo PROCEDENTE as infrações 01, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22 e 23, PROCEDENTE EM PARTE a infração 14 no valor de R\$17.073,57 e improcedente a infração 02.

Na Resolução do citado Acórdão, a 4ª JF interpõe Recurso de Ofício, consoante previsão legal, em face da redução ocorrida nas infrações 02 e 14.

Inconformado com o Julgamento proferido pela Primeira Instância, o Contribuinte apresenta

Recurso Voluntário (fls. 457 a 473), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, em relação às infrações 16 e 18.

Após um breve relato das infrações e da Decisão de piso, passa a rebater as duas acusações.

Diz que não nega, por força dos convênios e protocolos, ser o responsável tributária pelo recolhimento do imposto. Entretanto, diz que comprovou no bojo de sua impugnação que, como as operações objeto das exações foram de transferências entre filiais, estabelecidas no Estado da Bahia, houve o recolhimento do imposto. Diz que as planilhas e os demonstrativos anexados demonstraram o equívoco da autuação.

Mesmo diante desses demonstrativos, alega que o Relator do julgamento de piso errou ao não considerar os seus controles sob o argumento de que os recolhimentos realizados junto à SEFAZ não comprovam a vinculação desses controles com os pagamentos feitos ou seja, *“as cópias do recolhimento do imposto emitidas por esta Secretaria de Fazenda não vinculam, de fato, o imposto pago com as notas fiscais”*, que poderia ser feita através das cópias dos DAE's.

Assevera que a própria Relatora reconhece que *“a documentação anexada pela oro recorrente na sua impugnação pode apresentar indício de erro de recolhimento do imposto pelas diversas filiais do Recorrente”*, mas que a documentação não pode ser aceita para elidir a acusação fiscal, podendo ser pleiteado a devolução do indébito pelas filiais.

Nesse quadro, diz não ser justa a cobrança de imposto, mesmo que recolhido de forma equivocada pelas filiais, uma vez que foram operações de transferência entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, dentro do estado da Bahia.

Adiante, explica que as filiais detectaram que o ICMS não foi retido pela matriz no momento em que receberam as mercadorias transferidas e, neste momento, promoveram o recolhimento a título de antecipação tributária integral.

Assevera que não houve prejuízo ao Estado e que, consoante o artigo 156 do CTN, com o pagamento, houve a extinção do crédito tributário, sendo injusto manter a presente autuação.

Fala que *“Para corroborar com a busca da verdade material, a oro recorrente promoveu um refinamento do seu levantamento (demonstrativo e planilhas) que foi anexado à presente impugnação administrativa e servirá de base para a diligência a ser realizada pela ASTEC/CONSEF”*.

Em seguida, explicita o roteiro de trabalho utilizado para elaboração de suas planilhas, indicando a existência dos seguintes demonstrativos: a) Pgto SEFAZ x Mapas; b) Extratos de pagamento da SEFAZ/BA; c) Novos demonstrativos Planilhas, e; d) Mapas de Antecipação Integral.

Após lembrar que tal documentação, mesmo comprovando suas alegações e apresentando indícios de erro de recolhimento do imposto pelas diversas filiais, não foi objeto de diligência a ASTEC, reitera o seu pedido de diligência, pois ela *“propiciará a identificação e a devida correlação (...) de cada valor efetivamente pago de ICMS ST”*.

Ao final de seu arrazoado, clama pela realização de diligência e a procedência parcial do Auto de Infração.

Cabe registrar que não houve manifestação da PGE/PROFIS, consoante nova previsão legal.

VOTO

Temos sob apreciação Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos em relação a Decisão da 4ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração lançado pelo cometimento de 23 infrações.

Ressalto que o Recurso de Ofício tem por objeto as infrações 2 e 14, que foram consideradas

improcedente e parcialmente procedente, enquanto que o Recurso Voluntário visa a alteração do julgamento no que tange as infrações 16 e 18.

Em sede recursal, o Sujeito Passivo alega que o imposto devido por substituição tributária foi pago por outros estabelecimentos da mesma empresa, e por isso, as infrações são improcedentes.

Ab initio, devo mencionar que o trabalho da fiscalização foi exemplar, mesmo se tratando de 23 infrações, pois, em que pese somente duas imputações (retenção a menor e falta de retenção), tratam-se de fundamentos jurídicos e fáticos diferentes, que não poderiam compor a mesma infração.

Pois bem. Feita essa consideração prefacial, passo ao exame dos Recursos.

De plano, entendo que reparo algum merece a muito bem elaborada Decisão de piso, eis que, abordou todos os aspectos centrais vergastados no presente PAF.

Início o julgamento pelo Recurso de Ofício.

Vejo que as desonerações das infrações 02 e 14 ocorreram devido ao Regime Especial de redução de base de cálculo que a empresa possui com o Estado da Bahia, na comercialização de produtos de telefonia e chips.

Na informação fiscal, fl. 240, o próprio autuante constata que, conforme “*estabelecido no Parecer nº 4675/2011, que concede o direito a redução de base de cálculo do ICMS relativo às operações internas com aparelhos celulares e Sim Card*”, a carga tributária correta é de 12% “nas operações da empresa impugnante para os estabelecimentos filiais situados na Bahia”. Refeitos os cálculos, a fiscalização reduziu totalmente o débito da infração 2 e parcialmente da infração 14.

Assim entendo correta a Decisão tomada pela JJF, uma vez que observou a existência de norma concessiva de benefício fiscal ao Contribuinte.

Recurso de Ofício Não Provido.

Passo ao exame do Recurso Voluntário.

Em que pese o consistente arrazoadado da empresa, creio que não merecem guarida as razões recursais. Assim, entendo que andou bem a JJF ao apontar que o cerne da demanda é responsabilidade tributária do Sujeito Passivo aqui apontado. Ademais, o próprio Recorrente reconhece a sua obrigação ao recolhimento do imposto, diante das normas estabelecidas no Convênio 76/94 e no Protocolo 14/06.

Contudo, mesmo sendo plausível a situação levantada pelo Contribuinte, de que houve o pagamento do ICMS-ST pelas filiais, não é possível apurar através do controle administrativo, bem como os comprovantes de pagamentos feitos pelas filiais destinatárias, pois não há a cabal vinculação dos controles internos com os pagamentos realizados junto a SEFAZ.

Neste ponto, devemos colacionar os argumentos da fiscalização trazidos na informação fiscal sobre esta questão à fl. 242, *in litteris*:

“Embora o procedimento correto seja a retenção e recolhimento do ICMS ST, por parte do contribuinte substituto, nas operações de transferência destinadas ao Estado da Bahia, nós analisamos, as planilhas e documentações anexadas na defesa e temos a informar a impossibilidade em aceitar a documentação apresentada como prova de quitação dos débitos eferentes às infrações 16 e 18, tendo em vista que a própria empresa admite, na planilha “Defesa Infração 18 ST não Retido” que parte dos valores levantados por antecipação não corresponde aos valores lançados no Auto de Infração”.

Coaduno-me com o entendimento da JJF que somente haveria a possibilidade de correlação se houvesse a apresentação dos DAE's com o pagamento do ICMS-ST, onde constasse a relação de notas fiscais que compuseram o cálculo do ICMS-ST, e se relacionam com as notas objeto das autuações em lide.

Assim, comprovado o pagamento indevido de ICMS-ST pelas filiais, poderá o Sujeito Passivo

requerer em outro procedimento administrativo a restituição dos valores pagos indevidamente.

Por fim, indefiro a realização de diligência com base no art. 147, I, do RPAF/BA, por entender estarem presentes nos autos, elementos suficientes para a formação de minha convicção, e devido à impossibilidade de se aferir, através da documentação acostada, o pagamento do ICMS-ST sobre as mercadorias objeto da autuação.

Pelo tudo quanto acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos, mantendo inalterada a Decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281078.0002/15-5**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G.BARBOSA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$291.196,92**, acrescido da multa de 60%, conforme dispõe o art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS