

A. I. Nº - 281078.0002/15-5
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIA AZEVEDO SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12.07.2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0110-04/16

EMENTA: ICMS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2015, exige ICMS no valor total de R\$603.644,84 em razão das infrações à legislação a seguir relacionadas:

Infração 01 - *Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte efetuou a retenção e o consequente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Convênio 110/07 (Combustíveis e Lubrificantes). Esta Infração está demonstrada no Anexo 1.* Período: janeiro a março, maio, junho, agosto a novembro de 2013. Valor do ICMS: R\$796,69 com multa de 60%.

Infração 02 - *Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte efetuou a retenção e o consequente 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 03 - *Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte efetuou a retenção e o consequente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Convênio 74/94 (Tintas e vernizes). Esta Infração está demonstrada no Anexo 1.* Período: exercício de 2013. Valor do ICMS: R\$2.820,76 com multa de 60%.

Infração 04 - *Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte efetuou a retenção e o consequente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Convênio 85/93*

(Pneumáticos e câmaras de ar).. Esta Infração está demonstrada no Anexo 1. Período: janeiro a agosto de 2013. Valor do ICMS: R\$7.737,14 com multa de 60%.

Infração 05 - Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte efetuou a retenção e o consequente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Protocolo ICMS 10/92 (Água mineral, cervejas e refrigerantes). Esta Infração está demonstrada no Anexo 1. Período: exercício de 2013. Valor do ICMS: R\$761,54 com multa de 60%.

Infração 06 - Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte efetuou a retenção e o consequente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Protocolo ICMS 11/91 (Cerveja, refrigerantes, água mineral e bebidas energéticas). Esta Infração está demonstrada no Anexo 1. Período: janeiro a junho de 2013. Valor do ICMS: R\$2.428,17 com multa de 60%.

Infração 07 - Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte efetuou a retenção e o consequente 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 1. Período: janeiro a junho, agosto, setembro e novembro de 2013. Valor do ICMS: R\$984,47 com multa de 60%.

Infração 08 - Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte efetuou a retenção e o consequente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Protocolo ICMS 15/06 (Aguardente). Esta Infração está demonstrada no Anexo 1. Período: janeiro a novembro de 2013. Valor do ICMS: R\$862,78 com multa de 60%.

Infração 09 - Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte efetuou a retenção e o consequente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Protocolo ICMS 17/85 (Lâmpadas elétricas e reatores). Esta Infração está demonstrada no Anexo 1. Período: exercício de 2013. Valor do ICMS: R\$8.582,83 com multa de 60%.

Infração 10 - Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte efetuou a retenção e o consequente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Protocolo ICMS 18/85 (Baterias elétricas). Esta Infração está demonstrada no Anexo 1. Período: janeiro, março, setembro e outubro de 2013. Valor do ICMS: R\$518,01 com multa de 60%.

Infração 11 - Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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 Protocolo ICMS 46/00 (Farinha de trigo). Esta Infração está demonstrada no Anexo 1. Período: janeiro a novembro de 2013. Valor do ICMS: R\$2.418,57 com multa de 60%.

Infração 12 - Procedeu a retenção a menor do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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 Protocolo ICMS 50/05 (Biscoitos e massas). Esta Infração está demonstrada no Anexo 1. Período: exercício de 2013. Valor do ICMS: R\$13.621,13 com multa de 60%.

Infração 13 - Procedeu à retenção a menor do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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 Protocolo ICMS 97/00 (Autopeças). Esta Infração está demonstrada no Anexo 1. Período: janeiro a outubro de 2013. Valor do ICMS: R\$5.054,80 com multa de 60%

Infração 14 - Deixou de procedeu a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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%

Infração 15 - Deixou de procedeu a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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 74/94 (Tintas e vernizes). Esta Infração está demonstrada no Anexo 2. Período: janeiro a novembro de 2013. Valor do ICMS: R\$462,08 com multa de 60%

Infração 16 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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 17 - Deixou de procedeu a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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 11/91 (Cervejas, Refrig, água e beb. enegética). Esta Infração está demonstrada no Anexo 2. Período: abril a junho, agosto a novembro de 2013. Valor do ICMS: R\$304,26 com multa de 60%

Infração 18 - Deixou de procedeu a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas

realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte deixou de efetuar a retenção e o consequente 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%

Infração 19 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte deixou de efetuar a retenção e o consequente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Protocolo ICMS 17/85 (Lâmpadas elétricas e reatores). Esta Infração está demonstrada no Anexo 2. Período: agosto e outubro de 2013. Valor do ICMS: R\$247,13 com multa de 60%

Infração 20 - Deixou de procedeu a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte deixou de efetuar a retenção e o consequente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Protocolo ICMS 19/85 (Discos e fitas). Esta Infração está demonstrada no Anexo 2. Período: abril, maio, julho e setembro de 2013. Valor do ICMS: R\$222,10 com multa de 60%

Infração 21 - Deixou de procedeu a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte deixou de efetuar a retenção e o consequente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Protocolo ICMS 190/09 (Colchoaria). Esta Infração está demonstrada no Anexo 2. Período: exercício de 2013. Valor do ICMS: R\$118.529,72 com multa de 60%

Infração 22 - Deixou de procedeu a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte deixou de efetuar a retenção e o consequente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Protocolo ICMS 50/05 (Biscoitos e massas). Esta Infração está demonstrada no Anexo 2. Período: janeiro a novembro de 2013. Valor do ICMS: R\$923,24 com multa de 60%

Infração 23 - Deixou de procedeu a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O contribuinte deixou de efetuar a retenção e o consequente recolhimento a menor de ICMS Substituição Tributária, nas operações de vendas/transferências realizadas com este Estado, com produtos elencados no Protocolo ICMS 97/10 (Autopeças). Esta Infração está demonstrada no Anexo 2. Período: exercício de 2013. Valor do ICMS: R\$6.563,44 com multa de 60%

Por advogado constituído, a empresa apresenta impugnação de parte do imposto ora exigido (fls. 202/216).

Ressaltando a tempestividade de sua defesa e observando que o lançamento fiscal foi lavrado para a constituição de crédito tributário em razão de vinte e três infrações, diz que elas, ao final, se resumiram a duas, ou seja: ICMS-ST Retido a Menor (infrações 01 a 13) e ICMS-ST Não Retido (infrações 14 a 23) tendo em vista de que foram elas separadas pelos convênios que as regiam. Indica todos eles.

Após tais colocações, passa a contestar as infrações 02 (retenção a menor do ICMS) e 14 (falta de retenção do ICMS). Produtos elencados no Convênio 135/06 (aparelhos de telefonia e chips).

A respeito destas duas infrações, diz que a fiscal autuante equivocou-se ao não atentar ao regime de redução de base de cálculo para os produtos telefones e chips no Estado da Bahia.

Apensa aos autos planilha com o cálculo do imposto refeito e cópia do Regime Especial que possui contemplando o benefício da redução da base de cálculo (DOC. 03).

Em assim sendo, requer o cancelamento da Infração 02, bem como, a exclusão do valor de R\$52.804,50 no que diz respeito à infração 14.

Passa a contestar, conjuntamente, as infrações 16 (Falta de retenção do ICMS - Convênio 76/94 - Higiene Bucal e mamadeiras) e 18 (Falta de retenção do ICMS - Protocolo 14/06 - Bebidas quentes)

Sacando das determinações do art. 156, I, do CTN, afirma que parte do imposto exigido nestas infrações já se encontra extinto, pois recolhido pelas suas filiais situadas no Estado da Bahia.

Diz não pretender discutir a sua obrigação legal de efetuar o pagamento do ICMS, a título de substituição tributária, no momento das transferências de mercadorias para as suas filiais situadas no Estado da Bahia já que é contribuinte inscrito no Estado da Bahia, na qualidade de substituto tributário, para atender diversos acordos interestaduais que lhe atribui essa condição, conforme cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93.

Entretanto, a fiscalização baiana entendeu que as operações, objeto da autuação, foram de vendas de mercadorias, quando na verdade as operações foram de transferências de mercadorias entre a empresa ora autuada, localizada no Estado de Sergipe e suas filiais localizadas no Estado da Bahia.

Ressalta que em caso de vendas ou transferências, o ICMS deve ser recolhido ao Estado destinatário, mas a natureza das operações (transferência de mercadorias) é decisiva para entender o seu equívoco, que gerou parte da autuação. Explica que, diante desta exata operação, o valor do ICMS ora exigido havia sido recolhido pelas suas filiais localizadas no Estado da Bahia, ao verificarem que o ICMS não foi retido e pago pela matriz no momento em que receberam as mercadorias. Informa que tal situação pode ser verificada por intermédio dos DAE's de pagamento e dos mapas de antecipação tributária integral, que lastream a apuração do ICMS recolhido pelas filiais, conforme CD em anexo (DOC. 03).

Apensa aos autos demonstrativos e planilhas que, entende, servirão de base para diligência a ser realizada pela ASTEC/CONSEF.

Passa a discriminar a documentação que diz ser comprobatória do pagamento do ICMS.

1. Pgto SEFAZ x Mapas: Refere-se aos mapas de antecipação tributária do período autuado comparando-se com os valores do DAE's recolhidos pelas filiais de destino na Bahia com as notas fiscais relacionadas no Auto de Infração, de forma analítica e sintética (código de receita 1145).
2. Extratos de pagamentos da SEFAZ/BA: arquivo em PDF dos DAE's baixados do sistema da SEFAZ/BA, com histórico de pagamentos de ICMS por cada filial na Bahia.
3. Novos Demonstrativos Planilhas AI: planilhas individuais analíticas por infração, demonstrando os recolhimentos efetuados pelas filiais na Bahia.
4. Mapas de Antecipação Integral: planilhas no formato Excel contendo todas as notas que compõem o valor pago por antecipação integral no código de receita 1145, para cada mês de janeiro a dezembro de 2013, contendo as filias inscritas na BA.

E, partindo desta documentação, estabeleceu o seguinte roteiro de trabalho conforme descreve: *as planilhas anexadas à presente impugnação são compostas por 2 (duas) pastas e uma 1 (uma) planilha. No anexo 2, pasta de nome “Pgto SEFAZ x Mapas”, constam os extratos de pagamentos retirados do banco de dados da SEFAZ/BA, no qual informamos o pagamento dos ICMS feito de cada filial apresentados mediante levantamento do histórico de 01/2013 a 12/2013*

conforme planilhas constante do CD em anexo (DOC. 03).

No anexo 4, pasta de nome “Novos Demonstrativos Planilhas AI” foram feitos os cruzamentos dos mapas de transferência do ano 2013, por infração, onde foram abatidas todas as notas que foram localizadas e pagas na entrada de cada filial. Para este critério foram elaboradas abas informando os mapas de transferências ST, a infração e as validações. Também informamos que nesta validação foram usadas somente as notas de transferências, emitidas pelo contribuinte autuado. Em virtude das planilhas serem muito extensas, a ora Impugnante fez o mesmo trabalho feito pela Fiscalização e colocou os mapas por cada infração de acordo com convênio ou protocolo feito pela Fiscalização.

Na planilha “Mapas ST x DAE SEFAZ BA 2013” (Anexo 2 do CD), foram criadas 12 (doze) abas, mensais de janeiro a dezembro de 2013 onde constam o resumo dos mapas de antecipação classificados por transferências e compras; os valores retirados dos extratos da SEFAZ referente ao pagamento no código de receita 1145. As colunas foram criadas por loja e mês a mês, onde consta a soma de todos os valores extraídos pelos mapas de compras e transferências, ao lado o valor retirado do extrato de pagamento da SEFAZ e a diferença entre eles.

Sendo assim, é necessário observar que não existem diferenças entre os valores devidos de ICMS constantes dos mapas de antecipação tributária apresentados e os valores dos pagamentos extraídos do site da SEFAZ/BA, também mencionamos que os mapas de ST apresentados neste demonstrativo são os mesmos utilizados no processo de defesa do processo administrativo fiscal, o aprimoramento é que a ora Impugnante incluiu os mapas de compra para fecharmos o valor com as guias de pagamento, já que o pagamento é feito em guia única com a soma dos mapas de compra e transferência que deram entrada nas filiais.

Seguindo o roteiro aqui informado, a análise das planilhas anexadas à presente impugnação levará à conclusão, com segurança, que os DAE's apresentados pela ora Impugnante comprovam o pagamento de parte do ICMS, apesar de trazer diferentes operações praticadas pelas filiais.

Com esse detalhamento das planilhas e demonstrativos, a ora Impugnante espera colaborar em definitivo com a elucidação dos fatos.

Pelo exposto, a ora Impugnante requer o cancelamento parcial da Infração 16 no valor total de R\$ 43,93, bem como o cancelamento parcial da Infração 18 no valor de R\$ 88.180,32.

Requer a procedência parcial da autuação.

A autuante presta sua informação fiscal (fls. 237/243). Após sintetizar a acusação fiscal e os argumentos de defesa, informa que o trabalho foi desenvolvido dentro das normas legais do Convênio ICMS nº 81/93 e dos demais Convênios e Protocolos ICMS relativos às mercadorias enquadradas na Substituição Tributária comercializadas com este Estado, conjuntamente com a Lei Complementar nº 87/96, Lei Estadual nº 7.014/96 e RICMS/BA. E, para fundamentar as infrações, elaborou os Demonstrativos de Débitos contendo todos os cálculos, conforme fls. 26/192 do PAF.

Informa que o autuado é contribuinte regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de substituto tributário (Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93, art. 2º, III e 295, do RICMS/12), ficando, portanto, subordinado ao cumprimento das normas dispostas nos diversos institutos que versem sobre a Substituição Tributária Interestadual e que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente.

Passa a analisar os argumentos de defesa.

Em relação ás infrações 02 e 14, diz que após analisar o Regime Especial do contribuinte que dispõe sobre a aplicação do benefício da Redução de Base de Cálculo, estabelecido no Parecer nº 4675/2011, de 15/03/2011 (concede o direito a redução de base de cálculo do ICMS relativo às

operações internas com aparelhos celulares e Sim Card, de forma que a carga tributária corresponda a 12% nas operações da empresa impugnante para os estabelecimentos filiais situados na Bahia), refez os demonstrativos de débitos, denominados Demonstrativo de Apuração do ICMS ST retido a menor – Anexo 1 e Demonstrativo de Apuração do ICMS ST não retido – Anexo 2 e acatou os argumentos defensivos. Em assim sendo, concordou com a exclusão integral da infração 02 (Anexo 1) e com o novo o Demonstrativo de Débito da infração 14 (Anexo 2) que passou a ser de R\$17.073,57, conforme demonstrativo a seguir.

	Dem. Apuração ICMS ST não retido - Anexo 2
Infração 14 (Convênio 135/06)	
Março/2013	16.891,98
Abril/2013	105,87
Agosto/2013	11,85
Setembro/2013	11,29
Outubro/2013	34,88
Novembro/2013	17,69
TOTAL 2013	17.073,56

Com relação às Infrações 16 (Higiene bucal e mamadeiras) e 18 (Bebidas quentes), afirma equivocado o argumento de defesa quando diz que o fisco entendeu que as operações, objeto da autuação, foram de vendas de mercadorias, pois na descrição das infrações no Auto de Infração (fls. 07/08 do PAF) consta que as operações foram de vendas/transferências, indicando que a responsabilidade do substituto tributário ocorre tanto nas operações de vendas como de transferências, como admitido pela própria empresa.

Argumenta, em seguida, de que o fato da natureza das operações serem de TRANSFERÊNCIAS não exime a responsabilidade do substituto tributário em efetuar a retenção e recolhimento dos produtos sujeitos a substituição tributária e o “procedimento de apuração do imposto a título de antecipação tributária integral não está correto, em se tratando de operações sujeitas a substituição tributária interestadual, regido por Convênios e Protocolos celebrados entre os Estados e Distrito Federal”.

Diz que o imposto, porventura pago erroneamente por antecipação parcial, poderá ser apropriado para a empresa remetente, desde que cumpra as determinações estabelecidas na Orientação Técnica OTE-DARC (Diretoria de Arrecadação e Controle) - 1003, da SAT Superintendência de Administração Tributária, cópia anexa às fls. 244/245 do PAF, nos seus itens 5, b, b.1 e b.2, conforme transcreve.

Ressalta de tal procedimento é indispensável para que os comprovantes do imposto pagos pelas filiais destinatárias sejam corretamente apropriados em nome da CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA, CNPJ: 39.346.861/0001-61, empresa remetente, e para que tal fato se concretize, o autuado deverá observar as disposições da orientação acima nominada, pois ela estabelece que a apropriação do recolhimento tributário em favor da empresa remetente requer a anuência da empresa originalmente favorecida, significando dizer que é necessário que a empresa beneficiada renuncie ao direito subjetivo que lhe assiste em requerer a restituição de tais valores.

E, embora o contribuinte não tenha tomado tais procedimentos, ainda assim, analisou as planilhas e documentações anexadas na defesa, ficando clara a impossibilidade em aceitar a documentação apresentada como prova de quitação dos débitos referentes 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 parcial não correspondem aos valores lançados no Auto de Infração.

Ademais, muitas notas fiscais constantes do lançamento fiscal não estão nas planilhas de Antecipação Parcial, a exemplo da análise da documentação a seguir discriminada:

. VINHO ITA LAMBRUSCO e VINHO ARG LATITUD, referente à NF 1.345.592, emitida em 04/02/2013, constante no Demonstrativo de Apuração de ICMS ST não Retido (fl. 151), no Mapa de Antecipação Integral do mês de fevereiro de 2013, fornecido na defesa. Verificou que os referidos produtos não constam no levantamento, embora informados na planilha DEFESA INFRAÇÃO 18 como recolhido.

. NFs, 1449400, 1450260 (fl. 145 do PAF) e NF 1613390 (fl. 146) constantes no Demonstrativo de ICMS ST não Retido. Verificou que as referidas notas não constam na planilha Mapas ST do arquivo "Defesa Infração 16 não Retido" admitido pelo próprio impugnante como imposto devido na planilha "Reconhecido como devido" do mesmo arquivo.

. NF nº 1606839 (fl. 146 do Demonstrativo de ICMS ST não Retido) não consta sequer no Levantamento de Antecipação Tributária.

Após tal análise, diz que: *"Diante de todo o exposto, após a analise da documentação apresentada na defesa, resta claro, que não podemos acatar nenhum dos pagamentos de ICMS constantes nos mapas de antecipação tributária integral e DAE's sob o fundamento da divergência de valores apontados no Auto de infração e os valores constantes dos mapas de antecipação tributária. Por vários motivos encontramos divergências, e ainda que fosse possível correto o procedimento sugerido pela impugnante, seria necessário a realização de fiscalização vertical nas empresas destinatárias para que conferíssemos se efetivamente o imposto foi pago. Sugerimos, portanto, que o contribuinte solicite por filial, obedecendo ao que dispõe a OTE-DARC-1003, a respectiva apropriação de ICMS a que tem direito"*.

Requer a procedência parcial da autuação no valor de R\$291.196,93.

Chamado para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 403/404) a empresa não se manifesta.

Das fls. 406/430 consta o pedido da empresa, junto à PGE/Profis, da exclusão do sócio Silvio Pedra Cruz Junior do presente processo, tendo em vista sua saída do cargo de administrador não-sócio da empresa, conforme 65ª alteração do seu contrato social registrada na Junta Comercial do Estado da Bahia.

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 consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (infrações 01 a 13).
2. Falta da retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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 consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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 consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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, refez 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 mantendo 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 consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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 consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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, mantendo 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281078.0002/15-5**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA