

PROCESSO - A. I. N° 281066.0005/12-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - UNIÃO – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (UNIÃO ATACADO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4^a JJF n° 0150-04/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/03/2017

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0030-12/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. REMESSAS PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NA BAHIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovação de recolhimento de parte do imposto lançado e ajustes realizados pelas autuantes, na informação fiscal, elidem as infrações 1, 6 e 12 e parcialmente as infrações 2 a 5, 7 a 11, 13 e 14. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 4^a Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, lavrado em 12/09/12 para imputar ao contribuinte o cometimento de dezenove infrações, sendo objeto do Recurso as imputações 1, 6, 12 (julgadas totalmente improcedentes), 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13 e 14 (julgadas procedentes em parte), como a seguir descrito:

INFRAÇÃO 1 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$1.615,25 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei n° 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$34.194,74 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei n° 7.014/1996.

INFRAÇÃO 3 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$5.398,49 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei n° 7.014/1996.

INFRAÇÃO 4 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$951,08 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei n° 7.014/1996.

INFRAÇÃO 5 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$199.449,39 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei n° 7.014/1996.

INFRAÇÃO 6 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade

de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$264,21 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 7 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$28.418,90 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 8 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$9.077,52 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 9 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$18.417,77 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 10 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$1.669,37 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 11 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$14.907,31 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 12 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$570,85 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 13 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$92.017,03 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 14 – falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$34.900,46 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei nº 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide com os seguintes fundamentos:

Incialmente, ressalto que o Auto de Infração em epígrafe e o correspondente processo administrativo fiscal estão revestidos das formalidades legais previstas na legislação pertinente. As acusações constantes da peça inicial estão de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, permitindo o perfeito entendimento das infrações detectadas. O exercício do direito de defesa foi exercido em sua plenitude, tendo o autuado abordado em sua defesa e nos pronunciamentos posteriores os diversos aspectos da autuação, demonstrando, assim, pleno conhecimento das infrações que lhe foram imputadas. Quanto à existência do termo demarcatório do início da ação fiscal, ressalto que tal matéria já foi afastada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF Nº 0280-11/14, de forma que essa questão fica ultrapassada.

Indefiro a solicitação de diligência ou de perícia, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinde das questões e, além disso, as matérias em análise não exigem conhecimentos especiais de técnicos.

Ultrapassadas as questões formais acima, passo a analisar o mérito da lide. Considerando a grande quantidade de infrações, apreciarei em conjunto as infrações nas quais utilizarei a mesma fundamentação para a minha Decisão. Ao final, apreciarei argumentos defensivos que são atinentes às demais infrações.

No que tange às infrações 1, 6 e 12, o autuado sustenta já tinha sido recolhido os valores lançados. As autuantes na informação fiscal acataram o argumento defensivo e excluíram da autuação os montantes apontados nos demonstrativos que integram a defesa, no campo intitulado de “Recolhido União”. Esse fato fica claro quando se confronta os demonstrativos da defesa (campo “Recolhido União”) com os de fls. 1104 a 1127 (campos “V. Hist. Acatado” e “Observação”). Assim, esse argumento defensivo fica ultrapassado, já que os valores apontados pelo defensor foram excluídos da autuação pelas autuantes.

Acolho essas correções efetuadas pelas autuantes, pois além de estarem respaldadas em elementos probantes trazidos aos autos na defesa, foram realizadas pelas próprias auditoras fiscais que desenvolveram a ação fiscal e que lavraram o Auto de Infração em comento. Dessa forma, as infrações 1, 6, 12, não subsistem, conforme demonstrado às fls. 1104, 1109, 1115.

Quanto às infrações 2, 3, 4, 5, 7, 9 e 10, o autuado apresentou demonstrativos, no qual constam recolhimentos efetuados - “Recolhido União”. As autuantes refizeram a apuração do imposto, tendo excluído da autuação os valores apontados na defesa.

Acolho essas retificações efetuadas pelas autuantes pelos mesmos motivos expostos na apreciação das infrações anteriores (1, 6 e 12). Desse modo, as infrações 2, 3, 4, 5, 7, 9 e 10 subsiste parcialmente conforme os demonstrativos anexados às fls. 1105 a 1008, 1010, 1112 e 1113.

A infração 8 trata de falta de recolhimento de ICMS-ST, no valor de R\$9.077,52. O autuado afirma que já tinha recolhido a quantia de R\$8.989,64 e que a diferença de R\$87,88 correspondia a vendas para consumidores finais e a operações com caneta Bic Cristal, produto que não está elencado no Protocolo ICMS 17/85. Na informação fiscal, as autuantes acataram a tese defensiva atinente ao valor já recolhido e às operações destinadas a consumidores finais e refizeram a apuração do valor devido, o qual passou para R\$ 31,04. Afastaram, no entanto, o argumento atinente à caneta Bic Cristal.

Acolho essas correções efetuadas pelas autuantes, pois em conformidade com as provas acostadas aos autos. O posicionamento das autuantes quanto às canetas Bic Cristal também foi acertado, uma vez que o exame do demonstrativo da infração 8, gravado no CD-ROM de fl. 34, deixa evidente que nessa infração só foram incluídas operações com lâmpadas, não havendo qualquer referência ao produto caneta Bic Cristal, conforme foi bem explicado pelas autuantes nas informações fiscais.

Dessa forma, a infração 8 subsiste parcialmente no valor de R\$31,04, conforme o demonstrativo anexado à fl. 1111.

Relativamente à infração 11, a qual trata da falta de retenção de ICMS-ST nas operações com produto relacionado no Protocolo ICMS 20/05, no total de R\$14.907,31, o autuado afirmou que já tinha recolhido R\$2.527,48, e que a diferença de R\$12.379,83 correspondia a operações com sorvetina, produto que, segundo a defesa, não estaria elencado nesse citado Protocolo.

Na informação fiscal, as autuantes reconheceram a procedência do argumento defensivo quanto aos recolhimentos que já tinham sido efetuados e refizeram a apuração do imposto, o qual passou para R\$12.380,83. Afastaram, no entanto, a tese defensiva atinente ao produto sorvetina.

Foram corretas as retificações efetuadas pelas autuantes quanto aos pagamentos já realizados pelo autuado, uma vez que essas retificações estão respaldadas em elementos probantes trazidos na defesa e que estão acostados aos autos.

No que tange ao produto sorvetina, observo que o Protocolo ICMS 20/05, do qual os Estados da Bahia e de Minas Gerais são signatários, ao tratar da substituição tributária nas operações com sorvetes e com preparados para a produção de sorvetes em máquina, assim dispõe na sua cláusula primeira, §1º, II:

Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com sorvetes de qualquer espécie e com preparados para fabricação de sorvete em máquina, realizadas entre estabelecimentos localizados em seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nos termos e condições deste protocolo, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas subsequentes saídas, realizadas por estabelecimento atacadista ou varejista.

§ 1º. O disposto nesta cláusula aplica-se:

[...]

II - aos preparados para fabricação de sorvete em máquina, classificados nas posições 1806, 1901 e 2106 da NCM/SH.

Tomando por base o dispositivo acima transscrito, depreende-se claramente que os produtos classificados nas posições NCM 1806, 1901 e 2106 só estão enquadrados no regime de substituição tributária quando se destinarem à fabricação de sorvete em máquina.

O autuado, além de reconhecer que a sorvetina está enquadrada na NCM 21069029, explica que tal produto se trata de uma preparação utilizada para dar liga e sabor ao sorvete, mas que não constitui uma preparação

instantânea ou pronta para ser transformada no referido alimento. Diz que esse produto não é necessariamente utilizado em máquinas de fazer sorvete, podendo ser empregado por qualquer meio, inclusive de forma caseira, conforme material obtido na Internet e colacionado aos autos.

Tendo em vista que as operações relacionadas na autuação não eram destinadas a consumidores finais, não há como se dizer que o citado produto não seria empregado no preparo de sorvete em máquinas. O material coletado na Internet e trazido na defesa apenas demonstra a possibilidade de a sorvetina também ser utilizada na fabricação caseira de sorvete, porém, não prova que o citado produto não seja empregado em máquina. No meu convencimento sobre a matéria, um fato coloca por terra o argumento defensivo: o autuado efetuou o recolhimento da antecipação tributária, errando, contudo, na determinação da MVA cabível. Desse modo, considerando a NCM e a normal destinação do produto, entendo que a sorvetina está enquadrada no regime e substituição tributária e, portanto, foi correto o procedimento das autuantes.

Em face ao acima exposto, a infração 11 subsiste em parte no valor de R\$12.380,83, conforme o demonstrativo à fl. 1114.

Quanto à infração 13, retenção a menos de ICMS-ST referente a operações com produtos relacionados no Protocolo ICMS 27/10, no total de R\$92.017,03, o autuado afirmou que já tinha recolhido o valor de R\$66.302,00, e que a diferença de R\$25.715,03 correspondida a operações com pulverizador, produto que não estaria elencado nesse citado Protocolo.

Na informação fiscal, as autuantes reconheceram a procedência do argumento defensivo quanto aos recolhimentos efetuados e refazem a apuração do imposto, tendo encontrado o valor remanescente de R\$27.715,03. Refutaram a tese defensiva quanto ao produto pulverizador.

Acolho as retificações efetuadas pelas autuantes relativamente aos recolhimentos já realizados, pois estão em conformidade com os elementos probantes acostados aos autos e, além disso, foram realizadas pelas próprias auditoras fiscais que desenvolveram a ação fiscal e que lavraram o Auto de Infração em comento.

Ao tratar da substituição tributária, nas operações interestaduais com materiais de limpeza, o Protocolo ICMS 27/10, na sua cláusula primeira atribui ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST nas operações com os produtos listados no Anexo Único desse Protocolo. No item “36” desse citado Anexo Único, temos “Aparelhos mecânicos ou elétricos odorizantes, desinfetantes e afins”, classificados na NCM 8424.89.

De acordo como a Nota Fiscal nº 82826 (fl. 176), trazida aos autos na defesa, o pulverizador relacionado na autuação se ajusta, com precisão, à descrição e ao código NCM contidos no item “36” do Anexo Único do Protocolo ICMS 27/10. Além disso, a fotografia anexada à fl. 175 não deixa dúvida que o referido pulverizador é utilizado na aplicação de inseticidas de uso domésticos. O fato de o referido produto ser utilizado também na agropecuária não o retira do item “36” do Anexo Único do Protocolo ICMS 27/10. Dessa forma, foi correto o procedimento das autuantes e não houve ofensa ao princípio da estrita legalidade e nem utilização de analogia para incluir o citado produto no Anexo Único do Protocolo ICMS 27/10.

Pelo acima exposto, a infração 13 subsiste parcialmente no valor de R\$27.715,03, conforme demonstrativo à fl. 1116.

No que tange à infração 14, retenção a menos de ICMS-ST referente a operações com produtos relacionados no Protocolo ICMS 28/10, no total de R\$34.900,46, o autuado afirmou que já tinha recolhido o valor de R\$34.030,21, e que a diferença de R\$ 870,25 correspondida a operações com mochilas, papel de presente e plastifolhas, produtos que não estariam relacionados no citado Protocolo, bem como a operações destinadas a consumidores finais.

Na informação fiscal, as autuantes reconheceram a procedência do argumento defensivo quanto aos produtos mochila e papel de presente e quanto às operações destinadas a consumidores finais. Não acolheram a alegação da defesa no que tange ao produto plastifolha. Refizeram a apuração do imposto, tendo chegado ao valor remanescente de R\$426,25 (fl. 1117).

Acolho as retificações efetuadas pelas autuantes relativamente aos recolhimentos já realizados, ao produto mochila e às operações destinadas a consumidores finais, uma vez que estão em consonância com as provas trazidas na defesa.

Em relação ao produto plastifolha, também foi acertado o posicionamento das autuantes, uma vez que esse produto não foi incluído na auditoria fiscal conforme se pode observar no demonstrativo que embasa a autuação, gravado no CD-ROM anexado à fl. 34 dos autos, do qual o autuado recebeu cópia.

Dessa forma, a infração 14 subsiste parcialmente no valor de R\$426,25, conforme o demonstrativo anexado à fl. 1117.

Quanto às infrações 15, 16, 18 e 19, o autuado afirmou que os valores relacionados na autuação decorreram de erro na aplicação da MVA prevista e diz que irá regularizar os débitos oportunamente. Dessa forma, essas

infrações subsistem integralmente, conforme demonstrativos às fls. 1118, 1119, 1121 e 1122, respectivamente.

Relativamente à infração 17, o autuado afirmou que os valores relacionados na autuação decorreram de operações com o produto sorvetina.

Pelos mesmos argumentos expendidos na apreciação da infração 11, os quais ficam aqui reiterados, a sorvetina, considerando a NCM e a normal destinação do produto, está enquadrada no regime e substituição tributária e, portanto, foi correto o procedimento das autuantes. Dessa forma, a infração 17 é procedente.

Em sua defesa, o autuado sustenta a tese de que as diferenças constantes nos demonstrativos que fazem parte da defesa não causaram prejuízo ao Estado da Bahia, pois o imposto devido foi certamente recolhido pelos destinatários das mercadorias.

Não há como prosperar essa tese defensiva, pois, ao realizar operações de vendas dos produtos relacionados na autuação para contribuintes localizados no Estado da Bahia, o autuado, estabelecido no Estado de Minas Gerais e inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia na condição de contribuinte substituto, assume a condição de sujeito passivo por substituição, cabendo a ele efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS-ST.

Eventuais recolhimentos efetuados por terceiros (os destinatários a mercadorias) não possuem o condão de desobrigar o autuado do cumprimento de suas obrigações quanto às operações relacionadas na autuação. A situação em tela não se trata de hipótese de bis in idem, mas sim de pagamento indevido, cabendo aos autores de tais recolhimentos, caso restem efetivamente comprovados, pleitear a restituição do indébito, observando as condições impostas pela legislação tributária estadual que rege tal matéria.

Por não ser da competência deste órgão julgador administrativo, não pode ser acatado o pedido para que sejam compensados ou deduzidos os supostos valores pagos, a título de ICMS-ST, pelos destinatários das mercadorias tratadas no presente Auto de Infração.

A multa indicada na autuação, equivalente a 60% do valor imposto que deixou de ser recolhido, é a prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, para as irregularidades apuradas, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a exemplo do alegado caráter de confisco e da citada afronta aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O defensor solicita dispensa ou redução da multa, porém, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, tal matéria ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda.

No que tange à solicitação para que as intimações acerca do presente feito sejam realizadas também em nome da representante do autuado, no endereço constante na defesa, nada obsta o atendimento de tal pleito, porém o não atendimento a esse pedido não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF-BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$86.502,90, para julgar as infrações 1, 6 e 12 improcedentes, as infrações 2 a 5, 7 a 11, 13 e 14 procedentes em parte, e as infrações 15 a 19 procedentes, tudo conforme o Demonstrativo de Débito apresentado à fl. 1123”.

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Intimado da Decisão de Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs o que chamou de “Contrarrazões ao Recurso de Ofício” (fls. 1260 a 1273), em que pugna pela “manutenção da Decisão recorrida na parte em que o lançamento fora julgado improcedente”, por ter “refletido o melhor e mais correto entendimento sobre o caso, amparado na farta documentação apresentada em sede de impugnação administrativa e ainda, no acolhimento, pelo Fisco, das razões expostas”:

“(i) pelo acolhimento integral dos argumentos atinentes às infrações 1, 6 e 12, considerando que a Recorrida sustentou o recolhido dos valores lançados e o recorrente, em suas informações fiscais acatou tal argumento, excluindo da autuação os montantes apontados nos demonstrativos que integram a defesa;

(ii) subsistência parcial das infrações 2, 3, 4, 5, 7, 9 e 10, considerando que a Recorrida apresentou demonstrativos, no qual constam recolhimentos efetuados - “Recolhido União” e o recorrente refez a apuração do imposto, tendo excluído da autuação os valores apontados na defesa – parcial subsistência conforme demonstrativos constantes às fls. 1105 a 1008, 1010, 1112 e 1113 (sic);

(iii) subsistência parcial da infração 8, no valor de R\$31,04, conforme o demonstrativo anexado à fl. 1111, considerando que as teses de defesa de que do valor autuado de R\$9.077,52, já havia sido recolhida a quantia

de R\$8.989,64 e a relativa às operações destinadas a consumidores finais foi acatada e refeita a apuração do valor devido, que passou para R\$31,04. Foi afastado, entretanto, o argumento atinente à caneta Bic Cristal, pelo entendimento de que o exame do demonstrativo da infração 8, gravado no CD-ROM de fl. 34, deixaria evidente que nessa infração só foram incluídas operações com lâmpadas, não havendo referência ao produto caneta Bic Cristal;

(iv) subsistência parcial da infração 11, no valor de R\$12.379,83, tendo em vista o acatamento da alegação de recolhimento parcial de R\$2.527,48 e o não acolhimento das alegações de que o produto sorvetina não estaria elencado no Protocolo ICMS 20/05. O entendimento constante na r. Decisão proferida é o de que o produto poderia ser empregado no preparo de sorvetes em máquinas, ainda que pudesse ser utilizado para confecção de sorvete caseiro, razão pela qual estaria enquadrado no regime de substituição tributária;

(v) subsistência parcial da infração 13, no valor de R\$25.715,03, tendo em vista o acatamento da alegação de recolhimento parcial de R\$66.302,00 e o não acolhimento das alegações de que o produto pulverizador não estaria elencado no Protocolo ICMS 27/10. O entendimento constante na r. Decisão proferida é o de que o produto, a despeito de poder ser utilizado na agropecuária, não retira a possibilidade de ser utilizado caseiramente para aplicação de inseticida, razão pela qual estaria enquadrado no Anexo Único do Protocolo ICMS 27/10;

(vi) subsistência parcial da infração 14, no valor de R\$426,25, tendo em vista o acatamento da alegação de recolhimento parcial quanto aos produtos mochila e papel de presente e quanto às operações destinadas a consumidores finais. Não foram acolhidas as razões de defesa quanto ao produto plastifolha, pelo entendimento de que esse produto não foi incluído na auditoria fiscal demonstrativo que embasa a autuação, gravado no CD-ROM anexado à fl. 34 dos autos;

(vii) subsistência integral das infrações 15, 16, 18 e 19, considerando que a Recorrida trouxe informações, em sua defesa, de que os valores relacionados na autuação decorreram de erro na aplicação da MVA prevista e que irá regularizar os débitos oportunamente;

(viii) subsistência integral da infração 17, considerando o entendimento firmado no julgamento da infração 11, no sentido de que a sorvetina, considerando a NCM e a normal destinação do produto, está enquadrada no regime e substituição tributária, sendo correto, portanto, o procedimento do recorrente”.

Em relação à infração 8, acrescenta que as operações que ensejaram a cobrança do ICMS - substituição tributária, relativas aos meses de agosto e dezembro, referem-se a operações interestaduais de saídas de bonificação/entregas de brindes (CFOP nº 6910) para não contribuintes/consumidores finais e que os “*documentos fiscais em anexo à impugnação administrativa apresentada (Doc. 07 da defesa) comprovam que a natureza da operação e a condição do destinatário (CPF), razão pela qual, acertadíssima a Decisão que reconhece a não ser possível a incidência de ICMS devido por substituição tributária, pois não há fato gerador presumido a ser tributado, vez que não há operações subsequentes*”, o que foi acatado, inclusive, pelo autuante.

Quanto à infração 14, aduz que foi acertada a Decisão recorrida, porque, o produto “mochila”, por ele comercializado, apresenta a NCM 42022900, que não consta do Protocolo ICMS 28/10.

Observa que o referido convênio trata apenas das NCMs 4202.1 e 4202.9, não incluindo a subclasse da NCM 4202.2, como é o caso. Observa que “é entendimento consolidado desta r. Administração Fazendária que somente se estiverem, concomitantemente, previstos em Convênios e Protocolos, a NCM e o DESCRIPTIVO / FINALIDADE DO PRODUTO, é que poderá haver a tributação na sistemática de substituição tributária”.

Destaca que também foi correta a exclusão da diferença relativa ao mês de dezembro, que se refere à operação de venda para não contribuinte e consumidor, conforme a Nota Fiscal nº 000261698 emitida em 17/12/11, o que foi, inclusive, reconhecido pelo próprio agente fiscal.

Salienta ainda que a Junta de Julgamento Fiscal agiu corretamente, ao excluir da autuação valores já declarados nos documentos fiscais, “*conforme informações lançadas pela Recorrida nos registros do Sintegra anexos à defesa (Doc. 08), todos devidamente entregues à SEFAZ BA no prazo legal*”.

Afirma que, “*de uma comparação entre os itens em cobrança com os itens declarados, verificou-se que houve o destaque do ICMS ST, não podendo a r. fiscalização, inadvertidamente*

imputar a Contribuinte falta de retenção ou retenção a menor”.

Informa que, “*para facilitar a análise da fiscalização, a Recorrida apresentou a extratificação dos registros Sintegra, por cada protocolo e por cada mês (Doc. 09 da impugnação) apenas em relação as operações objeto da autuação” e “bastou o cotejo das operações em que o ICMS ST foi devidamente declarado nos registros Sintegra com as operações em relação as quais está sendo cobrado o ICMS ST na autuação para o acertado reconhecido da improcedência parcial da autuação”.*

Observa também que, “*conforme informado na impugnação apresentada, os recolhimentos do ICMS ST mencionados nas justificativas das diferenças apresentadas em relação aos meses de janeiro e fevereiro de 2011 nas infrações que abarcaram tais competências foram efetuados mediante parcelamento, integralmente liquidado quando da apresentação da defesa” e a “prova do recolhimento, em relação a estas competências, mediante o cotejo entre os valores declarados ao fisco e aqueles comprovadamente recolhidos, foi feita, não com base em guias normais de arrecadação (GNERS), mas sim com base nos comprovantes de amortização das parcelas do aludido parcelamento, anexos à impugnação (Doc. 10)”.*

Finalmente, pugna pelo improvimento do Recurso de Ofício interpuesto e pede a reforma da Decisão “*tão somente nos termos do Recurso Voluntário interpuesto*”.

A PGE/PROFIS emitiu Parecer, por meio da Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, afirmando que “*inexiste previsão no RPAF determinando a manifestação da PGE na hipótese de remessa do processo para CJF, por força de Recurso de Ofício” e, “em que pese o contribuinte faça expressa menção acerca da interposição de Recurso Voluntário, não logrei localizar a referida peça processual nos presentes autos, razão pela qual recomendo a remessa dos autos à Secretaria do CONSEF para adoção das providências cabíveis”.*

A Coordenação Administrativa do CONSEF emitiu despacho encaminhando o PAF para esta Segunda Instância, informando que, apesar de ter feito menção, em suas contrarrazões ao Recurso de Ofício, à existência de um Recurso Voluntário, o contribuinte não interpôs tal apelo.

VOTO

Incialmente, destaco que, efetivamente, não foi interpuesto nenhum Recurso Voluntário, apesar de ter havido tal indicação na peça protocolada pelo autuado sob o título de “*Contrarrazões ao Recurso de Ofício*”.

Assim há de ser apreciado apenas o Recurso de Ofício apresentado pela Junta de Julgamento Fiscal referente às infrações 1, 6, 12 (julgadas totalmente improcedentes), 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13 e 14 (julgadas procedentes em parte).

No que tange às infrações 1, 6 e 12 (falta de retenção e recolhimento do ICMS - substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição), está correta a Decisão recorrida, ao julgá-las insubstinentes, pois os valores lançados já haviam sido recolhidos pelo autuado, fato reconhecido pelo próprio agente fiscal.

Quanto às infrações 2, 3, 4, 5, 7, 9 e 10 (falta de retenção e recolhimento do ICMS - substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição), deve ser mantida a Decisão de piso, pela subsistência parcial, haja vista que o sujeito passivo logrou comprovar que já havia recolhido parte dos débitos constantes na autuação, antes do início da ação fiscal, cabendo destacar que o próprio autuante acatou os argumentos defensivos.

No que se refere à infração 8 (falta de retenção e recolhimento do ICMS - substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição), a própria autoridade lançadora reconheceu a procedência dos argumentos defensivos, concernentes ao recolhimento da quantia de R\$8.989,64 e ao fato de que parte das vendas foi feita para consumidores finais, descabendo, portanto, a substituição tributária. Correta a Decisão recorrida.

Relativamente à infração 11, que trata da falta de retenção de ICMS-substituição tributária nas operações com produtos relacionados no Protocolo ICMS 20/05, as autuantes acataram a alegação defensiva de recolhimento do valor de R\$2.527,48 e refizeram o demonstrativo correspondente. Mantida a Decisão de primeiro grau.

Quanto à infração 13 (falta de retenção do ICMS-substituição tributária referente a operações com produtos relacionados no Protocolo ICMS 27/10), as próprias autuantes acataram a alegação defensiva de recolhimento do valor de R\$66.302,00 e refizeram o demonstrativo respectivo. Correta a Decisão de primeiro grau.

Pertinente à infração 14 (falta de retenção do ICMS-substituição tributária, relativa a operações com produtos relacionados no Protocolo ICMS 28/10), as autoridades fiscais acataram os argumentos do autuado: (i) de recolhimento do valor de R\$34.030,21; (ii) de que os produtos mochila e papel de presente não estavam relacionados no citado Protocolo e (iii) que haviam sido incluídas operações destinadas a consumidores finais. Escorreita a Decisão recorrida.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida em sua integralidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281066.0005/12-2, lavrado contra UNIÃO – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (UNIÃO ATACADO), devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$86.502,90, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS