

A. I. Nº - 269203.0001/15-4
AUTUADO - GALINDO & JD DISTRIBUIDORA LTDA. - ME
AUTUANTE - NILCÉIA DE CASTRO LINO, SUELY CRISTINA T. M. RIBEIRO e JORGE CALMON MONIZ DE BITTENCOURT
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 24.03.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0024-04/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida como procedente. **b)** RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. Infração reconhecida como procedente. **c)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. A legislação atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Eventuais recolhimentos equivocadamente efetuados em nome de terceiros, enquanto não retificados, não elidem a acusação. Infração caracterizada. Não acolhidos a preliminar de nulidade e o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/06/15, refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$974.354,15, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 - 08.15.02: Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, abril a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$59.437,50.

Infração 02 - 08.15.03: 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 contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio e julho a setembro de 2011, março, maio e junho de 2012, abril, setembro e dezembro de 2013. Valor do débito: R\$3.141,26.

Infração 03 - 08.15.01: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$911.775,39. Multa de 150%.

O autuado apresenta defesa (fls. 139 a 146) e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que na apuração do imposto devido os autuantes utilizaram o preço máximo ao consumidor (PMC), porém não indicaram de qual publicação retirou os valores que

foram utilizados. Diz que essa informação, se prestada pela fiscalização, permitiria que o defendente exercesse o seu direito de defesa, com segurança. Diz que, não sendo informada ao contribuinte a fonte utilizada para determinar o PMC dos produtos, mais a incerteza quanto ao critério utilizado pela fiscalização para obter a bases de cálculo, acarreta a nulidade da autuação, por cerceamento de defesa, nos termos do art. 18, II, do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 7.629/99).

Ao adentrar no mérito, inicialmente aduz que está estabelecido no Estado de Sergipe e atua como atacadista de produtos farmacêuticos. Explica que o Regulamento do ICMS do Estado de Sergipe (RICMS-SE), no seu art. 681, §1º, I, nas operações com os produtos farmacêuticos listados no Convênio ICMS 76/94, inclui a defendente na condição especial de substituto e responsável tributário pela retenção e recolhimento da antecipação do ICMS nas saídas dos medicamentos relacionados no citado Convênio, mantida inalterada a sua natureza de estabelecimento comercial atacadista.

Quanto à infração 1, informa que como contribuinte substituto e responsável tributário nos termos do RICMS-SE e Convênio ICMS 76/94, dada a sua natureza comercial, as bases de cálculo são estabelecidas com aplicação da MVA prevista, não se cogitando da adoção de PMC. Sustenta que, se a Fazenda da Bahia exige a aplicação do PMC, as diferenças não podem ser exigidas ao vendedor atacadista, mas sim dos adquirentes, conforme dispõem a § 3º da cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94 e o art. 10, § 3º da Lei nº 7.014/96.

No que tange à infração 2, diz que a autuação não procede, pois o Fisco/BA não poderia utilizar na tributação de produtos farmacêuticos critério não indicado para a situação (PMC), mas sim de acordo com a MVA.

Relativamente à infração 3, informa que as quitações exigidas através das Guias Nacionais de Recolhimentos de Tributos Estaduais (GNRE) foram providenciadas no tempo adequado, de acordo com as quitações expedidas pelos estabelecimentos bancários onde foram efetivados os referidos pagamentos. Diz que, para afastar qualquer dúvida, anexou à defesa relatório com as informações sobre os recolhimentos correspondentes a cada nota fiscal eletrônica (NF-e), indicando data de pagamento, valor, banco, agência e conta, número da GNRE, código de barra e número da autenticação. Aduz que pela correspondência entre os dados das NF-e e das GNRE, verifica-se a quitação do ICMS/substituição feita pelo defendente, na qualidade de substituto tributário e a comprovação de que a Galindo & JD Distribuidora suportou o ônus financeiro dos recolhimentos, extinguindo, assim, as exigências tributárias advindas das retenções efetuadas pela empresa. Ressalta que, em virtude do grande volume da documentação que serviu de suporte à elaboração dos relatórios juntados à defesa, não foi possível que se encontrassem todos os comprovantes de recolhimento, ficando a empresa na dependência de informações a serem fornecidas pelas instituições financeiras onde foram efetuados os recolhimentos, gerando a seguinte situação:

- Total da Infração 03 (ICMS retido e não recolhido), objeto do AI.....R\$ 911.775,39
- Total com comprovante de recolhimento conf. relatórios anexo..... R\$ 36.206,90
- Diferença a ser comprovado oportunamente, conf. solicitação..... R\$875.568,96

Acrescenta que, em vista desse fato, optou por apresentar os relatórios em forma de planilha, demonstrando o que já tem comprovante e o que está em processo de localização, mantendo os documentos correspondentes arquivados e numerados à inteira disposição do Fisco/BA, para as diligências e verificações julgadas necessárias à comprovação do alegado. Diz que está aguardando as respostas dos bancos recebedores dos recolhimentos que comprovarão a não existência da diferença apontada acima.

Destaca que embora o débito da defendente tenha sido satisfeito para com o Estado da Bahia, a ausência de informações no sistema da SEFAZ-BA decorreu de um erro no preenchimento da GNRE – consignando a empresa adquirente/BA como contribuinte emitente ao invés de fazer

constar a Galindo Distribuidora/PE – o que provocou a identificação equivocada da pessoa jurídica responsável, permitindo, assim, que o valor pago pelo defendente fosse apropriado, nos registros fazendários, à empresa adquirente/BA, e que o compromisso fiscal da substituição tributária permanecesse “em aberto”, expondo contra o defendente um passivo tributário inexistente à vista da documentação já oferecida e que servirá de prova para correção nos registros da Fazenda/BA, eliminando-se o débito que ensejou a lavratura do Auto de Infração.

Salienta que, nos anos considerados pelo Fisco/BA (2011 a 2014), nenhuma mercadoria foi retida nos Postos Fiscais por falta de recolhimento, tendo as empresas baianas recebido as mercadorias com cópia da GNRE grampeada à nota fiscal.

Diz que, desse modo, o Fisco/BA não mais poderá exigir do defendente as importâncias que foram retidas a título de ICMS/substituição, porque ficou comprovado não existir débito a saldar, uma vez que os valores retidos foram comprovadamente recolhidos, nos moldes da legislação fiscal de regência. Afirma que apenas houve um erro formal, ou seja, identificou na GNRE um sujeito passivo que não estava nessa condição, mas o sujeito ativo da obrigação tributária – no caso o Estado da Bahia – recebeu o que lhe era devido. Pontua que não pode deixar de reconhecer que a ocorrência desse erro exigirá do Fisco/BA consulta ao sistema para localizar os pagamentos e realocá-los no seu devido lugar, ou seja, na conta da defendente, inscrita no Estado da Bahia sob nº 116.966.326, na qualidade de contribuinte substituto tributário. Menciona que persistir na exigência, não considerando os recolhimentos efetuados, gera enriquecimento sem causa do Estado da Bahia, capitulado no art. 884 do Código Civil, e indébito tributário previsto no artigo 165 do CTN.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente. Protesta pela juntada posterior de documentação. Pede a realização de perícia e diligência.

Na informação fiscal, fls. 334 a 339, os autuantes afirmam que a preliminar de nulidade não merece prosperar, pois o Auto de Infração foi lavrado de acordo com os Convênios ICMS 81/93 e 76/94, a Lei nº 7.014/96 e o RICMS-BA/97. Asseveram que a base de cálculo da substituição tributária está definida no *caput* da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 e, de acordo com esse dispositivo, corresponde ao preço constante da tabela sugerida pelo órgão competente para a venda a consumidor final e, na falta desse preço, ao valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Informam que, no caso em tela, a tabela com os valores de PMC publicada na Revista ABC Farma. Ressaltam que a utilização de MVA se dá apenas na falta desse valor, conforme o §1º da citada cláusula segunda. Explicam como foram apurados os valores lançados, de acordo com o demonstrativo de fls. 106 a 113.

No mérito, quanto à infração 1, reiteram que o Auto de infração foi lavrado em conformidade com a legislação aplicável ao caso, sendo que o RICMS-SE não é cabível para as operações efetuadas com o Estado da Bahia. Pontuam que a base de cálculo foi apurada de acordo com o PMC, e que a utilização de MVA só é cabível na falta desse valor.

Relativamente à infração 2, mantêm a exigência fiscal sob o argumento de que não há dúvida quanto à utilização de PMC ou MVA, conforme foi demonstrado na infração anterior.

No que tange à infração 3, dizem que a planilha apresentada na defesa não constitui prova da quitação do imposto lançado de ofício. Aduzem que os recolhimentos comprovados não foram efetuados em nome da Galindo & LD Distribuidora Ltda., mas em nome de terceiros, enquanto o autuado encontra-se omissos de recolhimento perante o Estado da Bahia. Explicam que o sistema de arrecadação da SEFAZ-BA não identifica o CNPJ de quem realizou o pagamento do tributo, mas apenas aquele contribuinte para o qual a receita foi contabilizada, presumindo-se, desse modo, que ele próprio é o autor da quitação e detentor do direito de solicitar restituição desse imposto.

Afirmam que esse erro deverá ser sanado e, para tanto, o autuado deverá apresentar declaração da empresa beneficiada, confirmando o recolhimento indevido. Informam que a Diretoria de Arrecadação e Controle (DARC) expediu a Orientação Técnica (OTE) 1003, revisada em 14/06/10,

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:

[...]

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 à inscrição estadual, CNPJ/CPF, e nome da empresa, que acarrete em recolhimento do imposto para outro contribuinte, será necessária 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 contribuintes de outra circunscrição fiscal.*

Ao finalizar, os autuantes sugerem que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Às fls. 174 a 179, constam extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) referentes ao pagamento do imposto exigido nas infrações 1 e 2.

O processo foi convertido em diligência, para que os autuantes acostassem aos autos uma cópia do documento de onde foram extraídos os PMCs utilizados neste processo. Também foi solicitado que o autuado recebesse cópia desse documento e do resultado da informação fiscal, com posterior reabertura do prazo de defesa.

A diligência foi atendida, tendo o autuado recebido cópia do documento de onde foram extraídos os PMCs e da informação fiscal, conforme recibos à fl. 191.

Ao se pronunciar, o autuado faz uma síntese dos fatos e, em seguida, afirma que os débitos referentes às infrações 1 e 2 foram reconhecidos e pagos.

Quanto à infração 3, diz que a SEFAZ-BA tem como solicitar que sejam auditados os pagamentos efetuados por Galindo & JD Distribuidora Ltda. na relação de DAES dos clientes inscritos neste Estado e, para facilitar esta busca, apresenta relatórios dos clientes com identificação de suas Inscrições Estaduais. Aduz que nesses relatórios estão anexadas cópias dos DANFES e dos comprovantes de pagamentos efetuados de janeiro a dezembro de 2012 pelo autuado através das seguintes Contas Correntes do Grupo Galindo:

Banco Brasil - Agência 3433-9 C/C 50.150-6

Banco Brasil - Agência 3433-9 C/C 5.297-3

Banco Brasil - Agência 3433-9 C/C 5.298-1

Banco Brasil - Agência 3433-9 C/C 6.213-8

Banco Brasil - Agência 3433-9 C/C 5.299- X

Banco Santander - Agência 3116 C/C 3286-2

Banco Santander - Agência 3116 C/C 569-3

Banco Santander - Agência 3116 C/C 3319-3

Caixa Econômica Federal - Agência 1028 C/C 263-1

Caixa Econômica Federal - Agência 1028 C/C 261 -5

Informa que esta documentação em anexo contém 12 pastas com a classificação dos 3588 documentos, que comprovam os pagamentos efetuados à SEFAZ-BA do ICMS-ST tratada na infração 3, relativamente a 2012, os quais podem ser vistos no banco de dados da SEFAZ-BA.

Referindo-se ao exercício de 2012, admite que não foi retido ICMS-ST no valor de R\$1.091,36, bem como afirma que recolheu a menos ICMS-ST no montante de R\$67,23, tudo conforme tabelas que apresenta. Assim, em 2012 reconhece como devido R\$ 1.158,69 (R\$ 1.091,36 + R\$ 67,23).

Ao finalizar, solicita que lhe seja concedido prazo para efetuar as comprovações quanto aos exercícios de 2011, 2013 e 2014. Requer a realização de diligência, a ser realizada junto ao banco de dados da SEFAZ-BA, para comprovar os pagamentos quanto aos exercícios de 2011, 2013 e 2014, liberando-o do trabalho de buscar os DANFES e comprovantes desses exercícios.

Os autuantes prestam nova informação fiscal às fls. 3718 a 3724.

Após historiar o processo, afirma que as infrações 1 e 2 foram reconhecidas como procedentes pelo autuado, e o débito correspondente foi pago conforme comprovantes de pagamento às fls. 201 e 202. Dizem que ao acatar os valores exigidos nessas infrações, o autuado reconheceu que os PMCs utilizados pela fiscalização foram corretos.

Quanto à infração 3, reiteram a argumentação trazida na informação fiscal anterior e, em seguida, afirma que o impugnante não cumpriu a Orientação Técnica da DARC, uma vez que não apresentou qualquer declaração de nenhum destinatário afirmando que o recolhimento à sua empresa fora indevido, limitando-se a apresentar documentos de arrecadação para o exercício de 2012. Aduzem que em relação aos exercícios de 2011, 2013 e 2014, não só não entregou nenhum documento referido na OTE DARC, como também não apresentou nenhum comprovante de recolhimento, solicitando, ainda, que a própria SEFAZ-BA realize a busca referente a esses anos, ignorando que cabe não só alegar, mas principalmente produzir provas que criem condições de convicção favoráveis à sua pretensão. Para embasar seu posicionamento, transcrevem ementa do Acórdão JF nº 0133-02/15, deste Conselho de Fazenda, que julgou procedente o Auto de Infração nº 111197.0025/13-8.

Ao finalizar, solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, tendo em vista que não constava nos autos a origem dos preços máximos a consumidor (PMC) utilizados na determinação da base de cálculo das infrações 1 e 2. Todavia, essa preliminar de nulidade fica afastada, pois a origem dos citados preços foi informada pelos autuantes e a fonte foi anexada ao processo. Além disso, as infrações 1 e 2 foram reconhecidas como procedentes pelo autuado e os débitos correspondentes foram pagos.

No mérito, em relação às infrações 1 e 2 não há lide, uma vez que esses itens do lançamento foram expressamente reconhecidos como procedentes pelo autuado. Dessa forma, essas referidas infrações subsistem, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Conforme já relatado, na infração 3 o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2014, tendo sido lançado imposto no valor de R\$911.775,39, mais multa de 150%.

Visando elidir a infração, o autuado alegou que os recolhimentos foram tempestivamente efetuados em favor do Estado da Bahia. Como prova dessa sua alegação, em relação a uma parte das operações relacionadas na autuação, acosta ao processo planilhas e fotocópias de DANFES, GNRES e comprovantes de pagamentos. Frisa que pela correspondência entre os dados das notas fiscais eletrônicas e das GNRES verifica-se que a quitação foi efetuada pelo autuado, porém os

recolhimentos foram indevidamente feitos em nome das empresas destinatárias. Pede que, em relação às demais operações, seja realizada diligência junto ao banco de dados da SEFAZ-BA, para que fiquem comprovados os correspondentes recolhimentos, bem como sejam esses recolhimentos realocados no seu devido lugar. Sustenta que quanto à infração em comento nada mais deve, já que os recolhimentos foram efetuados, apesar de realizados em nome dos destinatários das mercadorias. Admite que, relativamente ao exercício de 2012, deixou de reter ICMS-ST no valor de R\$1.091,36 e que recolheu a menos R\$67,23.

Indefiro o pedido de realização de diligência, pois o ônus de comprovar o quanto alegado na defesa cabe ao autuado. Ademais, conforme veremos mais adiante, a realocação desses supostos recolhimentos depende de declaração dos destinatários das mercadorias confirmando que o recolhimento efetuado para o seu estabelecimento foi de fato indevido, o que não ocorreu até a presente data.

Quanto à responsabilidade do autuado pelo recolhimento do ICMS-ST, na condição de sujeito passivo por substituição, não há dúvida e nem é esta condição negada pelo defendente. Ademais, há que se observar que o autuado está inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de contribuinte substituto.

Do exame das planilhas e da farta documentação acostadas aos autos, verifico que em muitas operações há elementos de prova que apontam para o recolhimento do ICMS retido por parte do autuado, porém em nome do estabelecimento destinatário, por um erro do autuado no preenchimento do documento de arrecadação.

Considerando que os recolhimentos efetuados foram apropriados em nome dos estabelecimentos destinatários, a infração imputada ao autuado - falta de retenção do ICMS-ST retido - resta devidamente caracterizada, uma vez que em relação às retenções relacionadas na autuação não consta recolhimento por parte do autuado, o sujeito passivo por substituição tributária. Para elidir essa infração, cabia ao autuado solicitar à repartição fazendária de seu domicílio fiscal, e obter, a retificação dos documentos de arrecadação em questão, o que não foi feito até a presente data.

Os autuantes na informação fiscal, da qual o autuado recebeu cópia, explicaram que o erro na identificação do responsável pelos recolhimentos “*deveria ser sanado e, para tanto, a autuada deveria apresentar declaração das empresas beneficiárias, confirmando o recolhimento indevido*”. Citaram e transcreveram trecho da Orientação Técnica (OTE) 1003, revisada em 14/06/2010, expedida pela Diretoria de Arrecadação e Controle (DARC), a qual em seu 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. Todavia, até o presente momento o autuado não apresentou a comprovação da retificação dos documentos de arrecadação.

Assim, a infração 3 subsiste integralmente. Resta ao autuado a possibilidade de apresentar os referidos documentos de arrecadação, após a devida retificação, em sede recursal.

Para corroborar o entendimento acima, peço licença para transcrever trecho do voto proferido no Acórdão CJF nº 0132-12/16, o qual, mudando o que tem que ser mudado, ajusta-se ao caso em tela:

Ademais, não restou comprovada a alegação recursal de que não houve prejuízo ao Estado da Bahia, já que o pagamento do ICMS-ST devido pela remetente se deu pelos seus estabelecimentos baianos, cujo ônus para comprovar a correlação entre as notas fiscais indicadas nos documentos de arrecadação e aquelas contidas no levantamento fiscal é do recorrente, que alega tal fato modificativo.

Contudo, caso documentalmente comprovada a alegação recursal, deverá o sujeito passivo proceder nos termos previstos na Orientação Técnica DARC 1003, considerando a ocorrência de erros no preenchimento dos documentos de arrecadação por parte do contribuinte e a necessidade de alteração nos dados existentes no Sistema de Arrecadação da SEFAZ, protocolando na repartição fazendária “Ficha de Alteração de Dados no

Sistema de Arrecadação” (FAP-DAT-1053), contendo informações básicas necessárias à intervenção, de acordo com a natureza dos erros cometidos (5.b.2 da OTE).

Assim, só após sanados os equívocos existentes e retificados os recolhimentos efetuados pelos destinatários para o nome do remetente, ora autuado, conforme orientação técnica acima, deverá o sujeito passivo, nos termos do art. 113, § 5º, inciso I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, provocar a PGE/PROFIS para, dentro da sua competência, proceder ao controle da legalidade e, uma vez constatada a existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante no lançamento do crédito tributário, representar ao Conselho de Fazenda Estadual para análise das novas provas documentais

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº269203.0001/15-4**, lavrado contra **GALINDO & JD DISTRIBUIDORA LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$974.354,15**, acrescido da multa de 60% sobre R\$62.578,76 e de 150% sobre R\$911.775,39, previstas no art. 42, II, “e”, e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2017

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO / RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA