

PROCESSO - A. I. N° 281066.0003/11-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDOS - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0184-02/12
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/04/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0038-11/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO OU RETENÇÃO A MENOR DO IMPOSTO. Exigência do imposto pelo regime de substituição tributária aplicável às operações interestaduais, conforme previsto em acordos interestaduais (Convênios e Protocolos de ICMS). Diligência fiscal apurou que parte dos valores exigidos relativos à falta de retenção foram recolhidos pelos estabelecimentos destinatários por antecipação. Deduzidos os valores recolhidos face à prescrição do prazo para o contribuinte requerer restituição de indébito. Reformada a Decisão pela procedência parcial das infrações 1 a 16. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata de Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF, em razão da desoneração de parte dos valores exigidos nas infrações 2, 3, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14 e 16 na Decisão proferida através do Acórdão nº 0184-02/12, conforme disposto no art. 169, I, “a” do RPAF/BA e de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, relativo às infrações 1 a 16, julgadas Procedentes e Procedentes em Parte, com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 14/06/2011, exige ICMS no valor histórico de R\$1.540.254,74, em razão do cometimento de vinte e cinco infrações, sendo objeto dos recursos as infrações de números 1 a 16 que acusam falta de 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, previstas em Convênios e Protocolos de ICMS, constantes nas notas fiscais listadas no Anexo 2.1, acrescido da multa de 60%.

Como a redação das infrações são idênticas, faz-se a indicação dos produtos, respectivos Convênios ou Protocolos e valores:

1. Lubrificantes, aditivos, querosene e anti-ferrugem (Convênio ICMS 110/07) - R\$2.799,34.
2. Ceras, inseticidas, desinfetantes, antimofo, silicone, polidor, raticida, cola, thinner, corante e removedor (Convênio ICMS 74/94) - R\$406.653,80.
3. Mamadeira, chupeta, protetor de mamilos, algodão, fralda, absorvente, creme dental, fita dental, escova dental, haste flexível, antisséptico bucal e curativo (Convênio ICMS 76/94) - R\$36.356,09.
4. Pneus (Convênio ICMS 85/93) - R\$1.454,31.
5. CD's e DVD's (Protocolo ICMS 19/85) R\$94,09.
6. Ração (Protocolo ICMS 26/04) - R\$8.386,61.
7. Bolo, torrada e massas alimentícias (Protocolo ICMS 50/05) - R\$11.394,36.

8. *Telefone celular e smart card (Convênio ICMS 135/06) - R\$102.304,75.*
9. *Motos (Convênio ICMS 52/93) - R\$1.706,96.*
10. *Cerveja (Protocolo ICMS 10/92) - R\$1.071,57.*
11. *Água mineral (Protocolo ICMS 11/91) - R\$842,41.*
12. *Conhaque, vodka, whisky, vermouth, gim, smirnoff ice, aguardente, cachaça, rum e licor (Protocolo ICMS 14/06) - R\$901.343,46.*
13. *Aparelho de barbear e lâminas de barbear (Protocolo ICMS 16/85) - R\$8.888,34.*
14. *Lâmpada e reator (Protocolo ICMS 17/85) - R\$12.998,91.*
15. *Pilha e bateria (Protocolo ICMS 18/85) - R\$1.311,87.*
16. *Calotas, capacete, capa para automóvel, tapetes para automóvel, bateria, filtro de óleo, kit alto falante auto rádio (Protocolo ICMS 97/10) - R\$36.113,75.*

Na Decisão proferida (fls. 497 a 525), inicialmente foi ressaltado que às infrações 17 a 25 foram reconhecidas e pagas, ficando mantida as suas procedências.

Rejeitou as nulidades suscitadas sob alegação de cerceamento do direito de defesa, apreciando que as peças contidas no processo foram fornecidas ao estabelecimento autuado, possibilitando exercer o direito de defesa e apreciação do mérito.

Indeferiu o pedido de realização de diligência, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF/99, por entender que os elementos existentes no processo eram suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, e que as provas a serem levantadas são de ônus e posse do próprio autuado a quem caberia carreá-las aos autos, ressaltando que:

Cabe alinhar que na assentada do julgamento, em sua sustentação oral, a defesa reafirma o pedido de diligência, trazendo documentação que alega poder demonstrar, através dos DAEs apresentados, os valores relativos aos recolhimentos efetuados por suas filiais, concernente ao imposto não recolhido pelo sujeito passivo. Tal solicitação não foi acolhida por unanimidade dos julgadores, tendo em vista que o autuado teve por três vezes a oportunidade de apresentar os demonstrativos através dos quais pretende provar os aludidos recolhimentos, ou seja, a primeira vez com a apresentação da defesa e a segunda com a ciência da informação fiscal, a terceira com a ciência da diligencia. Cabe, inclusive, observar que desde a primeira informação fiscal as autuantes já afirmavam não acolher os DAEs apresentados por conterem transferências não só se Sergipe, como também, de outros estados. Tais considerações foram repetidas na resposta a diligencia solicitadas às autuantes, mesmo assim, após a ciência o autuado não trouxe tais demonstrativos. A busca da verdade material é sem dúvida de essencial relevância por esse Contencioso Administrativo e para tanto o art. 123, §5º do RPAF, permite a flexibilidade necessária e razoável para tanto, contudo tal dispositivo não foi atendido, na medida em que os demonstrativos não foram apresentados no momento previsto que era o da impugnação, bem como não ficou demonstrada a impossibilidade da apresentação oportuna dos aludidos demonstrativos, não se trata de força maior, não se refere a fato ou a direito superveniente e não se destina a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

O sujeito passivo, da presente relação jurídica tributária, é inscrito na Bahia, como substituto tributário, para atender aos diversos acordos interestaduais que lhe atribui essa condição, conforme alinha a Cláusula segunda do Conv. 81/93, observando a condição de varejista de seus adquirentes nesse Estado, portanto em consonância com a Cláusula quinta, inciso II do aludido convênio.

Em relação à afirmação do autuado de que recolheu integralmente o imposto reclamado pelos adquirentes, conforme DAEs indicados, quanto às infrações de 01 a 16, ficou, antes mesmo da análise individual de cada infração, demonstrada, diante dos dados fornecidos, além dos valores constantes dos "Mapas de Antecipação Tributária Integral" que não coincidem, em sua grande maioria, com os valores cobrados através do Auto de Infração, seja por utilização de MVAs equivocadas, seja por Convênios equivocados ou até mesmo por erro de cálculo, o anexo apresentado "Antecipação Tributária Integral" (CD anexo- Doc 03) contém não só as transferências de Sergipe, valores de compras diversas, mas também transferências de Alagoas e Ceará.

Por outro lado, os comprovantes de pagamentos (DAE's) têm o valor total dessas operações por mês e por loja. Diante do fato de que só foram encaminhados os valores das transferências de Sergipe (feita à verificação amostral e comprovada a fidedignidade), não se pode assegurar que os demais valores são verdadeiros.

No mérito apreciou que:

Quanto à INFRAÇÃO 1, não cabe a contestação do autuado no valor de R\$56,49, já que o valor constante nos

referidos "mapas de antecipação tributária integral", é de R\$36,41 (65% portanto do valor contestado), conforme planilha anexada (ANEXO 3 - Informação Fiscal). Ficou demonstrado que esta distorção ocorre porque o autuado faz o cálculo do ICMS-ST usando o MVA correto em algumas notas fiscais e ZERO de MVA em outras.

Cabe transcrever o exemplo das autuantes:

"no mês de Novembro/2010, a NF 490.796 (prod. QUEROSENE) tem o ICMS-ST cobrado no Auto de Infração no valor de R\$6,22 (tendo sido utilizado o MVA de 30%, conforme previsto no Convênio ICMS 110/07). Este mesmo valor aparece no mapa enviado pelo autuado. Já na Nota Fiscal nº 481.547 (prod. QUEROSENE), o valor do ICMS-ST cobrado é de R\$ 6,22 (tendo sido utilizado o MVA de 30%, conforme previsto no Convênio ICMS 110/07) enquanto no mapa o valor do ICMS-ST é de R\$3,08 porque foi utilizado MVA ZERO".

Diante do exposto, considero mantida a infração 01.

Quanto à infração 02 não foi acatado como pago o valor apresentado pelo autuado de R\$255.146,35, conforme foi alinhado anteriormente, visto a impossibilidade de extraír dos DAEs os valores reclamados, por incluir recolhimentos das transferências de Sergipe e outros estados e o fato de que a condição de substituto tributário é do autuado, conforme já foi alinhado.

A alegação do autuado de que foram incluídos na autuação produtos não enquadrados no regime de Substituição Tributária não tem amparo, pois o mesmo não observou que os citados produtos (ANTIMOFO, DESINFETANTE, INSETICIDAS, RATICIDAS E VELAS INSET) foram incluídos no Auto de Infração (fls. 04) por estarem enquadrados no regime de ST pelo Convênio ICMS 74/94 e não, pelo Protocolo de Material de Limpeza celebrado entre SP e BA, e que sequer inclui o estado de Sergipe e, pois, tais produtos possuem o NCM 3808, estando este NCM incluído no item VI do Anexo do supracitado Convênio, conforme pode ser comprovar através da tabela ora anexada (ANEXO 18 - Informação Fiscal).

Quanto ao produto "COLA", novamente é equivocado o autuado, pois o produto está enquadrado no regime de ST pelo Convênio ICMS 74/94 e não, pelo Protocolo de Produtos de Papelaria celebrado entre SP e BA, e que sequer inclui o estado de Sergipe e possui o NCM 3506, estando este NCM incluído no item VI do Anexo do supracitado Convênio, conforme podemos comprovar através da tabela ora anexada (An 19 - Informação Fiscal).

No que alude aos produtos incluídos em notas fiscais complementares, em consonância com as verificações efetuadas acertadamente pelas autuantes, ficou demonstrado o recolhimento de R\$ 209,21. Valor esse que foi deduzido da presente exigência fiscal.

Assim, o novo demonstrativo de débito da infração 2, conforme demonstrativo às fl. 314 e 516, passa a ser devido R\$172.314,08 em 2009 e R\$234.130,52 em 2010 totalizando R\$406.444,60.

A infração 02, conforme valor excluído indicado à fl. 343, passa a ser no total de R\$ 406.444,60.

Diante do exposto, fica mantida parcialmente a infração 02.

Em relação à infração 3, da mesma forma que a infração 1, o autuado faz o cálculo do ICMS-ST usando o MVA correto em algumas notas fiscais e ZERO de MVA em outras. Não foi acatado o valor indicado na defesa como recolhido (R\$20.332,67), pois o valor constante nos referidos "mapas de antecipação tributária integral", é de R\$9.562,53 (47% portanto do valor contestado), conforme planilha ora anexada (ANEXO 5 - Informação Fiscal), demonstrando, portanto, a impossibilidade de acatar os valores contestados.

Exemplificam as autuantes que esta situação se desenvolveu: "no mês de Novembro de 2010, a Nota Fiscal nº 486.172 (produto ABSORVENTE SEMPRE LIVRE NOTURNO) tem o ICMS-ST cobrado no Auto de Infração no valor de R\$20,89 (tendo sido utilizado o MVA de 49,86%, conforme previsto no Convênio ICMS 76/94). Este mesmo valor aparece no mapa enviado pelo autuado. Já na Nota Fiscal nº 478.142 (produto ABSORVENTE SEMPRE LIVRE S/ABAS SUAVE), o valor do ICMS-ST cobrado é de R\$9,56 (tendo sido utilizado o MVA de 49,86%, conforme previsto no Convênio ICMS 76/94), enquanto no mapa o valor do ICMS-ST é de \$ 2,88 porque foi utilizado MVA ZERO".

Quanto aos produtos incluídos em notas fiscais complementares, em consonância com as verificações das autuantes, ficou demonstrado o recolhimento de R\$4.789,22. Valor esse que foi deduzido da presente exigência fiscal.

Assim, o novo demonstrativo de débito da infração 3, conforme demonstrativo à fl. 314 e 517 passa a ser devido R\$31.566,87.

A infração 03, conforme valor excluído indicado à fl. 343, passa a ser no total de R\$31.566,87

Diante do exposto, fica mantida parcialmente a infração 03.

No que diz respeito à infração 04, não foi acatada a contestação no valor de R\$743,62, já que o valor constante nos referidos "mapas de antecipação tributária integral", é de R\$306,27 (41% portanto do valor contestado), conforme planilha ora anexada (ANEXO 6 - Informação Fiscal), demonstrando, portanto a impossibilidade de acatar os valores contestados. Esta distorção ocorre porque o autuado faz o cálculo do ICMS-ST usando ZERO de MVA, a exemplo da Nota Fiscal nº 478.138 (produto PNEU PIRELLI 165) que tem o ICMS-ST cobrado no valor de R\$162,25 (tendo sido utilizado o MVA de 42%, conforme previsto no Convênio ICMS 85/93), enquanto no mapa o valor do ICMS-ST é de R\$ 66,83.

Diante do exposto, fica mantida a infração 04.

Em relação à infração 05, não cabe acatar a contestação no valor de R\$60,74, pelas mesmas razões já alinhadas quanto à impossibilidade de apurar o valor recolhido relativa às transferências da autuada, com DAE de pagamento das filiais.

Cabe a manutenção integral da infração 05.

Quanto à infração 06, não cabe acatar a contestação no valor de R\$2.334,33, já que o valor constante nos referidos "mapas de antecipação tributária integral" é de R\$1.140,60 (49% portanto do valor contestado), conforme planilha ora anexada (ANEXO 8 - Informação Fiscal), portanto é impossível de acatar os valores contestados.

Exemplifica o autuante, como o autuado faz o cálculo do ICMS-ST usando o MVA correto em algumas notas fiscais e ZERO de MVA em outras notas fiscais, pois "no mês de Novembro de 2010, a Nota Fiscal nº 486.020 (produto RAÇÃO) tem o ICMS-ST cobrado no valor de R\$6,53 (tendo sido utilizado o MVA de 54,80%, conforme previsto no Protocolo ICMS 26/04). Este mesmo valor aparece no mapa enviado pelo autuado. Já na Nota Fiscal nº 481.332 (produto RAÇÃO Whiskas Carne), o valor do ICMS-ST cobrado no é de R\$22,63 (tendo sido utilizado o MVA de 54,80, conforme previsto no Protocolo ICMS 26/04) enquanto no mapa o valor do ICMS-ST é de \$ 7,90 porque foi utilizado MVA ZERO".

Quanto aos produtos incluídos em notas fiscais complementares, confirmadas pelas autuantes, ficou demonstrado o recolhimento de R\$279,37. Valor esse que foi deduzido da presente exigência fiscal.

Assim, o novo demonstrativo de débito da infração 6 conforme demonstrativo às fl. 314 e 518, passa a ser devido R\$282,02 em 2009 e R\$7.825,22 em 2010 totalizando R\$8.107,24.

INFRAÇÃO 7 – não foi acatada a alegação do autuado (R\$634,47) de que foi pago, apesar de coincidir com os valores constantes dos mapas supracitados, conforme planilha ora anexada (ANEXO 9 - Informação Fiscal), pelos mesmos motivos já alinhados quanto a impossibilidade de identificação nos DAEs dos valores alegados como recolhidos relativos à presente exigência.

Por outro lado, ficou demonstrado pelo autuado e reconhecido pelos autuantes, devidamente relatados, que os produtos indicados pelo sujeito passivo realmente não estavam enquadrados no regime de substituição tributária, ou seja, macarrão instantâneo, pão de ló, massa recheada – pene e lasanha.

Assim, foi acolhida a dedução dos valores, respectivamente de R\$148,10, R\$6.710,06, R\$173,63 e R\$1.398,34.

O novo demonstrativo de débito da infração 7 conforme demonstrativo às fl. 314 e 519, passa a ser devido R\$93,57 em 2009 e R\$2.836,14 em 2010 totalizando R\$2.929,69.

Diante do exposto, fica mantida parcialmente a infração 07.

No que alude a infração 08, não foi acatada a alegação de dedução do valor de R\$6.289,49 (2.245,64 e 43,85), pois o valor constante nos referidos mapas, é de R\$1.536,72 (24% portanto do valor contestado), conforme planilha ora anexada (ANEXO 10 - Informação Fiscal), demonstrando, portanto a impossibilidade de acatar os valores contestados. Esta distorção ocorre por erro de cálculo, já que consta nos supracitados mapas o MVA de 15,57%, conforme previsto no Convênio ICMS 135/06 e mesmo assim, os valores encontram-se muito inferiores. Assim, pelos mesmos motivos já alinhados quanto a impossibilidade de identificação nos DAEs dos valores alegados como recolhidos relativos à presente exigência.

Por outro lado, ficou demonstrado pelo autuado e reconhecido pelas autuantes, conforme relatado, a indevida inclusão como enquadramento na substituição tributária de cartões telefônicos, pois não se trata de cartões inteligentes previstos no acordo indicado.

Realmente o produto não tem previsão no Convênio ICMS 135/06, entretanto o valor que foi cobrado referente a este produto é de R\$50.145,66 e não, R\$50.157,57. Foi elaborada uma planilha (ANEXO 24 - Informação Fiscal), retirando o valor de R\$50.145,66.

Assim, foi acolhido e deduzido o valor respectivo de R\$ 50.145,66, conforme indicado à fl. 343 dos autos e demonstrativo de débito a seguir:

A infração 8, conforme valor excluído indicado à fl. 343 passa a ser devido R\$52.159,09 (fl. 520).

Diante do exposto, fica mantida parcialmente a infração 8.

Para a infração 09, não foi acatada a alegação de que foi pago e nem o valor (R\$81,28), pelos mesmos motivos já alinhados quanto à impossibilidade de identificação nos DAEs das filiais dos valores alegados como recolhidos relativos a presente exigência. Diante do exposto fica mantida a infração 09.

Quanto à infração 10 as autuantes, bem como nesse voto, fica acolhida a redução relativa à demonstração feita pelo autuando dos produtos que incluiu em nota fiscal complementar.

Assim, deve ser deduzido do exigido o valor de R\$ 634,77, conforme novo demonstrativo de débito a seguir:

A infração 10, conforme valor excluído indicado à fl. 343, passa a ser no total de R\$436,80.

Diante do exposto, fica mantida parcialmente a infração 10.

Quanto à infração 11 – não foi acatada a alegação de que foi pago, nem o valor de R\$287,89, pois o valor constante nos referidos mapas, é de R\$104,23 (36% portanto do valor contestado), conforme planilha ora anexada (ANEXO 12 - Informação Fiscal), demonstrando, portanto a impossibilidade de acatar os valores contestados.

A distorção apurada ocorre porque o autuado faz o cálculo do ICMS-ST usando o MVA correto em algumas Notas Fiscais e ZERO de MVA em outras Notas Fiscais, pois “no mês de Novembro de 2010, a Nota Fiscal nº 483.691 (produto ÁGUA MINERAL IMPERIAL 1500 ml) tem o ICMS-ST cobrado no valor de R\$0,85 (tendo sido utilizado o MVA de 100%, conforme previsto no Protocolo ICMS 11/91). Este mesmo valor aparece no mapa enviado pelo contribuinte. Já na Nota Fiscal nº 483.691 (produto ÁGUA MINERAL IMPERIAL 1500 ml), o valor do ICMS-ST cobrado no é de R\$3,41 (tendo sido utilizado o MVA de 100%, conforme previsto no Protocolo ICMS 11/91) enquanto no mapa o valor do ICMS-ST é de \$ 1,01 porque foi utilizado MVA ZERO”.

Pelos mesmos motivos já alinhados quanto à impossibilidade de identificação nos DAEs dos valores alegados como recolhidos relativos a presente exigência.

No que se refere a essa infração, em consonância com as autuantes, fica acolhida a redução relativa à demonstração feita pelo autuando dos produtos que incluiu em nota fiscal complementar e recolheu.

Assim, deve ser deduzido do exigido o valor de R\$56,49, conforme novo demonstrativo de débito a infração 11, conforme valor excluído indicado à fl. 343, passa a ser no total de R\$785,92.

Diante do exposto, fica mantida parcialmente a infração 11.

INFRAÇÃO 12 – não foi acatada a contestação mesmo alegando que fora pago o imposto no valor de R\$884.631,28 através dos “mapas de antecipação tributária integral” e sustenta a autuação no valor de R\$901.343,46, apesar do valor constante nos referidos mapas ser de R\$ 884.267,39, conforme planilha ora anexada (An 13-Informação Fiscal), demonstrando, portanto, a impossibilidade de acatar os valores contestados.

A distorção apurada ocorre porque o autuado faz o cálculo do ICMS-ST usando o MVA correto em algumas notas fiscais e ZERO de MVA em outras notas fiscais, pois “no mês de Novembro de 2010, a Nota Fiscal nº 490.731 (produto WHISKY BALLANTINES FINEST) tem o ICMS-ST cobrado no valor de R\$128,90 (tendo sido utilizado o MVA de 55,56%, conforme previsto no Protocolo ICMS 14/06). Este mesmo valor aparece no mapa enviado pelo autuado. Já na Nota Fiscal nº 488.672 (produto WHISKY BALLANTINES FINEST), o valor do ICMS-ST cobrado no é de R\$386,69 (tendo sido utilizado o MVA de 55,56%, conforme previsto no Protocolo ICMS 14/06) enquanto no mapa o valor do ICMS-ST é de \$ 193,34 porque foi utilizado MVA ZERO”.

Pelos mesmos motivos já alinhados quanto a impossibilidade de identificação nos DAEs dos valores alegados como recolhidos relativos à presente exigência, não cabe a dedução alegada.

Em consonância com as autuante, contudo, fica acolhida a redução relativa à demonstração feita pelo autuando dos produtos que incluiu em nota fiscal complementar e recolhido pelo autuado.

Assim, deve ser deduzido do exigido o valor de R\$15.776,99, conforme novo demonstrativo de débito, a infração 12, conforme valor excluído indicado à fl. 343 (fl. 522), passa a ser no total de R\$885.566,47.

Diante do exposto, fica mantida parcialmente a infração 12.

Em relação à infração 13 não foi acatada a alegação do autuado que foi pago, no qual reduz o débito em R\$5.417,74, pois o valor constante nos referidos mapas é de R\$ 2.369,80 (44% portanto do valor contestado), conforme planilha ora anexada (ANEXO 14 - Informação Fiscal), demonstrando, portanto a impossibilidade de

acatar os valores contestados.

A distorção apurada ocorre porque o autuado faz o cálculo do ICMS-ST nos mapas usando o MVA ZERO, se deu porque no “mês de Novembro de 2010, a Nota Fiscal nº 478.142 (PRODUTO APARELHO PRESTOBARBA 3 FEMININO) tem o ICMS-ST cobrado no valor de R\$43,02 (tendo sido utilizado o MVA de 37,83%, conforme previsto no Protocolo ICMS 16/85), enquanto no mapa aparece o ICMS-ST no valor de R\$18,82 já que utilizou MVA ZERO e a Nota Fiscal nº 478.994 (PRODUTO CARGA GILLETE MACH 3 TURBO C/ 2), que tem o ICMS-ST cobrado é de R\$100,93 (tendo sido utilizado o MVA de 37,83%, conforme previsto no Protocolo ICMS 16/85), enquanto no mapa aparece o ICMS-ST no valor de R\$44,15 já que utilizou MVA ZERO”.

Pelos mesmos motivos já alinhados quanto à impossibilidade de identificação nos DAEs dos valores alegados como recolhidos relativos a presente exigência, não cabe a dedução alegada.

Quanto à infração 13, em consonância com as autuantes, fica, contudo, acolhida a redução relativa à demonstração feita pelo autuado dos produtos que recolheu em nota fiscal complementar.

Assim, deve ser deduzido do exigido o valor de R\$541,99, conforme novo demonstrativo de débito, a infração 13, com a exclusão indicada à fl. 343 (fl. 523), passa a ser no total de R\$8.346,35

Diante do exposto, fica mantida parcialmente a infração 13.

Quanto à infração 14, não foi acatada a dedução de R\$2.296,10, que o autuado alega que fora pago através dos “mapas de antecipação tributária integral” e sustenta a autuação em sua totalidade, já que o valor constante nos referidos mapas é de R\$ 1.450,48 (63% portanto do valor contestado), conforme planilha ora anexada (ANEXO 15 - Informação Fiscal), demonstrando, portanto a impossibilidade de acatar os valores contestados.

A distorção apurada se deu porque o autuado faz o cálculo do ICMS-ST usando o MVA correto em algumas Notas Fiscais e ZERO de MVA em outras Notas Fiscais, pois no “no mês de Novembro de 2010, a Nota Fiscal nº 485.933 (produto LÂMPADA TASCHIBRA ELETRON 220 X 14w) tem o ICMS-ST cobrado no valor de R\$9,08 (tendo sido utilizado o MVA de 48,43%, conforme previsto no Protocolo ICMS 17/85). Este mesmo valor aparece no mapa enviado pelo autuado. Já na Nota Fiscal nº 480.297 (produto LÂMPADA SILVANIA MINI 15w), o valor do ICMS-ST cobrado é de R\$157,75 (tendo sido utilizado o MVA de 48,43%, conforme previsto no Protocolo ICMS 17/85) enquanto no mapa o valor do ICMS-ST é de \$ 59,60 porque foi utilizado MVA ZERO”.

Pelos mesmos motivos já alinhados quanto à impossibilidade de identificação nos DAEs dos valores alegados como recolhidos relativos a presente exigência não foi acolhido os pagamentos arguidos.

Em consonância com as autuantes, fica acolhida a redução relativa à demonstração feita pelo autuado dos produtos que inclui em nota fiscal complementar.

Assim, deve ser deduzido do exigido o valor de R\$250,70, conforme novo demonstrativo de débito, a infração 14, com valor excluído indicado à fl. 343 (fl. 524), passa a ser de R\$12.748,21.

Diante do exposto, fica mantida parcialmente a infração 14.

Para a infração 15 – não cabe acolhimento ao alegado valor pago de (R\$66,98), mesmo já que o valor constante nos referidos mapas é de R\$ 32,12 (48% portanto do valor contestado), conforme planilha ora anexada (ANEXO 16 - Informação Fiscal), demonstrando, portanto a impossibilidade de acatar os valores contestados.

A distorção apurada se deu porque o autuado faz o cálculo do ICMS-ST nos mapas usando o MVA ZERO, pois no “mês de Novembro de 2010, a Nota Fiscal nº 480.952 (PRODUTO PILHA RAYOVAC) tem o ICMS-ST cobrado no valor de R\$22,07 (tendo sido utilizado o MVA de 48,43%, conforme previsto no Protocolo ICMS 18/85), enquanto no mapa aparece o ICMS-ST no valor de R\$8,34 já que utilizou MVA ZERO”.

Pelos mesmos motivos já alinhados quanto a impossibilidade de identificação nos DAEs dos valores alegados como recolhidos relativos à presente exigência, não cabe a reconhecimento do recolhimento alegado.

Diante do exposto, fica mantida a infração 15.

No que diz respeito à infração 16, também acato o valor do autuado (R\$23.031,70), mesmo alegação que fora pago e sustentação autuação nesta infração, já que o valor constante nos referidos mapas é de R\$21.199,62 (92% portanto do valor contestado), conforme planilha ora anexada (ANEXO 17 - Informação Fiscal), demonstrando, portanto a impossibilidade de acatar os valores contestados.

A distorção apurada ocorre porque o autuado faz o cálculo do ICMS-ST usando o MVA correto em algumas notas fiscais, ao passo que em outras notas fiscais utiliza ZERO de MVA, pois “no mês de Novembro de 2010, a Nota Fiscal nº 492.199 (produto AUTO RÁDIO PIONEER) tem o ICMS-ST cobrado no valor de R\$110,59 (tendo sido utilizado o MVA de 48,40%, conforme previsto no Prot. ICMS 97/10). Este mesmo valor aparece no mapa enviado pelo autuado. Já na Nota Fiscal nº 485.060 (produto AUTO RÁDIO PIONEER), o valor do

ICMS-ST cobrado é de R\$331,77 (tendo sido utilizado o MVA de 48,40%, conforme previsto no Protocolo ICMS 97/10) enquanto no mapa o valor do ICMS-ST é de R\$125,41 porque foi utilizado MVA ZERO”.

Pelos mesmos motivos já alinhados quanto à impossibilidade de identificação nos DAEs dos valores alegados como recolhidos relativos a presente exigência.

Foi acatada a alegação do autuado relativa ao produto CAPA PARA CARRO, pois não tem previsão no Protocolo ICMS 97/10. As autuantes elaboraram uma planilha (ANEXO 25 -Informação Fiscal), retirando o supracitado valor de R\$9.194,30, conforme novo demonstrativo de débito a infração 16, conforme valor excluído indicado à fl. 343 (fl.524), passa a ser no total de R\$26.919,45.

Diante do exposto, fica mantida parcialmente a infração 16.

Concluídas as retificações, foi reduzindo da exigência total o valor de R\$90.343,34 no Auto de Infração, conforme demonstrado na planilha do ANEXO 26, constante da Informação Fiscal, sendo que as autuante concentraram no Anexo 2 do Auto de Infração (ICMS-ST Não Retido), que passa a ser o ANEXO 27.

Dessa forma, o valor total a ser exigido no Auto de Infração passa de R\$1.540.254,74 para R\$1.449.911,39, tendo uma redução de R\$90.343,35.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 539/554), o recorrente ressalta que as infrações 1 a 16 acusam ter deixado de proceder à retenção do ICMS e as infrações 17 a 25 acusam ter procedido à retenção a menos do ICMS. Esclarece que impugnou as primeiras dezesseis infrações e efetivou o pagamento dos valores exigidos das infrações 17 a 25.

Comenta que no julgamento o total do débito foi reduzido de R\$1.540.254,74 para R\$1.449.911,39 o que precisa ser revisto conforme passou a expor.

Em termos gerais reapresentou os mesmos argumentos da impugnação inicial, em síntese:

- A) O ICMS-ST exigido refere-se a operações de transferências de mercadorias do estabelecimento localizado no Estado de Sergipe para filiais localizadas no Estado da Bahia, que por falha operacional não foi destacado nas notas fiscais.
- B) O ICMS-ST não destacado nas notas fiscais de saídas, foram recolhidos na filial de destino sob a forma de antecipação tributária (infrações 1 a 16), com código de receita 1145;
- C) Foi anexada a defesa, mapas de antecipação tributária integral e respectivos DAEs do recolhimento do ICMS pago pelos destinatários, cf. previsto no art. 125, “i”, do RICMS/BA;
- D) Os valores do ICMS-ST não recolhido pela Matriz foi recolhido pelas filiais e de qualquer forma o imposto foi recolhido para o Estado da Bahia, não havendo prejuízo econômico.

Ressalta que a principal contestação das autuantes é de que os valores dos mapas de antecipação tributária não coincidiam com os valores cobrados no lançamento, entretanto questiona quais os valores que seriam coincidentes sem que fosse verificados os DAEs, ICMS-ST apurado e recolhido.

Argumenta que deve ser perseguido a busca da verdade material, visto que as autuantes na informação fiscal admitiu que os mapas de antecipação tributária e recolhimentos possuem pertinência com os valores exigidos, mas silenciaram quanto aos demonstrativos apresentados, sem fazerem as exclusões dos valores correspondentes, o que justifica a realização de diligência fiscal nos termos do art. 150, I do RPAF/BA.

Discorre sobre o princípio da verdade material, a possibilidade de ser obrigado a recolher o ICMS-ST em duplicidade o que caracteriza uma injustiça fiscal, ressaltando que o processo administrativo não se limita a aspectos formais, e sim a realidade dos fatos (art. 2º do RPAF/BA).

Manifesta que em homenagem a esse princípio, requer a realização de diligência pela ASTEC/CONSEF nos termos do art. 137, I, “a” do RPAF/BA no sentido de verificar se os valores do ICMS-ST não retido e recolhido pelo estabelecimento autuado (Sergipe), foi recolhido por antecipação pelos estabelecimentos destinatários localizados no Estado da Bahia.

Para isso, anexa CD à fl. 556 no qual apresenta um mapa geral das compras e transferências,

indicando os produtos por infrações e o cruzamento com os mapas de ICMS-ST, com detalhamento por número de notas fiscais, código do produto e MVA, bem como os DAEs de antecipação tributária com o código de receita 1145. E ainda, notas fiscais por amostragem.

Requer o provimento do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS no parecer de fls. 733/734, após análise do contexto das alegações contidas no recurso interposto, opina que, em homenagem ao princípio da verdade material deve ser encaminhado o processo para ASTEC/CONSEF emitir parecer quanto ao recolhimento dos valores do ICMS-ST pertinentes as operações autuadas, promovendo sua exclusão.

A 3^a CJF, tendo como Relator o Conselheiro Álvaro Barreto Vieira, na pauta suplementar de 28/02/13 (fl. 737) apreciou i) ser inviável verificar a correlação entre os pagamentos do ICMS por antecipação (DAEs) que envolve diferentes operações com os valores exigidos das operações de transferências; ii) verificar se os produtos *antimofo, desinfetante, inseticida, raticida, vela inseticida e cola* estavam enquadrados no regime de substituição tributária (NCM 3808 – Convenio ICMS 74/94) no período fiscalizado.

O Gerente da GERSU (substituição tributária) no parecer de fl. 741/742 informou que com relação aos produtos:

COLA: foi inserida no art. 353, II, 16.5 a partir de 01/01/09 (Dec. 11.289/09 e Conv. 104/08);

DESINFETANTES, inseticida.... foram inseridos no art. 353, II, 36 a partir de 01/01/10 (Dec. 11.806/09 e Prot. 106/09).

No parecer ASTEC 111/13 (fl. 744/747) o diligente informou que com base na resposta dada pela SAT/DPF/GERSU, apenas o produto *cola* estava enquadrado na ST no exercício de 2009.

Elaborou demonstrativo no qual quantificou os valores exigidos relativos aos produtos *antimofo, desinfetante, inseticida, raticida, vela inseticida* totalizando R\$5.010,86 que deduzido do total exigido no exercício de 2009 (R\$172.314,09) resultou em valor remanescente de R\$167.303,23.

O recorrente manifestou-se sobre o resultado da diligência, (fls. 767/778) onde inicialmente comenta a autuação, defesa de 16 infrações, pedido de diligência, julgamento com redução do débito.

Com relação à apreciação pela 3^a CJF da impossibilidade de confrontar os DAEs e mapas de recolhimento do ICMS-ST por antecipação, pondera que no AI 207349.0001/12-9 com situação idêntica a ASTEC realizou diligência que culminou no Parecer 051/2013 (fls. 781/785).

Ressalta que a 1^a JJF teve a mesma dificuldade na primeira diligência quanto a identificação dos pagamentos, porém em atendimento a intimação do diligente apresentou demonstrativos que possibilitaram correlacionar os valores recolhidos com as notas fiscais de transferências.

Reitera o pedido de realização de diligência, descrevendo que no CD gravado tem uma pasta que indica os extratos de pagamentos de cada filial (2009/2010) e cruzamento com as notas fiscais de transferências, indicando no mapa o Convênio ou Protocolo ICMS enquadrado pela fiscalização. E por fim, na planilha mapa resumo geral, constam quatro abas estabelecendo a correlação transferência x antecipação (notas fiscais e pagamentos).

Com relação à diligência realizada diz que concorda com as exclusões feitas pelo diligente no exercício de 2009 (antimofo...) mas se faz necessário a complementação conforme acima exposto.

As autuantes na manifestação acerca da diligência (fls. 790/792) afirmam que o contribuinte não apresenta nada de novo que seja relevante, visto que conforme antes dito, a empresa é contribuinte regularmente inscrito como Substituto Tributário e deve cumprir as regras estabelecidas na legislação tributária, por força do Convênio ICMS 81/93.

Atentam que na documentação apresentada foram constatados inconsistências de valores, utilização de Convênios equivocados, MVA divergentes e até erro de cálculo.

Ressaltam que o alegado erro tornou se uma prática que se segue por quatro anos, o que dificulta a realização dos trabalhos de auditoria. E ainda, que o recorrente pode vir a requisitar restituição dos pagamentos feitos indevidamente, conforme foi instruído.

Reinteram a informação fiscal na qual foi acatado a redução no valor de R\$90.343,34 (fl. 314).

A PGE/PROFIS no parecer de fls. 798/802, comenta as infrações, as razões recursais, a diligência realizada, a rejeição pela 3^a CJF para diligenciar a verificação quanto a correlação entre pagamentos não efetuados pelas transferências e antecipação feita pelas filiais, bem como a diligência realizada em outro processo da mesma empresa e opina que:

- a) Deve ser apresentado demonstrativo da infração 2 com a exclusão dos valores relativos aos exercícios de 2009 e 2010;
- b) Análise das planilhas constantes do CD, confrontado com os DAEs de recolhimento do ICMS-ST;

O recorrente peticionou juntada de Termo de Confissão de Dívida (fl. 801) no qual reconheceu o valor parcial exigido na infração 2 (R\$6.828,03 – Lei nº 12.903/13).

Esta 1^a CJF na pauta suplementar de 21/10/14, tendo como Relatora a Conselheira Osmira Freire de Carvalho Ribeiro Silva (fls. 817/819) determinou a realização de diligência fiscal no sentido de:

- i) Ajustar o demonstrativo da infração 2, relativo aos exercícios de 2009 e 2010;
- ii) Infrações 1 a 16: Intimar o recorrente para apresentar demonstrativo estabelecendo a correlação entre os valores exigidos (demonstrativo das infrações) e os recolhimentos efetuados (antecipação) de acordo com as notas fiscais, produtos e DAEs.
- iii) Se necessário, elaborar novos demonstrativos de débitos.

No parecer ASTEC 038/15 (fls. 822/845) o diligente informou que:

- A) Intimou o contribuinte para apresentar os DAEs relativos às operações objeto da autuação;
- B) Juntamente com os representantes do estabelecimento recorrente fez análise dos demonstrativos e documentos fiscais apresentados.

Com relação às infrações 1 a 16, na análise dos arquivos do CD à fl. 787, identificou:

- a) Mapas ST x Recolhimentos SEFAZ: confronta o valor do ICMS-ST antecipado (DAE cod rec 1145) com as notas fiscais relacionadas na autuação (análítica e sintética);
- b) Extratos SEFAZ pagamentos: DAEs baixados no sistema da SEFAZ pagos pelas filiais;
- c) Infrações x mapas: planilhas analíticas das infrações (1 a 16) demonstrando as reduções dos valores exigidos (diligência anterior) e recolhimentos efetuados.

Esclarece que tomou como base os valores do julgamento (fls. 497/525) e localizou e verificou as notas fiscais que compõem os valores das deduções dos resumos das planilhas:

- 1) Infrações x mapas (recolhido menor que o exigido);
- 2) Recolhido igual o exigido;
- 3) Recolhido maior que o exigido (a dedução ficou limitada ao exigido);

Consolidou os valores devidos e os recolhidos, tomando como base os valores recolhidos a menor e reconhecido como devidos relativo a “*notas fiscais não localizadas nos mapas de recolhimento ICMS-ST*”, que não tiveram o imposto recolhido.

Utilizando esta metodologia, demonstrou os valores apurados, a exemplo das infrações:

INFRAÇÃO 01

Valor Exigido	2.799,35
Recolhido Menor que o exigido	19,65

Recolhido Igual que o exigido	16,77
Recolhido Maior que o exigido (limitado ao valor autuado)	-
Saldo Reconhecido Devido	2.762,93
INFRAÇÃO 02	
Valor Autuado	406.653,80
Valor excluído decisão JJF	209,20
Valor mantido decisão JJF	406.444,60
Valor Excluído Parecer ASTEC (fl. 746)	167.303,23
Valor Exigido após decisão JJF	239.141,37
Recolhido Menor que o exigido	1.722,04
Recolhido Igual que o exigido	161,31
Recolhido Maior que o exigido (limitado ao valor autuado)	209.381,23
Saldo Reconhecido Devido	27.876,79

Nas fls. 821 a 841 apresentou um quadro sintético da análise das 16 infrações, conforme demonstrativos analíticos e sintéticos gravados na mídia da fl. 846. Nas fls. 841 a 845 apresentou demonstrativo de débito totalizando valor devido de R\$142.504,92 relativo às infrações 1 a 16.

As autuantes se manifestaram acerca da nova diligência fiscal (fls. 851/853) afirmando que:

- a) A obrigação de reter e recolher o ICMS-ST é do Contribuinte Substituto (Cv. ICMS 81/93);
- b) A prática irregular ocorrido nessa autuação (2009/2010) persiste nos exercícios de 2011 e 2012 que também já foi auditado, mantendo a prática irregular ao invés de corrigi-la;
- c) Não há garantia de que os destinatários requeiram restituição de indébito;
- d) O AI 207349.0001/12-9 (2011) teve Provido o Recurso de Ofício no Acórdão CJF nº 0134-12/14 (fls. 854/861) julgado totalmente Procedente e Pedido de Reconsideração NÃO CONHECIDO;
- e) Mantém a informação fiscal (fls. 169 a 323) com a redução do débito de R\$1.540.254,74 para R\$1.449.911,39 e requerem o julgamento pela procedência parcial da autuação.

A PGE/PROFIS no parecer de fls. 867/872 após fazer uma síntese da autuação e diligência realizadas opinou de forma conclusiva que:

Compulsando os autos, verifica-se à saciedade que as imputações fiscais descritas no processo foram parcialmente descaracterizadas após trabalho criterioso do órgão técnico. Em homenagem ao princípio da verdade material, a ASTEC cuidou não só de analisar os dados constantes nos mapas de antecipação tributária colacionados em mídia digital, em sede de recurso voluntário, mas também de investigar os recolhimentos efetivados pelas filiais, em favor do Estado da Bahia.

Opina pelo conhecimento e provimento parcial do Recurso Voluntário.

O recorrente peticionou comunicando afastamento de sócio administrador (fl.873/880).

A Procuradora Assistente Rosana Maciel Bittencourt Passos esclareceu que o requerimento apresentado não exige qualquer providência (fl. 892) e manifestou que acolhe o pronunciamento de fls. 867/872 da lavra da Procuradora Maria José Coelho Sento Sé.

O Conselheiro Luiz Alberto Amaral, integrante da 2ª CJF, tendo recebido o processo redistribuído da Conselheira Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva que foi afastada da 1ª CJF, devolveu o processo para ser redistribuído para um dos Conselheiros da 1ª CJF (fl. 897).

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de vinte e cinco infrações, sendo que as infrações 17 a 25 foram reconhecidas e pagas. Os Recursos de Ofício e Voluntário referem-se às infrações de nºs 1 a 16 que acusam falta de 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, previstas em Convênios e Protocolos de ICMS.

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício relativo à desoneração promovida no julgamento da primeira instância relativo aos valores exigidos nas infrações 2, 3, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14 e 16, que implicou na redução do débito de R\$1.540.254,74 para R\$1.449.911,39.

Como as desonerações foram promovidas pelas autuantes mediante retificação dos demonstrativos originais que foram acatadas no julgamento de primeira instância, faço uma síntese dos motivos dos valores excluídos da autuação:

INF	PRODUTOS	Conv/Prot	VALOR R\$	JUSTIFICATIVA
02	Inseticida, desinfetante...	74/94	209,21.	Notas fiscais complementares
03	Mamadeiras, chupetas....	46/94	4.789,22	Notas fiscais complementares
06	Ração	26/04	279,37	Notas fiscais complementares
07	Bolo, torradas e massas	50/05	2.929,71	Macarrão instantâneo, pão de ló, massa recheada, pene e lasanha–Não enquadrados na ST
08	Tel. celular e smartcard	135/06	50.145,66	Cartões telefônicos: não incluídos no Convênio
10	Cerveja	10/92	634,77	Notas fiscais complementares
11	Água mineral	11/91	785,92	Notas fiscais complementares
12	Conhaque, vodka...	11/91	15.776,99	Notas fiscais complementares
13	Aparelhos/lâminas/barbear	16/85	541,99	Notas fiscais complementares
14	Lâmpadas e reatores	17/85	250,70	Notas fiscais complementares
16	Calota, capacete, tapete..	97/10	9.194,30	Capas para carro – Não incluído no Prot. 97/10
	Total		90.343,35	

Pelo exposto, constato que os valores desonerados nas infrações acima relacionadas decorreram de: i) não consideração de valores do ICMS-ST consignados em notas fiscais complementares emitidas e escrituradas antes do início da ação fiscal e ii) equívocos na inserção de produtos que não estavam relacionadas nos respectivos Convênio ou Protocolo de ICMS.

Como se tratam de questões materiais que foram devidamente saneadas no processo, mediante apresentações de provas de que foi exigido valores sem que os produtos estivessem relacionados nos Convênios e Protocolos, bem como de valores exigidos que já tinham sido oferecidos a tributação, fica mantida a Decisão pela Procedência em Parte das infrações acima relacionadas.

Recurso de Ofício NÃO PROVADO.

Quanto ao Recurso Voluntário, que engloba as infrações 1 a 16, o recorrente em termos gerais apresentou os mesmos argumentos da impugnação inicial, em síntese:

- A) Foi mantida a exigência do ICMS-ST relativo a produtos que não são enquadrados na ST.
- B) Por falha operacional parte do ICMS-ST exigido não foi destacado nas notas fiscais de transferências de mercadorias (Sergipe), mas foi pago por antecipação pelas filiais localizadas no Estado da Bahia, com código de receita 1145;
- C) Juntou mapas de antecipação tributária e respectivos DAEs do recolhimento do ICMS-ST para tentar provar que o ICMS-ST não recolhido pela Matriz foi recolhido pelas filiais, não causando qualquer prejuízo ao Estado da Bahia.

Com relação à primeira alegação (A) a 3^a CJF determinou a realização de diligência fiscal (fl. 737) para verificar o enquadramento na ST dos produtos *antimofo, desinfetante, inseticida, raticida, vela inseticida e cola*.

Com base na informação da SAT/DPF/GERSU de que o produto cola foi inserida no art. 353, II, 16.5 a partir de 01/01/09 (Decreto nº 11.289/09) e desinfetantes, inseticida, raticida, vela inseticida foram inseridos no art. 353, II, 36 a partir de 01/01/10 (Decreto nº 11.806/09 e Protocolo ICMS 106/09). O diligente da ASTEC no Parecer nº 111/13 elaborou demonstrativo no qual manteve a exigência dos valores relativos ao produto *cola* nos exercícios de 2009 e 2010 e fez a exclusão dos valores exigidos relativos aos produtos *antimofo, desinfetante, inseticida, raticida, vela inseticida* totalizando R\$5.010,86 no exercício de 2009 o que resultou na redução do débito naquele exercício de R\$172.314,09 para R\$167.303,23 (fl. 746).

Pelo exposto, acolho o resultado da primeira diligência fiscal realizada pela ASTEC/CONSEF e considero saneada a alegação recursiva quanto à manutenção no julgamento de valores relativos aos produtos que no exercício de 2009 não estavam enquadrados no regime de ST.

No que se refere à segunda alegação, conforme ressaltado pelas autuantes e fundamentado na Decisão proferida pela 2ª JJF, o sujeito passivo localizado no Estado de Sergipe e inscrito no Estado da Bahia, como contribuinte substituto tributário, nesta condição é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST nas operações de transferências de mercadorias dos quais os Estados são signatários dos diversos convênios e protocolos mencionados nas dezesseis infrações (Convênios ICMS 110/07; 74/94; 76/94; 85/93; 135/06 Protocolos ICMS 16/85; 17/85; 18/85; 19/85; 26/04; 50/05; 52/93; 10/92; 14/06) de acordo com as normas gerais de acordos sobre Substituição Tributária prevista no Convênio ICMS 81/93, em especial a sua Cláusula segunda.

Sob esta ótica, entendo que foi correto o lançamento efetuado pela fiscalização, tendo em vista que na aplicação dos roteiros de auditorias constatou que o sujeito passivo deixou de reter (infrações 1 a 16) ou reteve a menos que o devido (infrações 17 a 25), infringindo as regras previstas nos diversos Convênios e Protocolos de ICMS.

Entretanto, na impugnação o sujeito passivo reconheceu como devidos às infrações em que reteve o ICMS-ST a menos (17 a 25) e alegou que os valores não retidos pelo estabelecimento autuado foi recolhido por antecipação pelos estabelecimentos destinatários localizados no Estado da Bahia.

Para tentar provar o alegado juntou mapas de antecipação tributárias, DAEs relativos ao recolhimento do ICMS-ST procurando estabelecer uma correlação com as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal.

Na informação fiscal as autuantes contestaram afirmando que: i) não foi feita a retenção de acordo com os Convênios e Protocolos de ICMS; ii) constatou que valores pagos por antecipação foram feitos com erros (MVA); iii) os DAEs da arrecadação engloba operações autuadas e não autuadas; iv) caberia ao sujeito passivo requerer a restituição de indébito.

Esses argumentos foram acolhidos na Decisão proferida pela 2ª JJF.

Com relação ao primeiro argumento, foi anteriormente apreciado, ou seja, restou comprovado que o sujeito passivo infringiu as regras estabelecidas em Convênios e Protocolos de ICMS.

Entretanto, a alegação trazida pelo contribuinte de que o ICMS-ST que deixou de ser retido, foi recolhido por antecipação pelas suas filiais localizadas no Estado da Bahia, carecia de comprovação, tendo em vista que se mantida a exigência fiscal, seria assegurado o direito do contribuinte à restituição do indébito relativo ao ICMS-ST pago por antecipação, relativo às operações que foi objeto da autuação.

Constatou que os fatos geradores ocorreram nos exercícios de 2009 e 2010, lavratura do AI em 14/06/2011, defesa em 27/07/11 (fl. 110) e 1ª informação fiscal (IF) em 30/08/11 (fl. 199); manifestação em 23/09/11 (fl. 360), 2ª IF em 12/03/12 (fl. 402), nova manifestação em 18/04/12 (fl. 485) e 3ª IF em 23/04/12 (fl. 494) seguido do julgamento em primeira instância em 09/08/12 (fl. 525).

Após a interposição do Recurso Voluntário em 24/09/12 (fl. 554) a 3ª CJF acolheu opinativo da PGE/PROFIS (fl. 733) e promoveu a realização de diligências em 28/02/13 (fl. 737 e 744/747), seguido de novo opinativo (fl. 795) e realização de nova diligência determinada por esta 1ª CJF em 21/10/14 (fl. 819 e 822/845), tendo a PGE/PROFIS opinado pelo acolhimento do resultado da diligência em 15/12/17 (fl. 895) e o processo redistribuído para a 2ª CJF e em seguida para esta 1ª CJF.

Pelo exposto, concluo que na data em que ocorreu o julgamento em primeira instância (09/08/12) diante da fundamentação de que o ICMS-ST exigido era devido em obediência as regras estabelecidas em convênios e protocolos de ICMS, caberia ao sujeito passivo requerer a restituição de indébito relativo ao imposto que foi pago por antecipação, tendo em vista que ainda estava dentro do prazo prescricional.

Entretanto, em cumprimento das medidas saneadoras do processo por meio de diligências determinadas pela 3^a CJF, 2^a CJF e esta 1^a CJF, a conclusão da instrução do processo para julgamento só ocorreu no fim do exercício de 2017, quando já tinha extinguido o prazo prescricional para o sujeito passivo requerer restituição de indébito relativo a pagamentos indevidos nos exercícios de 2009 e 2010.

Dessa forma, no caso concreto, apesar de o contribuinte ter descumprido as regras previstas em Convênios e Protocolos de ICMS, conforme fundamentado na Decisão da primeira instância, não pode ser desconsiderado as alegações e provas apresentadas de que o ICMS-ST exigido no lançamento por falta de retenção foi recolhido por antecipação. Também, que prescreto o direito de o contribuinte requerer restituição de indébito, culmina em enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia. Por isso, passo a análise do resultado das diligências fiscais.

A questão principal quanto à aferição se o ICMS-ST exigido nas infrações 1 a 16 tiveram recolhimento feito por antecipação, foi à afirmação das autuantes de que constatou que valores pagos foram feitos com erros (MVA) e os DAEs englobam operações autuadas e não autuadas.

Em atendimento a diligência determinada por esta 1^a CJF (fls. 817/819) o diligente da ASTEC/CONSEF no Parecer 038/15 (fls. 822/845) informou que analisou os arquivos do CD à fl. 787 identificando os Mapas ST x Recolhimentos SEFAZ; os DAE de recolhimento e notas fiscais relacionadas na autuação (analítica e sintética);

Conforme esclarecimento da metodologia adotada, identificou as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal, considerou os valores excluídos pelas autuantes na informação fiscal que resultou no valor julgado na primeira instância (fl. 525), deduziu os valores excluídos na realização da primeira diligência fiscal (fl. 746) e do resultado identificou os valores recolhidos:

- i) menor que o exigido: considerou como devido a diferença entre o exigido e o recolhido;
- ii) igual ao exigido: considerou o valor total que foi deduzido do exigido;
- iii) maior que o exigido: considerou o valor limitado ao valor que foi exigido.

Tomando por exemplo à infração 2 com valor relevante de R\$406.653,80 apresentou o seguinte demonstrativo sintético à fl. 825:

INFRAÇÃO 02

Valor Autuado	406.653,80
Valor excluído decisão JJF	209,20
Valor mantido decisão JJF	406.444,60
Valor Excluído Parecer ASTEC (fl. 746)	167.303,23
Valor Exigido após decisão JJF	239.141,37
Recolhido Menor que o exigido	1.722,04
Recolhido Igual que o exigido	161,31
Recolhido Maior que o exigido (limitado ao valor autuado)	209.381,23
Saldo Reconhecido Devido	27.876,79

O valor de R\$209,20 foi acolhido pelas autuantes (o que foi apreciado no Recurso de Ofício); o valor de R\$167.303,23 (relativo ao exercício de 2009) foi excluído na primeira diligência realizada pela ASTEC por determinação da 3^a CJF, com base na informação da SAT/DPF/GERSU de que os produtos *antimofo*, *vela inseticida*, *raticida*, *inseticida* e *desinfetantes* só foram incluídos no regime de ST a partir de 01/01/10 (Prot. ICMS 106/09).

Do valor resultante de R\$239.141,37 o diligente esclareceu os valores que foram deduzidos, como recolhido a menor que o exigido de R\$1.722,04. Tomando por exemplo o ICMS exigido relativo à NF 476943 (fl. 826) de um determinado produto (consta no analítico) que as autuantes exigiram falta de retenção no valor de R\$9,93, a mesma nota fiscal consta no demonstrativo de pagamento do ICMS por antecipação realizado pelo estabelecimento destinatário com valor de R\$4,02. Neste caso foi mantida a exigência da diferença de R\$5,90 que está contido no valor de R\$1.722,04.

Da mesma forma com relação aos valores recolhidos igual exigido de R\$161,31, a exemplo da NF 492304 (fl. 826) foi exigido valor de R\$25,16 (falta de retenção) e a mesma nota fiscal teve pagamento com o mesmo valor de R\$25,16 (antecipação). Neste caso foi considerado a totalidade do valor de R\$161,31.

Para a terceira situação, ou seja, valor maior que o exigido, a exemplo da NF 250966 (fl. 826) foi exigido valor de R\$6,36 (falta de retenção) e a mesma nota fiscal teve pagamento com valor de R\$7,60 (antecipação). Neste caso foi considerado o valor que foi exigido de R\$6,36 que está contido no valor total de R\$209.381,23.

Adotando este procedimento, o valor original da infração 2 de R\$406.653,80 teve redução promovida pelas autuantes para R\$406.444,60 e na primeira diligência para R\$239.141,37 e na segunda diligência para R\$27.876,79.

O mesmo procedimento foi utilizado para as dezesseis infrações que são objeto dos recursos.

Pelo exposto, concluo que na Decisão proferida pela 2^a JJF foi fundamentado que o sujeito passivo em relação às operações objeto da autuação deixou de reter o ICMS-ST como determina os diversos Convênios e Protocolos do ICMS e que se por ventura tivesse recolhido o ICMS-ST por antecipação deveria requer restituição de indébito, além da falta de certeza quanto aos valores recolhidos e correlação entre os pagamentos e as operações dos valores exigidos. Entretanto, no saneamento do processo mediante a realização de diligências determinadas por diferentes Câmaras deste Conselho de Fazenda Estadual (de 2012 a 2017), prescreveu o prazo para o contribuinte requerer restituição de indébito de valores supostamente pago indevidamente.

Por outro lado, a diligência realizada utilizou metodologia rigorosa na qual foi identificado os valores que foram pagos por antecipação e correlacionado com os valores exigidos por falta de retenção, trabalho que foi realizado com a participação do sujeito passivo que apresentou mapas, documentos fiscais (notas x DAEs) que possibilitaram quantificar os valores que foram recolhidos por antecipação e sua correlação com as operações que foram objeto da autuação.

Há de se ressaltar, que as autuantes carrearam ao processo a Decisão contida no Acórdão CJF Nº 0134-12/14 (fls. 854/861) na qual foi dado provimento ao Recurso de Ofício relativo ao Acórdão JJF Nº 0260-01/13 cuja fundamentação foi contrária à conclusão de diligente também da ASTEC em que considerou os valores recolhidos por antecipação. Ocorre que naquele processo o Parecer 051/2013, cuja cópia foi acostada pelo recorrente às fls. 783 a 785, indica que o diligente simplesmente deduziu dos valores exigidos, os valores recolhidos indicados nos mapas de antecipação, o que conduziu a não convicção dos julgadores da segunda instância de que havia uma correlação comprovada entre valor exigido (retenção) e recolhido (antecipação).

Já na situação presente, constata-se que o diligente da ASTEC foi criterioso na metodologia aplicada, conforme acima apreciado, motivo pelo qual acolho o resultado da diligência.

Por tudo que foi exposto, acolho o demonstrativo de débito apresentado pelo diligente da ASTEC (fls. 841 a 845) e considero devido o valor de R\$142.504,92 relativo às infrações 1 a 16, ficando mantidos os valores integrais das infrações 17 a 25 já recolhidas pelo sujeito passivo, mantendo a Procedência em Parte do Auto de Infração com redução do valor original exigido de R\$1.540.254,74 e julgado na primeira instância em R\$1.449.911,39 para R\$149.039,04.

Infrações	Saldo Devido	Infrações	Saldo Devido	Infrações	Saldo Devido
1	2.762,93	10	436,80	17	307,02
2	27.876,81	11	688,31	18	41,69
3	22.009,43	12	3.293,84	19	6,06
4	1.148,04	13	5.976,55	20	154,92
5	33,35	14	11.297,71	21	65,04
6	6.966,64	15	1.279,75	22	760,83
7	741,09	16	5.745,64	23	0,62
8	50.622,36	Subtotal	142.504,92	24	17,14
9	1.625,67			25	5.180,80
TOTAL GERAL	149.039,04			Subtotal	6.534,12

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281066.0003/11-1, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$149.039,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS