

PROCESSO	- A. I. N° 206912.0061/12-9
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- REDE BRASIL DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA. (GÓIAS ATACADO DISTRIBUIDOR)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1º JJF nº 0188-01/16
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 29/06/2018

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0130-12/18**

**EMENTA:** ICMS. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA INTESTADUAL. **a1)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS. **a1)** PROTOCOLO ICMS 16/85. O autuado é sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do imposto exigido, até maio 09, em face da vigência do Protocolo ICMS 05/09, a partir de 01.06.2009. Infração em parte subsistente. **a2)** PROTOCOLO ICMS 19/85. Acolhidas parcialmente as arguições do autuado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor exigido. Infração em parte subsistente. **a3)** CONVÊNIO ICMS 76/94. Em sua cláusula primeira elege como responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, nas operações interestaduais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, apenas o estabelecimento industrial ou importador, e não o contribuinte remetente, atacadista. Infração não caracterizada. **a4)** PROTOCOLO ICMS 11/91. Confirmada a condição de sujeito passivo por substituição tributária do remetente. Exigência reduzida, após ajustes feitos pela fiscalização. Infração subsistente em parte. **a5)** PROTOCOLO ICMS 14/06. Confirmada a condição de sujeito passivo por substituição tributária do remetente. Exigência reduzida, após ajustes efetuados pelo Fisco. Infração subsistente em parte. **a6)** PROTOCOLO ICMS 15/85. Confirmada a condição de sujeito passivo por substituição tributária do remetente. Exigência reduzida, após ajustes feitos pela fiscalização. Infração subsistente em parte. **a7)** PROTOCOLO ICMS 17/85. O autuado é sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do imposto exigido, até maio 09, em face a vigência do Protocolo ICMS 07/09, a partir de 01.06.2009. Infração em parte subsistente. **a8)** PROTOCOLO ICMS 18/85. O autuado é sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do imposto exigido, até maio 09, em face a vigência do Protocolo ICMS 07/09, a partir de 01.06.2009. Infração em parte subsistente. **a9)** CONVÊNIOS ICMS 03/99 E 110/07. Confirmada a condição de sujeito passivo por substituição tributária do remetente (cláusula segunda). Exigência reduzida, após

ajustes feitos pela fiscalização. Infração subsistente em parte. **a10)** PROTOCOLO ICMS 26/04. Atribuiu responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, nas operações interestaduais com rações para animais domésticos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, apenas ao estabelecimento industrial ou importador, e não o contribuinte remetente. Infração não caracterizada. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. **b1)** PROTOCOLO ICMS 16/85. O autuado é sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do imposto exigido, até maio 09, em face a vigência do Protocolo ICMS 05/09, a partir de 01.06.2009. Infração em parte subsistente. **b2)** PROTOCOLO ICMS 19/85. Acolhidas parcialmente as arguições do autuado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor exigido. Infração em parte subsistente. **b3)** CONVÊNIO ICMS 76/94. Em sua clausula primeira, elege como responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, nas operações interestaduais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, tão apenas o estabelecimento industrial ou importador, e não o contribuinte remetente, atacadista. Infração não subsistente. **b4)** PROTOCOLO ICMS 11/91. Confirmada a condição de sujeito passivo por substituição tributária do remetente. Exigência reduzida, após ajustes feitos pela fiscalização. Infração subsistente em parte. **b5)** PROTOCOLO ICMS 17/85. O autuado é sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do imposto exigido, até maio 09, em face a vigência do Protocolo ICMS 07/09, a partir de 01.06.2009. Infração em parte subsistente. **b6)** PROTOCOLO ICMS 18/85. O autuado é sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do imposto exigido, até maio 09, em face a vigência do Protocolo ICMS 07/09, a partir de 01.06.2009. Infração em parte subsistente. **b7)** CONVÊNIOS ICMS 03/99 E 110/07. Confirmada a condição de sujeito passivo por substituição tributária do remetente (cláusula segunda). Exigência reduzida, após ajustes feitos pela fiscalização. Infração subsistente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Temos em análise o Recurso de Ofício interposto nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.11, em relação à Decisão da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 04/07/2013, que exige crédito tributário no valor de R\$771.656,78 em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

*INFRAÇÃO 1: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito*

*passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com isqueiros, aparelhos de barbear, cargas ("refis") de lâminas de barbear e lâminas de barbear avulsas (Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 16/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro 2008 a outubro 2010. ICMS no valor de R\$77.225,36 - Multa de 60%;*

*INFRAÇÃO 2: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com "compacts discs" (CDs) e "digital vídeo discs" (DVDs), (Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 19/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro 2008 a novembro 2010. ICMS no valor de R\$4.123,47 - Multa de 60%;*

*INFRAÇÃO 3: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com ceras, colas, corantes, lustreadores de móveis (Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 74/94), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro 2008 a outubro 2010 ICMS no valor de R\$61.416,09 - Multa de 60%;*

*INFRAÇÃO 5: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com bebidas alcoólicas (Cláusulas primeira, terceira e sexta do Protocolo ICMS 14/06), discriminadas nos demonstrativos anexos, parte integrante do presente lançamento. Período Julho 2011 a novembro 2012. ICMS no valor de R\$493.828,16 - Multa de 60%;*

*INFRAÇÃO 6: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com filmes fotográficos (Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 15/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/março, junho/agosto, outubro e dezembro 2008; setembro e outubro 2009. ICMS no valor de R\$200,05 - Multa de 60%;*

*INFRAÇÃO 7: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com lâmpadas (Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 17/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que integram o presente lançamento. Período Janeiro 2008 a janeiro 2010, março, junho/dezembro 2010; janeiro, fevereiro, abril/dezembro 2011; janeiro, março, maio/outubro 2012. Valor de R\$13.358,77 - Multa de 60%;*

*INFRAÇÃO 8: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com pilhas (Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 18/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/dezembro 2008; fevereiro/dezembro 2009; janeiro/dezembro 2010; janeiro/março, junho, agosto/dezembro 2011; janeiro, março/novembro 2012. ICMS no valor de R\$26.203,84 - Multa de 60%;*

*INFRAÇÃO 9: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com óleos antiferrugem, óleos para máquinas de costura, querossenes e silicones (Cláusulas primeira, terceira, quinta e sexta do Convênio ICMS 03/99. além das cláusulas primeira, sétima, oitava, nona e demais do Convênio ICMS 110/07), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/fevereiro, abril, outubro/dezembro 2008; janeiro, março/ agosto 2009; janeiro, fevereiro, junho, agosto/dezembro 2010; janeiro, fevereiro, abril, junho, setembro/novembro 2011; janeiro/dezembro 2012. ICMS no valor de R\$2.300,20 - Multa de 60%;*

*INFRAÇÃO 10: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com rações para animais (Cláusulas primeira a quinta do Protocolo ICMS 26/04), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período outubro, dezembro 2011; janeiro/dezembro*

2012. ICMS no valor de R\$2.465,64 - Multa de 60%;

**INFRAÇÃO 11:** Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A retenção a menor do imposto se refere a operações de circulação com isqueiros, aparelhos de barbear, cargas ("refis") de lâminas de barbear e lâminas de barbear avulsas (Cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICMS 16/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/dezembro 2008; janeiro/agosto 2009; janeiro/maio; outubro/dezembro 2012. ICMS no valor de R\$20.202,16 - Multa de 60%;

**INFRAÇÃO 12:** Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A retenção a menor do imposto se refere a operações de circulação com ceras, colas, corantes, lustreadores de móveis (Cláusulas terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 74/94), discriminadas nos demonstrativos anexos, integrantes do presente lançamento. Período Janeiro/dezembro 2008; janeiro, março e abril 2009; janeiro/junho 2010; janeiro/maio e junho/ dezembro 2012. ICMS no valor de R\$8.173,13 - Multa de 60%;

**INFRAÇÃO 13:** Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A retenção a menor do imposto se refere a operações de circulação com "compacts discs" - CDs e "digital vídeo discs" - DVDs (Cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 19/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro / agosto 2009; janeiro/maio e outubro/dezembro 2012. ICMS no valor de R\$2.527,01 - Multa de 60%;

**INFRAÇÃO 14:** Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A retenção a menor do imposto se refere a operações de circulação com lâmpadas (Cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 17/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/dezembro 2008; fevereiro/junho 2009; janeiro/maio e outubro/dezembro 2012. ICMS no valor de R\$3.387,53 - Multa de 60%;

**INFRAÇÃO 15:** Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A retenção a menor do imposto se refere a operações de circulação com pilhas (Cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 18/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/dezembro 2008; janeiro/junho 2009; janeiro/maio e outubro/dezembro 2012. ICMS no valor de R\$6.554,27 - Multa de 60%;

**INFRAÇÃO 16:** Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A retenção a menor do imposto se refere a operações de circulação com óleos antiferrugem, óleos para máquinas de costura, querossenes e silicones (Cláusulas primeira, sétima, oitava, nona e demais do Convênio ICMS 110/07), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/maio e outubro/dezembro 2012. ICMS no valor de R\$97,30 - Multa de 60%;

Após tramitação regular do presente PAF em Primeira Instância, a 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0188-01/16, decidiu, por unanimidade, pela procedência em parte do presente auto, conforme voto transscrito abaixo:

#### **"VOTO"**

O presente lançamento de ofício contempla as 17 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos que serão objeto da apreciação nas linhas que seguem.

As exigências dizem respeito à falta de retenção ou a retenção feita a menor com a consequente falta de recolhimento do ICMS-ST, em operações destinadas ao Estado da Bahia e envolvendo mercadorias sujeitas à tributação antecipada, previstas em diversos acordos interestaduais que as sujeitam ao regime jurídico da substituição tributária.

Nas razões, fls. 743 a 759 (volume III), e demais contestações, o contribuinte, preliminarmente, apresentou considerações acerca da decadência do lançamento de ofício, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2012; nulidade dos autos por ilegitimidade passiva, por cerceamento ao seu direito à ampla defesa e o efeito de confisco em relação à multa aplicada. Tais matérias serão apreciadas de início.

A tese de decadência defendida pela empresa repousa nas regras expressas nos artigos 147 e 150 do CTN,

aduzindo que o prazo começa a fluir a partir do fato gerador da obrigação tributária, à vista do disposto no art. 150, §4º, do CTN. Colando aos autos posicionamentos da jurisprudência do STJ (REsp 694678, julgamento 14.06.05, DJ 27.06.05 e EDcl no AgRg no AG 438857 / DF, DJ 23.09.2002).

Além de todas as questões já aduzidas pelos Auditores responsáveis pela autuação, durante a Informação Fiscal, ressalto que essa matéria tem sido objeto de debate, nesse Conselho de Fazenda, tendo gerado controvérsias, sobretudo, a partir da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF, que, de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que este Órgão Jurídico se pronunciasse acerca da contagem inicial do prazo de decadência relativo ao ICMS.

A Procuradoria Geral do Estado, após detida análise do quanto esposado na citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opina de que os processos deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, afastando a questão relativa aos prazos decadenciais, conforme arguida pelo impugnante,

Dessa forma, a incidência da regra do art. 150 e seu § 4º pressupõe as situações em que o sujeito passivo lança o valor do imposto ou antecipa o pagamento. No presente caso, a empresa não lançou e nem recolheu o valor do imposto, lançado de ofício. Sendo assim, não se pode falar em lançamento por homologação, já que o pagamento do tributo exigido não foi antecipado. Foi ele lançado, vale repetir, de ofício.

No caso em concreto, quando da ciência ao autuado da lavratura do Auto de Infração, ocorrida em 10/07/2013, não havia sido extinto o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do período retro referido (janeiro a dezembro de 2008), o qual se extinguiria no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante previsto no art. 107-A, I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), então vigente, o que vale dizer que o termo final do prazo decadencial para o aludido período seria 31/12/2013.

A legislação baiana, vigente à época dos fatos geradores, estabelecia marco temporal diferenciado para contagem do prazo decadencial, ancorada no permissivo normativo constante no art. 150, § 4º, c/c o art. 173, I, do CTN. Ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.199, de 29/11/14, foi revogado o art. 107-A, da Lei nº 3.956/81. Porém, da leitura do artigo 105 (a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116) e 106 (a lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I- em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa; II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de definir-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática), ambos do CTN, fica claro que a nova alteração (Lei nº 13.199/14), que alterou a linde temporal para contagem do prazo decadencial, não pode ser aplicada aos fatos ou atos pretéritos, mas tão-somente em situações ocorridas após a sua edição.

A norma em discussão não se trata de norma meramente interpretativa, vez que constitutivo de um novo marco temporal, delimitador de direito potestativo do Estado da Bahia para efetuar o lançamento tributário, como também por não se tratar de norma tributária de natureza penal mais benigna ao contribuinte, por não se tratar de comando legal atinente a qualquer penalidade, mas, balizador do poder de lançar do sujeito ativo da relação obrigacional tributária.

Dessa forma, não poderá retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação tributária, então vigente, conforme consta de diversos Pareceres da Procuradoria Geral desse Estado (PGE/PROFIS) e em conformidade com a jurisprudência desse Conselho, como pode ser extraído, entre outros, dos acórdãos CJF N° 0378-12/15, CJF 0371-12/15, CJF N° 0228-11/15.

Cabível ainda a ressalva que, nos itens em discussão, a exemplo de "deixou de recolher ICMS ... ", não se pode dizer que o autuado tenha feito recolhimento antecipado do imposto e, em consequência, não há que se falar em "lançamento por homologação", previsto no art. 150, §4º, do CTN. Também por isso, a contagem do prazo decadencial enquadra-se no art. 173, I do CTN.

Posto isso, concluo que não ocorreu a decadência suscitada pelo autuado, em relação ao valores levantados no período janeiro a dezembro de 2008, haja vista que com a lavratura do Auto de Infração foi efetivado o devido lançamento do crédito tributário e, na data da ciência ao autuado, não houve transcurso do prazo que autorizasse o instituto da decadência, adotando-se qualquer marco legal.

Com relação à arguição de nulidade dos autos em face da alegação do autuado que não poderia ocupar o polo passivo da relação tributária em cheque, por lhe faltar a condição de substituto tributário, sua apreciação dar-se-á quando das discussões de mérito, tendo em vista a natureza jurídica do questionamento, no caso em concreto.

No que se refere à alegação de nulidade em decorrência dos diversos procedimentos que teriam implicado erro

*no levantamento fiscal, incorrendo em cerceamento de defesa e insegurança na determinação da infração, rejeito o entendimento versado pela impugnação, uma vez que o presente Auto de Infração contém os elementos orientadores para a lavratura do Auto de Infração previstos no art. 39, RPAF BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Mesmo o julgado administrativo tributário no Estado de Goiás, que aponta nulidade dos autos, em face à ausência de demonstrativos, que prejudicaram a interpretação do resultado do trabalho fiscal, causando insegurança e cerceamento de defesa do contribuinte, não poderia ser invocado, considerando que, no caso em concreto, as peças que modificaram a exigência inicial foram entregues formalmente ao autuado, não incorrendo em prejuízo ao direito à ampla defesa do contribuinte. Observo diversamente.*

*Justamente em contrário do entendimento do sujeito passivo, os ajustes, as correções, as revisões que foram procedidas nos valores exigidos. inicialmente, com base nos documentos trazidos nos autos ou pela correta aplicação da legislação pertinente ao caso em análise, além da exclusão de lançamentos em duplicidades, tal dinâmica, contando com o acompanhamento e participação do contribuinte autuado, comprova plena e claramente o respeito aos direitos do contribuinte à ampla defesa, ao contraditório, e em perfeita harmonia com a busca da verdade material, princípios caros ao direito tributário. Toda modificação fundamentada adequadamente, nos termos da lei, devidamente lastreada em comprovações inequívocas, a com a entrega ao defendente de todos os novos demonstrativos elaborados e com a regulamentar reabertura de prazo de defesa.*

*Na existência de possíveis lacunas e a fim de garantir o perfeito sentido da autuação, o processo administrativo fiscal - PAF foi encaminhado em diligência fiscal diante da Procuradoria Geral do Estado - PGE/PROFIS, em privilégio à verdade real dos fatos, significando que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos, tais como esses fatos o são na realidade no direito, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos, devendo ser carreadas aos autos as provas dos fatos levantados; dever que compete à Administração Tributária, mas também ao contribuinte, que tem o direito e o dever de trazer ao PAF todos os elementos e dados à respeito da matéria discutida, porquanto o que está em debate é a legalidade da tributação e a verdade fática fiscal. Portanto, não há falar em nulidade, nos presentes autos.*

*No mérito, examinando as peças processuais que amparam as infrações, verifico que os Auditores Fiscais elaboraram os demonstrativos que instruíram a exigência inicial, em relação aos 17 itens contidos nos autos, acostando os respectivos anexos, fls. 45 (volume I) a 734 (volume III). Após as razões, destacando-se os argumentos pertinentes às infrações, os fatos arguidos, os documentos e provas apresentados, o lançamento de ofício foi modificado para fazer as adequações e os ajustes que se fizeram necessárias, de acordo com os novos levantamentos sintetizados na Informação Fiscal, fls. 1008/1022 (Volume IV), além dos demonstrativos analíticos discriminando as diversas operações com falta de recolhimento ou recolhimento a menos ICMS-ST, fls. 1037/1367 (volumes IV e V), além das cópias em meio eletrônico, através de mídia de CD, entregue ao contribuinte, fl.1368, conforme recibo de fl.1369 (volume V), reduzindo os valores exigidos, inicialmente, conforme descrito abaixo:*

*INFRAÇÃO 1 - R\$63.831,34  
INFRAÇÃO 2 - R\$553,22  
INFRAÇÃO 3 - R\$29.787,49  
INFRAÇÃO 4 - R\$49.036,91  
INFRAÇÃO 5 - R\$102.965,27  
INFRAÇÃO 6 - R\$181,61  
INFRAÇÃO 7 - R\$13.327,07  
INFRAÇÃO 8 - R\$26.048,39  
INFRAÇÃO 9 - R\$2.273,55  
INFRAÇÃO 10 - R\$2.435,47  
INFRAÇÃO 11 - R\$4.030,15  
INFRAÇÃO 12 - R\$2.332,28  
INFRAÇÃO 13 - R\$1.288,04  
INFRAÇÃO 14 - R\$1.799,95  
INFRAÇÃO 15 - R\$3.533,15  
INFRAÇÃO 16 - R\$58,09  
INFRAÇÃO 17 - R\$556,83*

*Outrossim, mesmo após as providências retro mencionadas, o autuado, irresignado, apresentou razões defensivas argumentando a ausência da condição de substituto tributário, sob o juízo que o envio de mercadorias por meio de sua filial na Bahia, e a revenda para seus clientes instalados no Estado da Bahia, na configura operação interestadual.*

*Argumenta ainda que o Auto de Infração não foi realizado de forma escorreita e as mudanças ocorridas com alteração das bases de cálculos e o fundamento jurídico da conduta. Ressalva que a mudança no Auto de Infração não pode ser tida como "mero auto complementar".*

O presente lançamento fiscal é decorrente da falta de retenção e recolhimento do ICMS pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, referentes às vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado.

Ressalto que o contribuinte autuado encontra-se localizado no Estado de Goiás (município de Anápolis) e não possui inscrição no Estado da Bahia, na condição de contribuinte substituto. A Lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96) estabelece no seu artigo 10 que nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

Tal regra foi recepcionada a partir do caput do art. 9º da LC nº 87/96. E por força da cláusula oitava do Convênio ICMS 81/93 aplicam-se as normas da legislação do Estado destinatário das mercadorias.

Nesse sentido, incabível a justificativa do autuado de que o Auto de infração deva ser anulado, tendo em vista que as mudanças ocorridas com alteração das bases de cálculos representam alteração no fundamento jurídico e insegurança na exigência.

Observo justamente em contrário do entendimento do sujeito passivo. Os ajustes, as correções, as revisões que foram procedidas nos valores exigidos, inicialmente, com base nos documentos trazidos nos autos, nos novos arquivos SINTEGRA encaminhados pelo próprio autuado ou pela correta aplicação da legislação pertinente ao caso em análise, além da exclusão de lançamentos em equívocos, tal dinâmica, contando com o acompanhamento e participação do contribuinte autuado, comprova plena e claramente o respeito aos direitos do contribuinte à ampla defesa, ao contraditório, e em perfeita harmonia com a verdade material, princípios caros ao direito tributário. Toda modificação fundamentada adequadamente, nos termos da lei, devidamente lastreada em comprovações inequívocas, a com a entrega ao defensor de todos os novos demonstrativos elaborados e com a regulamentar reabertura de prazo de defesa. Não se trata, em absoluto, de nenhum "auto de infração complementar".

Incompreensível ainda a alegação da defesa de que não ostenta a condição de sujeito passivo por substituição tributária, por não ter praticado operações interestaduais, o que somente ocorreria "após a internação delas (mercadorias) no território baiano".

Em regra geral, o ICMS substituição tributária deve ser recolhido na operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária pela operação posterior, quando destinada a contribuinte do ICMS estabelecido em Unidade Federada signatária do Convênio ou Protocolo que estabeleceu a aplicação desse regime à determinada mercadoria.

Nas operações interestaduais, além dos substitutos naturais (indústria ou importador), assumem a condição de substituto tributário, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, qualquer contribuinte (atacadista ou varejista) estabelecido em Unidade Federada signatária de convênio ou protocolo que o estabeleça como responsável e efetue remessa de mercadorias previstas no aludido Acordo.

Nesse sentido, a cláusula quinta do Convenio ICMS 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, prevê que a substituição tributária não se aplica às transferências para outro estabelecimento atacadista do sujeito passivo por substituição. O Parágrafo único da mesma cláusula, indica, contudo, que o sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria.

Examinando o texto de cada Acordo Interestadual que determinou a inclusão expressa do remetente (e não somente o industrial ou importador), na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, nas operações colhidas no presente Auto de Infração, verifico que o contribuinte autuado deve ser validamente identificado como responsável tributário, nos itens e nas operações a seguir descritas:

Na infração 1, a exigência tem fundamento no Protocolo ICMS 16/85 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com lâmina de barbear, aparelho de barbear descartável e isqueiro, com validade até maio de 09, em face da vigência do Protocolo ICMS 05/09, a partir de 01.06.2009 e importa R\$20.635,90.

Ainda, nesta infração, observo que após revisão, os fiscais majoraram alguns meses (jan, fev, abr, mai, ago, set de 2008 e jan de 2009), no entanto, mantendo os lançamentos conforme indicado na lavratura da autuação. Quanto aos demais meses que houveram redução e que foram mantidos (mar, jun, jul, out, nov, dez de 2008 e fev, mar, mai de 2009), mantendo as deduções. Percebo que foi incluído o mês de abr/2009 (não lançado na autuação), o que, não acato nos termos do art. 146 do CTN que da previsão da imodificabilidade do lançamento tributário relativamente notificado o sujeito passivo. Assim, este primeiro item, fica conforme o demonstrativo abaixo:

**DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO I**

<b>OCORRÊNCIA</b>	<b>VENCIMENTO</b>	<b>VLR. LANÇADO</b>	<b>VLR. JULGADO</b>	<b>MULTA</b>
31/01/2008	09/02/2008	5.316,99	5.316,99	60%
28/02/2008	09/03/2008	2.743,44	2.743,44	60%
31/03/2008	09/04/2008	1.187,85	1.187,85	60%
30/04/2008	09/05/2008	1.761,88	1.761,88	60%
31/05/2008	09/06/2008	1.147,96	1.147,96	60%
30/06/2008	09/07/2008	1.313,94	1.228,35	60%
31/07/2008	09/08/2008	1.761,20	1.761,20	60%
31/08/2008	09/09/2008	1.427,39	1.417,56	60%
30/09/2008	09/10/2008	833,84	833,84	60%
31/10/2008	09/11/2008	2.875,14	1.254,18	60%
30/11/2008	09/12/2008	184,33	89,93	60%
31/12/2008	09/01/2009	858,7	430,64	60%
31/01/2009	09/02/2009	120,73	120,73	60%
28/02/2009	09/03/2009	288,01	268,97	60%
31/03/2009	09/04/2009	1.225,46	601,16	60%
31/05/2009	09/06/2009	476,10	471,22	60%
<b>TOTAL</b>		<b>23.522,96</b>	<b>20.635,90</b>	

*Na infração 11, a exigência tem os mesmos fundamentos que à primeira infração: retenção e recolhimento a menor, no entanto, com a redução feita pelo fiscal, de fl. 1017, que totaliza R\$3.432,80, conforme o demonstrativo abaixo:*

<b>DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 11</b>				
<b>OCORRÊNCIA</b>	<b>VENCIMENTO</b>	<b>VLR. LANÇADO</b>	<b>VLR. JULGADO</b>	<b>MULTA</b>
31/01/2008	09/02/2008	336,03	87,57	60%
28/02/2008	09/03/2008	341,29	94,05	60%
31/03/2008	09/04/2008	272,23	72,34	60%
30/04/2008	09/05/2008	401,8	116,58	60%
31/05/2008	09/06/2008	457,76	131,47	60%
30/06/2008	09/07/2008	413,79	119,25	60%
31/07/2008	09/08/2008	335,05	99,48	60%
31/08/2008	09/09/2008	472,68	160,92	60%
30/09/2008	09/10/2008	573,35	195,67	60%
31/10/2008	09/11/2008	421,61	140,18	60%
30/11/2008	09/12/2008	331,3	88,75	60%
31/12/2008	09/01/2009	295,4	99,52	60%
31/01/2009	09/02/2009	501,85	422,17	60%
28/02/2009	09/03/2009	467,93	422,58	60%
31/03/2009	09/04/2009	557,37	499,97	60%
30/04/2009	09/05/2009	541,87	336,32	60%
31/05/2009	09/06/2009	430,91	345,98	60%
<b>TOTAL</b>		<b>6.721,31</b>	<b>3.432,80</b>	

*A infração 2 tem fundamento no Protocolo ICMS 19/85 (cláusula primeira), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com discos fonográficos, fitas virgens ou gravadas resta procedente em parte, com as alterações promovidas pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal e importa R\$553,22 (fl. 1010). A infração 13 tem os mesmos fundamentos e a retenção e recolhimento a menor totaliza R\$1.228,04 (fls. 1018/1019).*

*A infração 4 tem fundamento no Protocolo ICMS 11/91 (cláusula terceira), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo, importando, após os ajustes promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal, o valor R\$49.036,91 (fl.1012). Na infração 17, a exigência tem os mesmos fundamentos e a retenção e recolhimento a menor totaliza R\$556,83, (fl.1021).*

*A infração 5 tem fundamento no Protocolo ICMS 14/06 (cláusula terceira), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com bebidas quentes, importando, após os ajustes promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal, o valor R\$102.965,27 (fls.1012/1013).*

*A infração 6 tem fundamento no Protocolo ICMS 15/85 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com filme fotográfico e cinematográfico e "slide", importando, após os ajustes promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal, o valor R\$181,61 (fls.1013).*

*A infração 7 encontra fundamento no Protocolo ICMS 17/85 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com lâmpada elétrica, com validade até maio de 09, em face da vigência do Protocolo ICMS 07/09 (01.06.2009) e importa R\$729,47, de fl. 1013. Ressalto que em relação aos meses que foram majorados (fev, mar e mai de 2009) mantém-se conforme o lançamento da autuação nos termos do art. 146 do CTN já exposto, de acordo com o demonstrativo abaixo.*

**DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 7**

<b>OCORRÊNCIA</b>	<b>VENCIMENTO</b>	<b>VLR. LANÇADO</b>	<b>VLR. JULGADO</b>	<b>MULTA</b>
31/01/2008	09/02/2008	19,97	16,12	60%
28/02/2008	09/03/2008	132,42	132,42	60%
31/03/2008	09/04/2008	101,73	101,73	60%
30/04/2008	09/05/2008	38,47	38,47	60%
31/05/2008	09/06/2008	131,19	131,19	60%
30/06/2008	09/07/2008	39,64	39,64	60%
31/07/2008	09/08/2008	106,21	106,21	60%
31/08/2008	09/09/2008	32,37	32,37	60%
30/09/2008	09/10/2008	19,83	19,83	60%
31/10/2008	09/11/2008	156,73	26,59	60%
30/11/2008	09/12/2008	32,20	0,00	60%
31/12/2008	09/01/2009	8,07	4,23	60%
31/01/2009	09/02/2009	17,72	13,89	60%
28/02/2009	09/03/2009	6,16	6,16	60%
31/03/2009	09/04/2009	21,24	21,24	60%
30/04/2009	09/05/2009	5,18	0,00	60%
31/05/2009	09/06/2009	39,38	39,38	60%
<b>TOTAL</b>		<b>908,51</b>	<b>729,47</b>	

*Na infração 14, a exigência tem os mesmos fundamentos do item 7 (anterior): retenção e recolhimento a menor que totaliza R\$1.393,20. Os valores foram extraídos do demonstrativo (abaixo) acostado aos autos (fl. 1019), após ajustes promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal.*

<b>DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 14</b>				
<b>OCORRÊNCIA</b>	<b>VENCIMENTO</b>	<b>VLR. LANÇADO</b>	<b>VLR. JULGADO</b>	<b>MULTA</b>
31/01/2008	09/02/2008	75,78	66,92	60%
28/02/2008	09/03/2008	97,03	81,55	60%
31/03/2008	09/04/2008	68,72	64,06	60%
30/04/2008	09/05/2008	95,23	81,98	60%
31/05/2008	09/06/2008	130,43	113,10	60%
30/06/2008	09/07/2008	88,26	71,71	60%
31/07/2008	09/08/2008	72,67	62,99	60%
31/08/2008	09/09/2008	88,37	76,67	60%
30/09/2008	09/10/2008	70,27	65,71	60%
31/10/2008	09/11/2008	80,36	71,88	60%
30/11/2008	09/12/2008	79,28	67,98	60%
31/12/2008	09/01/2009	87,29	78,22	60%
31/01/2009	09/02/2009	113,97	83,58	60%
28/02/2009	09/03/2009	104,50	87,66	60%
31/03/2009	09/04/2009	76,21	53,28	60%
30/04/2009	09/05/2009	170,46	129,31	60%
31/05/2009	09/06/2009	199,49	136,60	60%
<b>TOTAL</b>		<b>1.698,32</b>	<b>1.393,20</b>	

*A infração 8 encontra fundamento no Protocolo ICMS 18/85 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com pilha e baterias elétricas, com validade até maio de 09, em face da vigência do Protocolo ICMS 07/09 (01.06.2009) e importa R\$14.576,68, de fls. 1014/10/15. Destaco que quanto aos meses majorados (fev, mar e mai de 2009) mantendo o lançamento da autuação inicial, nos termos do art. 146 do CTN e em relação aos demais meses acato as deduções postas pelos fiscais, conforme o demonstrativo abaixo:*

<b>DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 8</b>				
<b>OCORRÊNCIA</b>	<b>VENCIMENTO</b>	<b>VLR. LANÇADO</b>	<b>VLR. JULGADO</b>	<b>MULTA</b>
31/01/2008	09/02/2008	2.081,63	2.041,26	60%
28/02/2008	09/03/2008	1.653,30	1.653,30	60%
31/03/2008	09/04/2008	8.087,13	8.075,85	60%
30/04/2008	09/05/2008	498,13	482,99	60%
31/05/2008	09/06/2008	475,92	475,92	60%
30/06/2008	09/07/2008	537,02	470,96	60%
31/07/2008	09/08/2008	297,50	297,50	60%
31/08/2008	09/09/2008	331,00	331,00	60%
30/09/2008	09/10/2008	395,89	285,64	60%
31/10/2008	09/11/2008	242,97	108,10	60%
30/11/2008	09/12/2008	140,13	73,49	60%
31/12/2008	09/01/2009	142,66	68,23	60%
28/02/2009	09/03/2009	33,34	33,34	60%
31/03/2009	09/04/2009	63,29	63,29	60%

30/04/2009	09/05/2009	40,21	20,07	60%
31/05/2009	09/06/2009	95,74	95,74	60%
<b>TOTAL</b>		<b>15.115,86</b>	<b>14.576,68</b>	

*Na infração 15, a exigência tem os mesmos fundamentos: retenção e recolhimento a menor totaliza R\$3.237,12. Observa-se, também a mesma situação em relação ao mês de out/2008, pois mantenho o lançamento conforme a inicialmente e, não, a majoração realizada pelos autuantes, que promulgo nos termos do art. 146 do CTN já exposto. Assim, os valores extraídos do demonstrativo acostado aos autos (fl. 1020), após ajustes promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal é o seguinte:*

<b>DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 15</b>				
<b>OCORRÊNCIA</b>	<b>VENCIMENTO</b>	<b>VLR. LANÇADO</b>	<b>VLR. JULGADO</b>	<b>MULTA</b>
31/01/2008	09/02/2008	218,67	190,08	60%
28/02/2008	09/03/2008	188,95	153,97	60%
31/03/2008	09/04/2008	173,51	150,04	60%
30/04/2008	09/05/2008	159,13	139,99	60%
31/05/2008	09/06/2008	230,14	209,97	60%
30/06/2008	09/07/2008	191,00	177,22	60%
31/07/2008	09/08/2008	193,51	176,49	60%
31/08/2008	09/09/2008	265,15	246,98	60%
30/09/2008	09/10/2008	175,47	153,47	60%
31/10/2008	09/11/2008	302,24	302,24	60%
30/11/2008	09/12/2008	211,20	161,40	60%
31/12/2008	09/01/2009	258,41	228,18	60%
31/01/2009	09/02/2009	393,09	333,59	60%
28/02/2009	09/03/2009	217,79	185,07	60%
31/03/2009	09/04/2009	133,17	108,73	60%
30/04/2009	09/05/2009	199,39	146,44	60%
31/05/2009	09/06/2009	228,40	173,26	60%
<b>TOTAL</b>		<b>3.739,22</b>	<b>3.237,12</b>	

*A infração 9 encontra fundamento nos Convênios ICMS 03/99 e 110/07 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos, importando a exigência de R\$2.273,55, fls. 1015/1016.*

*A infração 16 tem os mesmos fundamentos: retenção e recolhimento a menor que totaliza R\$93,18. Destaco que a soma (R\$58,09) indicada no demonstrativo acostado aos autos (fl.1020) desta infração não está correta, no entanto, após ajustes verificação corrijo o total conforme o valor indicado corretamente e promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal.*

*Por conseguinte, devem ser excluídos do levantamento fiscal, os valores contidos nos itens 3 e 12, com fundamento no Convênio ICMS 74/94, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, tendo em vista que a sua cláusula primeira elege como responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, nas operações interestaduais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, tão apenas o estabelecimento industrial ou importador, e não o contribuinte remetente, atacadista.*

*Devem também ser excluído, os valores exigidos na infração 10, fundada no Protocolo ICMS 26/04, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com rações para animais domésticos, cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS foi atribuída apenas ao contribuinte industrial ou importador.*

*Posto isso, a exigência do ICMS-ST em face às infrações e nos termos das situações e fundamentos legais retro anunciadas resta caracterizada em parte, de acordo com o quadro resumo abaixo anunciado:*

<b>INF.</b>	<b>AUTO INFRAÇÃO</b>	<b>INF.FISCAL</b>	<b>JULGAMENTO</b>	<b>RESULTADO</b>
1	77.225,36	63.831,84	20.635,90	PROC. PARCIAL
2	4.123,48	553,22	553,22	PROCEDENTE
3	61.416,09	29.787,49	0,00	IMPROCEDENTE
4	49.036,91	49.036,91	49.036,91	PROCEDENTE
5	493.828,10	102.965,27	102.965,27	PROC. PARCIAL
6	200,05	181,61	181,61	PROC. PARCIAL
7	13.358,77	13.327,07	729,47	PROC. PARCIAL
8	26.203,84	26.048,39	14.576,68	PROC. PARCIAL
9	2.300,20	2.273,55	2.273,55	PROC. PARCIAL
10	2.465,64	2.435,47	0,00	IMPROCEDENTE
11	20.202,18	4.030,15	3.432,80	PROC. PARCIAL
12	8.173,13	2.332,38	0,00	IMPROCEDENTE
13	2.527,01	1.288,04	1.288,04	PROC. PARCIAL
14	3.387,53	1.799,95	1.393,20	PROC. PARCIAL

15	6.554,27	3.533,15	3.237,12	PROC. PARCIAL
16	97,39	58,09	93,18	PROC. PARCIAL
17	556,83	556,83	556,83	PROCEDENTE
<b>TOTAL</b>	<b>771.656,78</b>	<b>304.039,41</b>	<b>200.953,78</b>	

*Do exposto, o presente Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$200.953,78.*

## VOTO

Na análise o Recurso de Ofício interposto nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.11, contemplando como lançamento 17 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, sendo objeto deste recurso às infrações 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16, tendo como procedência pela JJF as infrações 4 e 17.

As exigências dizem respeito à falta de retenção ou a retenção feita à menor com a consequente falta de recolhimento do ICMS-ST, em operações destinadas ao Estado da Bahia e envolvendo mercadorias sujeitas à tributação antecipada, previstas em diversos acordos interestaduais que as sujeitam ao regime jurídico da substituição tributária.

Em relação à infração 1 e 11, observo que ao compulsar a legislação fiscal, verifico que a cláusula segunda do Protocolo ICMS 16/85 foi modificada consoante texto transrito.

### PROTOCOLO ICM 16/85

**Cláusula segunda.** Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se refere este protocolo, a ele fica atribuída à responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

§ 1º (REVOGADO)

§ 2º (REVOGADO)

*Redação original, efeitos até 31.05.09.*

**Cláusula segunda.** No caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com mercadoria a que se refere este Protocolo, a substituição tributária caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

§ 1º Na hipótese desta cláusula, o distribuidor, o depósito ou o estabelecimento atacadista emitirá nota fiscal para efeito de resarcimento, junto ao estabelecimento que tenha efetuado a primeira retenção, do valor do imposto retido em favor do Estado de destino, acompanhada de cópia do respectivo documento de arrecadação.

§ 2º O estabelecimento que efetuou a primeira retenção poderá deduzir, do próximo recolhimento ao Estado de origem, a importância do imposto retido a que se refere o parágrafo anterior, desde que disponha dos documentos ali mencionados.

Assim vejo que foi correta a decisão de piso ao excluir da exigência fiscal os valores a partir de 30/5/2009, e em relação aos ajustes que reduziram os valores, assim, acompanho a decisão de primeira instância em seu fundamento, visto que tal redução foi resultado da informação fiscal do próprio autuante.

Em relação à infração 2 e 13, também ao observar a legislação fiscal, verifico que a cláusula primeira do Protocolo ICMS 19/85 foi modificada consoante texto transrito.

### PROTOCOLO ICM 19/85

*Nova redação dada à cláusula primeira pelo Prot. ICMS 129/13, efeitos a partir de 01.02.14.*

**Cláusula primeira** Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.

Redação anterior dada ao caput da cláusula primeira pelo Protocolo ICMS 8/09, efeitos de 01.06.09 até 31.01.2014:

*Cláusula primeira Nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM/SH, realizadas entre contribuintes situados nos Estados signatários deste protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às saídas subsequentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário.*

Redação anterior dada ao caput da cláusula primeira pelo Protocolo ICMS 44/08, efeitos de 01.05.08 a 31.05.09.

*Cláusula primeira Nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na NCM, realizadas entre contribuintes situados nos Estados signatários deste protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às saídas subsequentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário.*

Redação anterior dada ao caput da cláusula primeira pelo Protocolo ICMS 72/07, efeitos de 27.12.07 a 30.04.08.

*Cláusula primeira Nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na NCM, realizadas entre contribuintes situados nos Estados signatários deste protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às saídas subsequentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário, exceto em relação às operações que destinem o produto ao Estado de São Paulo.*

Redação anterior dada ao caput da cláusula primeira pelo Protocolo ICMS 07/00, efeitos de 03.04.00 a 26.12.07.

*Cláusula primeira Nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na NBM/SH, realizadas entre contribuintes situados nos Estados signatários deste protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às saídas subsequentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário, exceto em relação às operações que destinem o produto ao Estado de São Paulo.*

Redação anterior dada ao caput da cláusula primeira pelo Prot. ICMS 05/98, efeitos de 26.03.98 a 03.04.00.

*Cláusula primeira Nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada entre contribuintes situados nos Estados signatários deste Protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e de Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às saídas subsequentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário, exceto em relação às operações que destinem o produto ao Estado de São Paulo.*

Redação original, efeitos até 25.03.98.

*Cláusula primeira Nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada, entre contribuintes situados nos Estados signatários deste Protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial, na qualidade de contribuinte substituto, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias relativo às operações subsequentes, realizadas por estabelecimento atacadista ou varejista.*

Acrescido o parágrafo único à cláusula primeira pelo Prot. ICMS 129/13, efeitos a partir de 01.02.14.

*Parágrafo único. O disposto no caput aplica-se também em relação ao imposto devido pela diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na hipótese de entrada, em estabelecimento de contribuinte, decorrente de operação interestadual de mercadoria destinada a uso ou consumo ou ativo permanente.*

*§ 1º da cláusula primeira revogado tacitamente pelo Prot. ICMS 129/13, efeitos a partir de 01.02.14.*

*§ 1º REVOGADO*

*Redação anterior do § 1º da cláusula primeira pelo Prot. ICMS 79/09, efeitos de 01.06.09 até 31.01.2014:*

*§ 1º O regime de que trata este Protocolo não se aplica à transferência de mercadoria entre estabelecimentos da empresa industrial, nem às operações entre contribuintes substitutos industriais.*

*Redação original, efeitos até 31.05.09.*

*§ 1º O regime de que trata este Protocolo não se aplica à transferência de mercadoria entre estabelecimentos da empresa industrial, nem às operações entre contribuintes substitutos industriais.*

*§ 2º da cláusula primeira revogado tacitamente pelo Prot. ICMS 129/13, efeitos a partir de 01.02.14.*

*§ 2º REVOGADO*

*Redação anterior do § 2º da cláusula primeira pelo Prot. ICMS 79/09, efeitos de 01.06.09 até 31.01.2014:*

*§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, a substituição tributária caberá ao estabelecimento da empresa industrial ou ao contribuinte substituto destinatário que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa.*

*Redação original, efeitos até 31.05.09.*

*§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, a substituição tributária caberá ao estabelecimento da empresa industrial ou ao contribuinte substituto destinatário que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa.*

Na infração 5 tem fundamento no Protocolo ICMS 14/06 (cláusula terceira), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com bebidas quentes, importando, após os ajustes promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal, o valor R\$102.965,27 (fls.1012/1013), no qual acompanho todo entendimento promovido pelos fiscais e pela junta julgadora.

Para a infração 6 tem fundamento no Protocolo ICMS 15/85 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com filme fotográfico e cinematográfico e "slide", importando, após os ajustes promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal, o valor R\$181,61 (fls.1013). Também vejo que os fiscais e a decisão de piso fez os devidos ajustes acertadamente.

Em relação à infração 7 encontra fundamento no Protocolo ICMS 17/85 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com lâmpada elétrica, com validade até maio de 09, em face da vigência do Protocolo ICMS 07/09 (01.06.2009) e importa R\$729,47, de fl. 1013. E na infração 8 que encontra fundamento no Protocolo ICMS 18/85 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com pilha e baterias elétricas, com validade até maio de 2009, em face da vigência do Protocolo ICMS 07/09 (01.06.2009) e importa R\$14.576,68, de fls. 1014/10/15. Ressalto que em relação aos meses que foram majorados (fev, mar e mai de 2009) mantém-se conforme o lançamento da autuação nos termos do art. 146 do CTN já exposto, de acordo com o demonstrativo da primeira instância, que acompanho.

No que pertine à infração 14, a exigência tem os mesmos fundamentos do item 7 (anterior): retenção e recolhimento a menor que totaliza R\$1.393,20. Verifico que os valores foram extraídos do demonstrativo acostado aos autos (fl. 1019) e na decisão da JJF, após ajustes promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal. Mantenho os ajustes feitos.

Quanto à infração 15, a exigência tem os mesmos fundamentos: retenção e recolhimento a menor totaliza R\$3.237,12. Observa-se, também a mesma situação em relação ao mês de out/2008, pois mantenho o lançamento conforme a inicialmente e, não, a majoração realizada pelos autuantes, que promulgo nos termos do art. 146 do CTN já exposto. Assim, os valores extraídos do demonstrativo acostado aos autos (fl. 1020), após ajustes promovidos pelos Auditores,

responsáveis pela ação fiscal, mantendo a pertinência desses ajustes.

Nas reduções feitas para infração 9 que encontra fundamento nos Convênios ICMS 03/99 e 110/07 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos, importando a exigência de R\$2.273,55, fls. 1015/1016. Mantenho o valor da JJF.

Na infração 16 reduzida pela Junta Julgadora, vejo que tem os mesmos fundamentos: retenção e recolhimento a menor que totaliza R\$93,18. Destaco a JJF verificou que a soma (R\$58,09) indicada no demonstrativo acostado aos autos (fl.1020) não está correta, no entanto, ajustou e corrigiu o total conforme o valor indicado corretamente e promovidos pelos Auditores, no qual acompanho.

Por conseguinte, devem ser excluídos do levantamento fiscal, os valores contidos nos itens 3 e 12, com fundamento no Convênio ICMS 74/94, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, tendo em vista que a sua cláusula primeira elege como responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, nas operações interestaduais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, tão apenas o estabelecimento industrial ou importador, e não o contribuinte remetente, atacadista.

#### PROTOCOLO ICM 74/94

**Cláusula primeira** Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas no anexo deste Convênio fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subsequentes saídas, ou na entrada para uso ou consumo do destinatário.

Devem também ser excluídos, os valores exigidos na infração 10, fundada no Protocolo ICMS 26/04, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com rações para animais domésticos, cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS foi atribuída apenas ao contribuinte industrial ou importador.

#### PROTOCOLO ICM 26/04

**Cláusula primeira** Nas operações interestaduais com rações tipo “pet” para animais domésticos, classificadas na Posição 2309 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado - NBM/SH, praticadas entre contribuintes situados nos Estados signatários, fica atribuída ao contribuinte industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, relativo às operações subsequentes ou à entrada destinada a consumo do destinatário.

Assim, mantenho a improcedência das infrações 3, 10 e 12, conforme o entendimento de piso.

Posto isso, a exigência do ICMS-ST em face às infrações e nos termos das situações e fundamentos legais retro anunciadas resta caracterizada em parte, de acordo com o quadro resumo abaixo anunciado:

INF.	AUTO INFRAÇÃO	INF.FISCAL	JULGAMENTO	RESULTADO
1	77.225,36	63.831,84	20.635,90	PROC. PARCIAL
2	4.123,48	553,22	553,22	PROC. PARCIAL
3	61.416,09	29.787,49	0,00	IMPROCEDENTE
4	49.036,91	49.036,91	49.036,91	PROCEDENTE
5	493.828,10	102.965,27	102.965,27	PROC. PARCIAL
6	200,05	181,61	181,61	PROC. PARCIAL
7	13.358,77	13.327,07	729,47	PROC. PARCIAL
8	26.203,84	26.048,39	14.576,68	PROC. PARCIAL
9	2.300,20	2.273,55	2.273,55	PROC. PARCIAL
10	2.465,64	2.435,47	0,00	IMPROCEDENTE
11	20.202,18	4.030,15	3.432,80	PROC. PARCIAL
12	8.173,13	2.332,38	0,00	IMPROCEDENTE
13	2.527,01	1.288,04	1.288,04	PROC. PARCIAL

14	3.387,53	1.799,95	1.393,20	PROC. PARCIAL
15	6.554,27	3.533,15	3.237,12	PROC. PARCIAL
16	97,39	58,09	93,18	PROC. PARCIAL
17	556,83	556,83	556,83	PROCEDENTE
<b>TOTAL</b>	<b>771.656,78</b>	<b>304.039,41</b>	<b>200.953,78</b>	

Do exposto, entendo não merecer qualquer reparo à decisão de piso, assim NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª 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 206912.0061/12-9, lavrado contra **REDE BRASIL DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA. (GÓIAS ATACADO DISTRIBUIDOR)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento no valor de **R\$200.953,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões CONSEF, 25 de abril de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS