

A. I. Nº - 232400.0001/15-2
AUTUADO - GALINDO DISTRIBUIDORA E REPRESENTAÇÃO LTDA.
AUTUANTES - NILCEIA DE CASTRO LINO, SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO,
 JORGE CALMON MONIZ DE BITTENCOURT FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23/01/2019

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0187-03/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da unidade federada destinatária. Refeitos os cálculos pela autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. **c)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Os cálculos foram refeitos, mediante revisão efetuada pela autuante para excluir pagamentos comprovados, ficando reduzido o débito. Infrações subsistentes em parte. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/06/2015, refere-se à exigência de R\$791.129,93 de ICMS, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 08.15.02: Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de março de 2011 a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$11.375,78. Multa de 60%.

Infração 02 – 08.15.03: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$10.516,51. Multa de 60%.

Infração 03 – 08.15.01: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$769.237,64. Multa de 150%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 160 a 167 do PAF. Suscita preliminar de nulidade alegando que ao realizar verificação sobre as bases de cálculo da infração 01 constatou que, na quase totalidade dos casos arrolados, enquanto o defensor aplicou a Margem de Valor Adicionado (MVA) na determinação da base de cálculo do ICMS relativo à substituição tributária, o Fisco, equivocadamente, valeu-se do Preço Máximo ao Consumidor (PMC), obtendo com isso, resultado de maior expressão. Diz que este confronto de critérios praticamente explica os resíduos que foram objeto de cobrança no presente Auto de Infração.

Informa que semelhante análise foi feita sobre o ICMS-ST considerado pelos autuantes como não retido (infração 02). Diz que na verificação realizada, constatou cobrança indevida em quase sua

totalidade, afirmando que se trata de operações com produtos não incluídos no Convênio 76/94. Alega que para a determinação de parcela substancial do Auto de Infração, o Fisco desconsiderou o preço comercial praticado pelo contribuinte, preferindo utilizar, de forma indevida, o PMC, comparativamente maior.

Apresenta o entendimento de que, ainda que fosse devida a aplicação do PMC sobre as operações, o Fisco, ao se valer daquele Preço, não indicou de qual publicação retirou os valores utilizados, se da Câmara Reguladora de Mercado de Medicamentos – CMED, se do órgão público regulador – ANVISA, de órgão do consumidor, se de lista de fabricante, ou de catálogo de associação de fabricantes etc. Diz que essa informação, se prestada pelo Fisco, permitiria consulta que possibilitasse ao defensor conhecer para concordar ou se opor e embasar uma contestação.

Alega que em ambas as infrações (01 e 02), o Fisco, ao valer-se do PMC, fez constar no demonstrativo para cotejo, tal valor (do PMC) na mesma linha da base de cálculo com MVA ou os preços comercialmente praticados pelo defensor no atacado. Observa que estes últimos (com MVA ou preço comercial) constam valores que tanto podem ser unitários como totais e o critério utilizado pelo Fisco não está definido, enquanto os encontrados com aplicação do PMC resultaram claramente da multiplicação dos preços unitários pelas quantidades constantes nas NF-e indicadas no referido demonstrativo.

Afirma que não sendo informada ao contribuinte a fonte utilizada para determinar os preços PMC dos produtos, somada à incerteza quanto ao critério de que o Fisco lançou mão para a obtenção das bases de cálculo, torna litigioso o valor utilizado para a lavratura do Auto de Infração. Tais dúvidas vulneram o contribuinte em seu legítimo direito de defesa, assegurado no art. 123 do Código Tributário da Bahia, maculando de nulidade o procedimento fiscal, nos termos do art. 18, inciso II do RPAF/BA. Dessa forma, requer preliminarmente seja declarada a nulidade do presente Auto de Infração.

Se a decisão desta Junta de Julgamento Fiscal for pelo não acolhimento do pedido de nulidade, o defensor pugna pela improcedência da autuação fiscal, pelas razões que se seguem e os argumentos alocados para cada infração.

Incialmente, observa que é estabelecido no Estado da Pernambuco, atuando comercialmente como atacadista de produtos farmacêuticos, praticando operações de compra e revenda de produtos farmacêuticos, regidas no Estado da Pernambuco pelo Decreto nº 28.547/2005. Afirma que embora não seja industrial fabricante, nem importador dos produtos, a partir do referido Decreto/PE 28.247/2005, por dispositivo específico, foi deferido ao defensor, mediante credenciamento, a condição especial de contribuinte substituto e responsável tributário pela retenção e recolhimento do ICMS antecipado nas saídas dos medicamentos relacionados nos citados Convênio e Decreto, mantida inalterada a sua natureza de estabelecimento comercial atacadista.

Quanto à infração 01, alega que, por atuar na condição de estabelecimento comercial atacadista, para a definição da base de cálculo de suas operações, não segue as fórmulas previstas no “caput” da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, por entender que estas são aplicáveis, exclusivamente, às transações efetuadas por industrial fabricante ou importador dos produtos farmacêuticos. Ressalta que, dada a sua natureza comercial, nas suas operações com substituição tributária, as bases de cálculo são estabelecidas com aplicação de MVA.

Afirma que operando como estabelecimento comercial atacadista, não se enquadrando nas condições de industrial ou importador, a base tributável de suas operações é estipulada no § 4º c/c o § 1º, ambos da referida Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94, tendo sido o critério praticamente correspondido no art. 4º, inciso II do Decreto/PE nº 28.247/2005, não se cogitando nos dispositivos legais de ambas as normativas (Convênio e Decreto), para tais casos, sobre a adução do PMC.

Se a SEFAZ da Bahia por norma interna exige a aplicação do PMC para as bases de cálculo do ICMS por substituição tributária nos produtos farmacêuticos adentrados no Estado por aquisições estaduais, alega que as diferenças acaso resultantes não podem ser exigidas do vendedor atacadista de Pernambuco, cabendo ao Fisco/BA solucioná-las junto aos adquirentes, conforme se interpreta do § 3º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94 e o art. 10, § 3º da Lei 7.014/96, que transcreveu.

Assegura que a fórmula praticada pela empresa para definir as bases de cálculo do ICMS/Substituição na suas transações com adquirentes localizados no Estado da Bahia, envolvendo os medicamentos incluídos nos anexos do Convênio e Decreto, foi aquela que contempla o critério legalmente estabelecido que é a aplicação da MVA, enquanto o Fisco/BA, divergindo e incorretamente aplicando o PMC para determinar o ICMS total, no confronto, apurou excedentes indevidos do ICMS decorrente da substituição tributária, ora exigido via Auto de Infração.

Sobre a infração 02, alega que a exigência fiscal é improcedente porque, baseando sua autuação exclusivamente nas operações com os produtos relacionados no Anexo 1 do Convênio 76/94, o Fisco/BA não poderia alargar abrangência do documento para alcançar a tributação relativa à substituição tributária às operações com produtos farmacêuticos não incluídos no referido Anexo 1, isto por força das Normas Gerais de Direito Tributário contidas no Código Tributário Nacional – CTN, em especial ao art. 108.

Em relação à infração 03, afirma que os pagamentos exigidos através das Guias Nacionais de Recolhimentos de Tributos Estaduais (GNRE) foram providenciados ao tempo adequado, de acordo com as quitações expedidas pelos estabelecimentos bancários onde foram efetivados os referidos pagamentos.

Informa que anexa à defesa relatório contendo informações sobre os recolhimentos correspondentes a cada Nota Fiscal (NF-e), indicando data de pagamento, valor, banco, agência e conta, número da GNRE, código de barra e número da autenticação. Diz que tais caracteres foram extraídos dos comprovantes bancários. Ressalta que o grande volume da documentação que serviu de suporte à elaboração dos relatórios juntados à defesa, impediu que fossem encontrados todos os comprovantes de recolhimento, ficando a empresa na dependência de informações a serem fornecidas pelas instituições financeiras onde foram efetuados os recolhimentos.

Diz que optou por apresentar os relatórios em forma de planilha, demonstrando que já tem comprovante e o que está em processo de localização, mantendo os documentos correspondentes arquivados e devidamente numerados, à disposição do Fisco/BA, no endereço do defendant, ou onde for exigida a sua apresentação, para as diligências e verificações julgadas necessárias à comprovação do alegado, além de dar continuidade ao trabalho de pesquisa dos documentos arquivados enquanto aguarda as respostas dos bancos recebedores dos recolhimentos que comprovarão a não existência da diferença apontada.

Assegura que embora o débito tenha sido plenamente satisfeito para com o Estado da Bahia, a ausência de informações no Sistema da SEFAZ/BA decorreu de um erro no preenchimento da GNRE, consignando a empresa adquirente na Bahia como emitente, ao invés de fazer constar a Galdino Distribuidora de Pernambuco, o que provocou a identificação equivocada da pessoa jurídica responsável, permitindo que o valor pago pelo defendant fosse apropriado nos registros fazendários à empresa adquirente na Bahia, e o compromisso da substituição tributária permanecesse “em aberto”, expondo contra o defendant um passivo tributário comprovadamente inexistente à vista da documentação já oferecida, e que servirá de prova para correção dos registros na SEFAZ/BA, eliminando-se o débito que serviu de base à lavratura do Auto de Infração.

Salienta que nos anos considerados pelo Fisco/BA (2011 a 2014) para a lavratura do Auto de Infração, nenhuma mercadoria foi retida nos Postos Fiscais, sob a alegação de falta de recolhimento, comprovando-se que houve entrega efetiva dos produtos adquiridos por empresas

do Estado da Bahia, as quais recebiam cópia da GNRE grampeada à Nota Fiscal correspondente à mercadoria adquirida e nunca notaram o equívoco cometido na emissão da Guia de Recolhimento.

Entende que o Fisco/BA não mais poderá exigir do defendantas importâncias que foram retidas a título de ICMS/Substituição, porque ficou comprovado não existir débito a saldar, relativamente ao ICMS/Substituição, uma vez que os valores retidos foram recolhidos, nos moldes da legislação fiscal de regência. Houve apenas um erro formal, ou seja, identificou na GNRE um sujeito passivo que não estava nessa condição, mas o sujeito ativo da obrigação tributária, no caso o Estado da Bahia.

Frisa que não se pode deixar de reconhecer que a ocorrência desse erro exigirá do Fisco/BA consulta ao sistema para localizar os pagamentos e alocá-los no seu devido lugar. A persistir a exigência, não considerando os recolhimentos efetuados, equivale a intentar apropriar ao patrimônio do Estado da Bahia haveres que não lhe são devidos, gerando enriquecimento sem causa capitulado no art. 884 do Código Civil e, ainda, o indébito tributário mencionado no art. 165 do CTN.

Por fim, requer seja preliminarmente apreciada e declarada a nulidade do Auto de Infração, em razão da obscuridade dos cálculos da base tributável. Não se decidindo pela declaração de nulidade solicitada, pleiteia o defendantasejam acolhidas as razões de defesa, reconsiderando as apurações relativas às infrações 01, 02 e 03.

Também requer lhe faculte apresentar os documentos que lhe sejam exigidos, em tempo oportuno. Pede a realização de perícias e diligências e que lhe seja permitido provar seus argumentos por todos os meios em direito admitidos.

A autuante Nilcéia de Castro Lino presta informação fiscal às fls. 182 a 186 dos autos. Quanto à preliminar de nulidade esclarece que o presente Auto de Infração foi lavrado seguindo as normas do Convênio ICMS 81/93, do Convênio ICMS nº 76/94 e da legislação do Estado da Bahia, Lei 7.014/96 e RICMS-BA/97. Diz que a base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária está definida no Caput da Cláusula Segunda do Convênio 76/94, que reproduziu. A utilização de Margem de Valor Agregado – MVA, se dá apenas na falta desse valor, conforme definido no §1º da mesma Cláusula Segunda.

Informa que os valores de PMC utilizados no cálculo do ICMS ST devido foram publicados na Revista ABC FARMA. O PMC é elaborado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), que publica mensalmente uma tabela com os valores de PMC para cada medicamento, a qual é divulgada pela Revista ABC FARMA.

Quanto aos critérios para obtenção das bases de cálculo, informa que o DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS ST RETIDO A MENOS (fls. 19 a 84) e o DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS NÃO RETIDO (fls. 85 a 148) trazem informações de cada Nota Fiscal, item a item, com as alíquotas, quantidades, valor do produto, valor do PMC ou MVA, conforme o caso, a BC ST calculada e reduzida, o ICMS ST encontrado e o tipo de cálculo (se foi utilizado PMC ou MVA). Nele consta, detalhadamente, passo a passo, por coluna, todas as etapas do cálculo do ICMS antecipação devida. Constam ainda, informações de ano, mês e dia, número da nota fiscal, código do produto, CNPJ e nome da empresa fornecedora, UF de origem, alíquota interna e de origem. Entende que tais demonstrativos apresentam todas as informações necessárias para a clareza e fácil compreensão dos cálculos utilizados para a obtenção do resultado. Cada NF traz os itens, separadamente, por linhas, e os valores dos cálculos intermediários.

Quanto à infração 01, reitera que o presente Auto de infração foi lavrado seguindo a legislação tributária aplicável. Diz que a base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária está definida no Caput da Cláusula Segunda do Convênio 76/94 e os valores de PMC utilizados são publicados na Revista ABC FARMA.

Em relação à infração 02, verificou que foram incluídos alguns produtos classificados na posição NCM/SH 1302.2101, 2103, 2106, 2847, 2901, 2939 e 9021, os quais não estão relacionados no Anexo 1 do Convênio 76/94 nem no item 32 do Anexo 1 previsto no art. 289 do RICMS-BA. Informa que fez a exclusão desses itens que impactaram na redução do *quantum* devido também na infração 01, anexando novos demonstrativos de apuração e novo demonstrativo de débito. Após a exclusão dos itens referidos o valor reclamado foi alterado para R\$5.423,83.

Quanto à infração 03, admitindo que houve erro no preenchimento da GNRE, diz que o impugnante anexou aos autos relatório com as informações sobre os recolhimentos de cada Nota Fiscal. Analisando a planilha apresentada, concluiu que esta não constitui prova de quitação do imposto pelo impugnante. Mesmo os recolhimentos que puderam ser localizados não foram apropriados em nome da Galdino Distribuidora e Representação Ltda., mas de terceiros, enquanto a empresa autuada encontra-se omisa de recolhimento perante o Estado da Bahia. Diz que o sistema de arrecadação da SEFAZ não identifica o CNPJ de quem realizou o pagamento do tributo, mas apenas aquele para o qual a receita foi contabilizada, presumindo que ele próprio é o autor da quitação e detentor do direito de solicitar restituição do imposto.

Entende que esse erro deverá ser sanado e, para tanto, o autuado deverá apresentar declaração da empresa beneficiária, confirmando o recolhimento indevido. Diz que, nesse sentido, a Diretoria de Arrecadação e Controle (DARC) expediu orientação técnica (OTE) 1003, revisada em 14/06/2010, cujo item 5.b.2 dispõe acerca do procedimento a ser adotado na hipótese de erro no preenchimento dos campos relativos à identificação do beneficiário do recolhimento.

Finaliza, confirmando as alterações efetuadas para excluir os itens reclamados pelo defendant e ressaltando que as alegações defensivas não foram suficientes para elidir a exigência da infração 03, permanecendo o valor exigido no presente Auto de Infração. Anexa novo demonstrativo de débito e novos demonstrativos de apuração referentes aos períodos em que foram efetuadas as alterações. Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor total de R\$785.930,17.

O defendant foi intimado com o encaminhamento de cópias da informação fiscal e respectivos demonstrativos, e se manifestou às fls. 260 a 262. Informa que a argüição de nulidade apresentada nas razões de defesa baseou-se no fato de que o Fisco não indicou a publicação/fonte dos Preços Máximos a Consumidor (PMC) aplicados na apuração do imposto para as infrações 01 e 02, e também não ter indicado a fórmula de cálculo para os valores exigidos, indefinições que prejudicaram a defesa.

Diz que somente agora, na informação fiscal, a autuante indicou a publicação ABC FARMA onde os preços utilizados no Auto de Infração estão catalogados. Entende que esta indicação valida os argumentos defensivos de que eles não estavam informados inicialmente, bem como, não esclarece se o valor obtido pela MVA para o cotejo com os cálculos pelo PMC é unitário ou resulta de uma multiplicação pelas quantidades. Dessa forma, ratifica o pedido de nulidade feito na impugnação inicial e, caso entenda este Órgão Julgador pelo não acatamento do pleito, que seja reaberto o prazo de defesa.

Quanto à infração 01 o defendant se opõe ao cálculo pelo Fisco utilizando PMC, entendendo que este é aplicável somente nas saídas de contribuinte substituto quando industrial fabricante ou importador. Sendo o autuado comerciante atacadista, entende que por definição e enquadramento da atividade, está excluído de praticar preços pelo PMC, sendo a MVA o único critério válido para obtenção da base de cálculo nas operações com produtos arrolados no Convênio ICMS 76/94.

Ressalta que, na informação fiscal, a autuante afirmou o PMC para as operações em questão, porém, o fez sem atentar para a natureza da atividade do autuado, de comerciante atacadista que, não sendo industrial nem importador, o critério de preço se dá pela MVA. Como a aplicação do PMC equivocada, no entender do defendant, para a apuração do ICMS ST, conduziu a excedentes indevidos do imposto, e o autuado reitera o pedido de improcedência dos valores cobrados neste item do Auto de Infração.

Sobre a infração 02, diz que contestou a inclusão de ICMS ST sobre operações com produtos não relacionados no Convênio ICMS 76/94. Na informação fiscal a autuante acatou o argumento de improcedência e retirou as cobranças indevidas, recalculando os valores autuados.

Em relação à infração 03, assegura que efetuou os recolhimentos do ICMS ST devido, suportando o ônus financeiro da tributação, porém, ao extrair as GNREs, em vez de recolher em nome da Galdino Distribuidora e Representação, Inscrição Estadual/BA 116.966.326, o fez consignando os nomes e as inscrições dos adquirentes, isto comprovado em relatório gravado em CD-R anexado à defesa, constando as NF-e e correspondentes GNREs.

Afirma que a identificação equivocada da pessoa jurídica nas GNREs/ICMS-ST distorceu a apropriação dos recolhimentos, contabilizados estes indevidamente aos adquirentes substituídos, deixando valores em aberto na conta do autuado, como substituto tributário, embora por ele quitados.

Diz que na informação fiscal, a autuante admite que houve o equívoco explanado nas razões de defesa, porém, recusa o relatório como prova de quitação do ICMS ST, afirmando que não se trata de meio válido.

Quanto à informação da autuante de que deve ser observada a Orientação Técnica/DARC nº 1003, o defendente afirma que se dispõe a atender as exigências propostas para ajustar os registros da SEFAZ/BA e sanar as irregularidades registradas em seu cadastro, porém, dado o número de adquirentes a contatar e o volume de documentos a examinar, diz que a tarefa demanda tempo considerável.

O defendente requer sejam desconstituídos os créditos tributários face às informações de recolhimentos via GNREs, constantes no Relatório CD-R acostado à defesa, pedindo considerar quitados os débitos acusados na infração 03.

Caso este Órgão Julgador entenda serem indispensáveis as exigências formuladas na informação fiscal quanto à apresentação de outros documentos que possam levar à apropriação correta dos recolhimentos, em especial no que se refere à infração 03, requer lhe seja concedido prazo razoável para obtenção de declarações de cada adquirente, nos termos da orientação contida na informação fiscal.

Às fls. 316/317 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para as seguintes providências:

A) Pela REPARTIÇÃO FISCAL:

1. Intimasse o autuado, reabrindo o prazo de defesa, de sessenta dias, em razão da informação fiscal quanto à utilização da publicação ABC FARMA na apuração da base de cálculo referente às infrações 01 e 02.
2. Constasse na intimação a informação de que, no prazo concedido, o autuado deveria adotar os procedimentos citados pela autuante em relação ao alegado erro no preenchimento dos campos relativos à identificação do beneficiário do recolhimento das GNREs.

B) Pela AUTUANTE:

Se apresentadas novas alegações defensivas e comprovantes de recolhimento do imposto relativos à infração 03, prestasse nova informação fiscal, refazendo os demonstrativos, excluindo os valores comprovados.

Em nova manifestação às fls. 319 a 332, o defendente informou que os valores correspondentes às infrações 01 e 02 foram reconhecidos e pagos através do Banco do Brasil, Agência 3433-9, Conta 5.297-3, no valor de R\$18.939,55. Diz que está levantando os comprovantes dos pagamentos efetuados na conta corrente, relativos a pagamentos de GNRE nas vendas a contribuintes da Bahia.

Solicita prazo em relação aos anos de 2012 a 2014, já que anexou aos autos comprovação de pagamentos efetuados referentes ao ano de 2011, e informa os DANFES que apresentam diferenças a recolher, também reconhecendo valores do imposto não retido de contribuinte da Bahia, conforme relação que elaborou às fls. 322 a 326.

Pede que seja realizada diligência junto ao banco de dados desta SEFAZ para identificar todos os créditos na conta corrente da SEFAZ/BA oriundos de conta corrente, afirmando que os depósitos foram efetuados através de transferência bancária e foram creditados na c/c da Fazenda Estadual da Bahia. Elabora relação de Notas Fiscais emitidas de janeiro de 2012 a dezembro de 2014, indicando os nomes de cada cliente, CNPJ e Inscrição Estadual.

A autuante Nilcélia de Castro Lino prestou “Segunda Informação Fiscal” às fls. 15.518 a 15.521, ressaltando que o defensor reconhece as infrações 01 e 02, informando ter efetuado o respectivo recolhimento em 18/12/2015, conforme comprovante de recolhimento às fls. 334 a 336. Diz que ao acatar os valores cobrados nas referidas infrações, o autuado reconheceu também que os PMCs utilizados pela fiscalização foram corretos. Dessa forma, acredita ter cessado o motivo para nova defesa.

Quanto à infração 03, diz que o defensor reconhece que não foi retido o ICMS ST das vendas especificadas na tabela à fl. 326, no valor de R\$843,83 e que houve erro no cálculo do ICMS ST retido, gerando uma diferença no valor de R\$5,46, conforme tabela à fl. 321. Faz uma síntese das alegações defensivas e esclarece que na primeira informação fiscal argumentou que os recolhimentos que foram localizados não foram apropriados em nome da empresa autuada, mas de terceiros.

Diz que esse erro deveria ser sanado mediante apresentação pelo defensor de declaração da empresa beneficiada, confirmado o recolhimento indevido. Cita a Orientação Técnica 1003, revisada em 14/06/2010, expedida pela Diretoria de Arrecadação e Controle (DARC). Afirma que apesar de toda explicação dada, o autuado não cumpriu a Orientação Técnica da DARC, e não apresentou qualquer declaração relativa a qualquer destinatário, tendo apresentado para o exercício de 2011, solicitando que a própria SEFAZ realizasse a busca referente aos anos de 2012 a 2014.

Cita Decisão do CONSEF por meio do Acórdão JJF Nº 0133-02/15, transcrevendo a ementa, e informa que em relação ao pedido apresentado pelo defensor para efetuar levantamento dos destinatários no período fiscalizado, diz que efetuou batimento utilizando dados de arrecadação do INC entre todos os Contribuintes arrolados pelo autuado e os identificou no processo fiscalizatório, tendo comprovado que grande parte dos valores foi efetivamente recolhida.

Informa que elaborou demonstrativo para efeito de se conhecer o *quantum* devido, caso a defesa tivesse oferecido todos os documentos exigidos no curso deste processo. Solicita que seja utilizado o Demonstrativo de Débito às fls. 187 a 190, perfazendo um valor total devido a título de ICMS ST de R\$785.930,71.

O defensor foi intimado e se manifestou às fls. 15.543/15.544, requerendo a concessão do prazo de 90 dias para os diversos clientes apresentarem suas declarações e possibilitar fazer uma auditoria nos DANFES contidos no relatório da intimação, e que sejam acatadas as declarações dos clientes enviadas eletronicamente.

Em nova manifestação às fls. 15.553 a 15.556, o defensor solicitou a concessão do prazo de mais sessenta dias para auditar os DANFES contidos nas fls. 15.522 a 15.531 do relatório da Segunda Informação Fiscal. Pede a declaração de nulidade do auto de infração e, consequentemente, inexigibilidade de juros e multa, alegando que na auditoria realizada constatou que valores cobrados foram efetivamente recolhidos, conforme descrito no relatório da Segunda Informação Fiscal.

Acatado o pedido, o defensor foi intimado quanto ao estabelecimento de prazo improrrogável para apresentação de todos os documentos, tendo se manifestado às fls. 15.571 a 15.619,

requerendo que, após análise dos documentos apresentados, esta SEFAZ apure o valor devido possibilitando o encerramento deste PAF.

Afirma ter comprovado que grande parte dos valores cobrados foi efetivamente recolhida e que só não localizou recolhimentos no valor total de R\$23.999,05, relacionando nas fls. 15.522 a 15.531 as notas fiscais que não foram localizados os pagamentos. Diz que elaborou planilha às fls. 15.572 a 15.592, também enviada eletronicamente, indicando o que não foi retido, não recolhido e pago.

Informa que anexou aos autos cópias de notas fiscais devolvidas que por não ter obrigatoriedade de recolhimento do ICMS ST não constam nas declarações dos clientes. Pede que seja acatado o pedido preliminar, especialmente a notificação do grupo Walmart para declarar/justificar a esta SEFAZ que das compras efetuadas no estabelecimento autuado de 2011 a 2014, em relação ao ICMS ST.

Informa os valores que reconhece como devidos e pede a declaração de nulidade de parte do auto de infração e a consequente inexigibilidade de juros e multa, alegando que a fiscalização constatou que os valores cobrados foram efetivamente recolhidos, conforme relatório constante na segunda informação fiscal.

A autuante Nilcéia de Castro Lino prestou “Terceira Informação Fiscal” às fls. 17.955 a 17.959, dizendo que o autuado apresentou nova manifestação e Aditamento da Defesa às fls. 15.570 a 17.952 com o objetivo de comprovar que o débito exigido neste Auto de Infração encontra-se parcialmente liquidado.

Informa que foi atendido o previsto na Orientação Técnica 1003 expedida pela Diretoria de Arrecadação e Controle – DARC, apresentando declarações das empresas beneficiadas as quais confirmam que o recolhimento do ICMS ST foi efetuado e pago pela Galindo Distribuidora e Representação Ltda. através de GNRE, fls. 15.595 a 15612. Considera encerrada a presunção de que os Contribuintes adquirentes sejam detentores de direito ao crédito e de solicitar restituição desse imposto.

Diz que o defensor comprovou que em relação ao valor apurado no Novo Demonstrativo de Débito da Fiscalização, no valor de R\$23.999,75 realizou o pagamento no valor de R\$9.545,11, referentes ao ICMS ST Retido e Recolhido em nome dos adquirentes, conforme fls. 15.673 a 15.778. Do valor exigido, no total de R\$6.243,24 comprova o pagamento de R\$5.723,46, gerando uma diferença a menos no valor de R\$519,38 (fls. 15.782 a 15.959). R\$3.104,32 referem-se à devolução de mercadorias, fls. 15.960 a 17.406, não sendo devido a exigência de ICMS ST. R\$2.242,41 referem-se ao ICMS ST não retido, fl. 62, fls. 17407 a 17748. Não restou comprovado o recolhimento, sendo acolhido pelo defensor o ICMS ST retido e não recolhido no valor de R\$2.864,67, conforme planilha elaborada à fl. 17958.

Também informa que constatou que o autuado, tendo emitido Notas Fiscais com retenção de ICMS ST cujo recolhimento não foi devidamente apropriado ao seu CNPJ, sendo apropriado no CNPJ dos adquirentes, em razão de erro na emissão das GNREs, adotou providências para elucidar a situação, comprovando não ser devedor do montante cobrado.

Diz que foi constatado, ainda, que o Sistema utilizado para fazer a fiscalização AUDIT fez uma apropriação inadequada do valor do ICMS Normal de algumas notas fiscais como se fosse ICMS ST RETIDO, no valor de R\$2.242,41, que o autuado assume como devido, mas essa cobrança não merece prosperar.

Esclarece que, o total de R\$3.104,32 exigido, refere-se à Devolução de Mercadorias, devendo ser excluído do *quantum* devido, uma vez que ficou comprovada a natureza da operação. Diz que o defensor comprovou o recolhimento de R\$5.723,46 de um total exigido de R\$6.243,24, resultando numa diferença a menos de R\$519,38 (Demonstrativo às fls. 17961/17962).

Informa que fica mantida a exigência do crédito tributário no valor de R\$2.864,67 referente às Notas Fiscais que tiveram o ICMS ST retido e não recolhido (Demonstrativo à fl. 17960), conforme

apurado no Auto de Infração e acolhido pelo Contribuinte que, somado à diferença de R\$519,38, apontado no item anterior, resulta num total devido de R\$3.384,05.

Finaliza pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração, solicitando que seja utilizado o demonstrativo de débito às fls. 187 a 190, perfazendo um valor total devido a título de ICMS ST de R\$20.077,11 (fls. 17963/17965), submetendo esse entendimento ao julgamento deste CONSEF.

Conforme intimação e respectivo Aviso de Recebimento às fls. 17.967/17.968, o defendantee recebeu cópia da 3^a informação fiscal, sendo concedido o prazo de dez dias para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, não houve qualquer manifestação.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando que o Fisco não indicou a publicação/fonte dos Preços Máximos a Consumidor (PMC), aplicados na apuração do imposto para as infrações 01 e 02, e também não indicou a fórmula de cálculo para os valores exigidos, indefinições que prejudicaram a defesa.

Conforme estabelece o § 1º, do art. 18 do RPAF/BA, “*as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo*”. Quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata, ao sujeito passivo, quanto à mencionada correção.

No presente processo foram realizadas diligências saneadoras, e por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, houve reabertura do prazo de defesa, com o fornecimento de cópias dos novos elementos acostados aos autos.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, a infração 01 trata de retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de março de 2011 a dezembro de 2014.

Infração 02: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2014.

Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da unidade federada destinatária.

Quanto às infrações 01 e 02, o defendantee contestou a base de cálculo do imposto apurado pela fiscalização, e alegou que somente após a informação fiscal, a autuante indicou a publicação ABC FARMA, onde os preços utilizados no Auto de Infração estão catalogados, e que a autuante não esclareceu se o valor obtido pela MVA para o cotejo com os cálculos pelo PMC, é unitário ou resulta de uma multiplicação pelas quantidades.

Embora tenha apresentado contestações à formação da base de cálculo do imposto exigido, na manifestação de fls. 319 a 332, o defendant informou que os valores correspondentes às infrações 01 e 02 foram reconhecidos e pagos através do Banco do Brasil, Agência 3433-9, Conta 5.297-3, no valor de R\$18.939,55.

A autuante Nilcéia de Castro Lino, na “Segunda Informação Fiscal” confirma que o defendant reconheceu os novos valores apurados para as infrações 01 e 02, informando que o comprovante de recolhimento encontra-se às fls. 334 a 336. Afirmou que ao acatar os valores cobrados nas referidas infrações, o autuado reconheceu que os PMCs utilizados pela fiscalização foram corretos.

Observo que após o refazimento dos cálculos pela autuante para excluir valores considerados indevidos, o defendant acatou os novos débitos e não apresentou qualquer contestação, cessando a lide. Acato os novos valores apurados pela autuante e conluso pela subsistência parcial das infrações 01 e 02, de acordo com o demonstrativo de débito às fls. 187/189 e 17963/17965.

Infração 03: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2014.

O defendant alegou que embora tenha recolhido o imposto para com o Estado da Bahia, a ausência de informações no Sistema da SEFAZ/BA, decorreu de um erro no preenchimento da GNRE, consignando a empresa adquirente na Bahia como emitente, ao invés de fazer constar a Galdino Distribuidora de Pernambuco, o que provocou a identificação equivocada da pessoa jurídica responsável, permitindo que o valor pago pelo defendant fosse apropriado nos registros fazendários à empresa adquirente na Bahia, e o compromisso da substituição tributária permanecesse “em aberto”.

Em atendimento à diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, a autuante apurou que o débito exigido encontra-se parcialmente liquidado. Foi atendido o previsto na Orientação Técnica 1003 expedida pela Diretoria de Arrecadação e Controle – DARC, apresentando declarações das empresas beneficiadas, as quais confirmam que o recolhimento do ICMS ST foi efetuado e pago pela Galindo Distribuidora e Representação Ltda., através de GNRE, fls. 15.595 a 15.612, por isso, considera encerrada a presunção de que os Contribuintes adquirentes sejam detentores de direito ao crédito e de solicitar restituição desse imposto.

A conclusão é no sentido de que não restou comprovado o recolhimento do ICMS ST retido no valor de R\$2.864,67, conforme planilha elaborada à fl. 17.958, e que o defendant efetuou o recolhimento de R\$5.723,46 de um total exigido de R\$6.243,24, resultando numa diferença a menos de R\$519,38 (Demonstrativo às fls. 17961/17962). Portanto, foi mantida a exigência do crédito tributário no valor de R\$2.864,67, referente às Notas Fiscais que tiveram o ICMS ST retido e não recolhido (Demonstrativo à fl. 17960), e a diferença de R\$519,38, resultando num total devido de R\$3.384,05.

Vale ressaltar, que o defendant foi intimado quanto ao resultado da mencionada diligência fiscal, sendo concedido prazo para a sua contestação (fls. 1967/1968), mas não foi apresentada qualquer manifestação.

Acato as conclusões apresentadas pela autuante pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$3.384,02, conforme demonstrativo à fl. 17965.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$20.077,11, de acordo com o demonstrativo de débito às fls. 17963/17965, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232400.0001/15-2, lavrado contra **GALINDO DISTRIBUIDORA E REPRESENTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.077,14**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.693,12, e 150% sobre R\$3.384,02, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2018

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA