

PROCESSO - A. I. Nº 232400.0001/15-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GALINDO DISTRIBUIDORA E REPRESENTAÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0187-03/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0221-12/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. Comprovado nos autos que na apuração do imposto exigido foram aplicadas incorretamente MVAs. Refeitos os cálculos originais que implicou na redução do débito. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Excluídos, da autuação, os valores relativos a mercadorias não enquadrados no regime de substituição tributária. Reduzido o débito. **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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida que desonerou parte dos valores exigidos no Auto de Infração totalizando R\$791.129,93, lavrado em 15/06/2015, exigindo ICMS em decorrência de três infrações:

1. *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 (2011 a 2014) - R\$11.375,78. Multa de 60%.*
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 contribuintes localizados no Estado da Bahia (2011 a 2014) - R\$10.516,51. Multa de 60%.*
3. *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 (2011 a 2014) - R\$769.237,64. Multa de 150%.*

Na Decisão proferida (fls. 17.979 a 17.989), inicialmente foram rejeitadas as preliminares de nulidades suscitadas sob o argumento de falta de publicação/fonte dos Preços Máximos a Consumidor (PMC), aplicados na apuração do imposto, tendo em vista que foram realizadas diligências saneadoras e reaberto o prazo de defesa nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/BA, inexistindo outros motivos de nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal.

Quanto as infrações 1 e 2, ressaltou que acusam retenção a menos e falta de retenção do ICMS, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (2011 a 2014) em operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária entre Estados signatários de convênio ou protocolo que prevê a retenção do imposto atribuída ao remetente e recolhimento em favor da unidade federada destinatária. No mérito apreciou que:

Quanto às infrações 01 e 02, o defendente 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 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.

A autuante Nilcéia de Castro Lino, na “Segunda Informação Fiscal” confirma que o defendente 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.

Observe que após o refazimento dos cálculos pela autuante para excluir valores considerados indevidos, o defendente acatou os novos débitos e não apresentou qualquer contestação, cessando a lide. Acato os novos valores apurados pela autuante e concluo 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 subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2014.

O defendente 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 defendente 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 defendente 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 defendente 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.

A 3ª JJF recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/BA.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF face a desoneração promovida no julgamento do Auto de Infração que acusa a empresa de retenção a menor (infrações 1 e 2) e de falta de retenção de ICMS (infração 3) previsto no Convênio ICMS 76/94.

Com relação à infração 1, o autuado alegou que, na apuração da base de cálculo, em alguns casos, foi aplicado o PMC ao invés de adicionar a MVA (fl. 164). Na informação fiscal, as autuantes reconheceram os equívocos, refizeram o demonstrativo original, reduzindo o débito de R\$11.375,78 para R\$11.269,26 conforme demonstrativo de fls. 187/188, que foi reconhecido e pago pelo autuado (fl. 335).

Portanto, restou comprovado que o ICMS-ST exigido continha pequenos erros na apuração do imposto, que foi reconhecido pela fiscalização e correta a Decisão ora recorrida. Fica mantida a Decisão pela Procedência em Parte da infração 1.

No tocante à infração 2, o autuado alegou que foi incluído no levantamento fiscal produtos com NCM/SH 1302.2101, 2103, 2106, 2847, 2901, 2939 e 9021, que não são enquadrados no regime de ST.

Na informação fiscal, as autuantes reconheceram o equívoco e refizeram o demonstrativo original, o que foi acolhido na decisão recorrida.

Constato que no demonstrativo original foram incluídos diversos produtos que não se enquadram no regime de substituição tributária, a exemplo o mês de janeiro/2011 que foi incluído no levantamento fiscal o produto Alcachofra com a NCM 1302 (fls. 85 e 86/verso) que não está relacionada no Anexo 1 do Convênio ICMS 76/94, nem no item 32 do Anexo 1 do art. 289 do RICMS-

BA.

Por sua vez, a fiscalização, no demonstrativo refeito acostado à fl. 233, fez a exclusão dos valores relativos a este produto (Alcachofra), bem como de outros produtos que o autuado apontou não estarem enquadrados no regime de ST.

Pelo exposto, constato que a redução do débito decorreu da exigência indevida de ICMS-ST relativo a produtos não enquadrados na ST, sendo a decisão recorrida que implicou na redução do débito de R\$10.516,51 para R\$5.423,83. Fica mantida a Procedência em Parte da infração 2.

Quanto à infração 3, que acusa falta de recolhimento do ICMS retido, o autuado alegou, na sua defesa, que os valores exigidos decorreram de erro no preenchimento da GNRE, nas quais fez contar o nome da empresa adquirente na Bahia ao invés da Galdino Distribuidora.

Em atendimento à diligência fiscal determinada pela 5ª JJF, as autuantes confirmaram o erro alegado, refizeram o demonstrativo original, cujo resultado foi acatado na Decisão ora recorrida.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que, diante da alegação defensiva (erro de preenchimento da GNRE), a 3ª JJF determinou a realização da diligência fiscal (fls. 316/317) para que fosse intimada a empresa para apresentar os comprovantes de recolhimento do ICMS retido.

Em atendimento à intimação promovida pela fiscalização:

- a) A empresa juntou ao processo vinte caixas de notas fiscais, demonstrativos e GNREs, com as apurações mensais acostando os comprovantes de recolhimento do ICMS-ST;
- b) Após análise, as autuantes confirmaram que a maior parte dos valores exigidos foram recolhidos, tendo constado que na GNRE foi indicado o destinatário da mercadoria situado no Estado da Bahia ao invés do estabelecimento autuado - Galindo Distribuidora de Pernambuco (GNRE, fls. 15.595 a 15.612);
- c) Deduziram os valores que foram comprovados dos pagamentos o que resultou no demonstrativo refeito de fls. 17.960 a 17.965, com redução do débito da infração 3 para R\$3.384,02, valor este que foi acolhido na Decisão prolatada pela 3ª JJF.

Concluo que, embora a fiscalização tenha lançado o crédito tributário corretamente, diante da falta de comprovação do pagamento do ICMS-ST retido por parte do estabelecimento autuado, depois das medidas saneadoras do processo, com a participação do contribuinte autuado, restou comprovado que a quase totalidade dos valores exigidos, foram efetivamente recolhidos aos cofres do Tesouro do Estado da Bahia.

Não merece qualquer reparo a Decisão exarada pela 3ª JJF, pela Procedência em Parte da infração 3, com redução do débito de R\$769.679,64 para R\$3.384,02.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão unânime **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232400.0001/15-2**, lavrado contra **GALINDO DISTRIBUIDORA E REPRESENTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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, alíneas “e” e V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS