

A. I. N° - 281066.0010/20-7
AUTUADO - LOJAS AMERICANAS S.A.
AUTUANTES - VERA LÚCIA ANDION CORTIZO e FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/09/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0139-04/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUÍNTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. O autuado é sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do imposto exigido, nos termos do Convênio ICMS n° 76/94 e Cláusula oitava do Convênio 81/93, combinado com os Arts. art. 289 e 295 do RICMS/BA. Não acolhidos os argumentos de ilegitimidade passiva e de que o imposto fora lançado sobre operações já pagas. Indeferido o pedido de diligência e/ou de perícia fiscal. Ausência de provas consistentes da ocorrência dos ditos pagamentos realizados. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente, de Auto de Infração expedido em 02/12/2020, para reclamar crédito tributário no montante de R\$41.640,20, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei n° 7.014/96, relativamente ao período de janeiro a dezembro/2017, em face da seguinte acusação: *“Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Deixou de efetuar a retenção nas vendas de mercadorias constantes nas notas fiscais do Anexo 01.1, sendo esta retenção prevista no Convênio 76/94”*.

O autuado, por intermédio de seus representantes legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 159 a 167, onde após descrever os fatos inerentes a autuação, passou a arguir a improcedência do lançamento, observando que o estabelecimento autuado se trata de uma gigante do setor varejista, organizada sob forma de departamentos, estando localizado o Centro de Distribuição no Estado de Pernambuco e, considerando que as operações de remessas para o Estado da Bahia são sujeitas à sistemática da substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é do estabelecimento remetente, na qualidade de substituto tributário.

Entretanto, observou que o processo administrativo fiscal deve ser pautado com base no princípio da verdade material, porém, no caso dos presentes autos, afirmou que tal busca (verdade material) restou frustrada, visto que foi lançado um crédito tributário sobre operações que tiveram o respectivo imposto devidamente recolhido se não pelo seu Centro de Distribuição, pelas suas Lojas localizadas no Estado da Bahia, destinatárias das mercadorias enviadas pelo CD para comercialização, consoante conjunto de DAES probatórios anexados aos autos.

Mencionou, a título de exemplo, uma relação de recolhimentos referentes às operações realizadas no mês de maio/2017, englobando diversas operações, juntando dois DAES de pagamento realizados pela loja situada no município de Valença/BA e outro da loja localizada na Pituba, nesta cidade de Salvador.

Frisou que o Convênio ICMS 76/94 é claro ao dispor, em sua Cláusula primeira, que a retenção e o recolhimento do ICMS-ST são de responsabilidade do importador e/ou do fabricante, o que não é seu caso, vez que é um estabelecimento varejista, destacando que o parágrafo terceiro da Cláusula primeira prevê a possibilidade de, na ausência de retenção pelo importador e/ou fabricante, o

estabelecimento varejista que receber os produtos sujeitos à sistemática da substituição tributária prevista no Convênio, ficará obrigado a efetuar o recolhimento do ICMS-ST na sua operação.

Sustentou que agiu exatamente conforme previsão no Convênio ICMS 76/94, isto é, recebida a mercadoria do importador e/ou fabricante das mercadorias sujeitas ao ST sem a retenção e respectivo recolhimento do imposto, reteve e recolheu o imposto ora pelo seu CD, ora por suas Lojas de Departamento.

Com esse argumento considera ser imperiosa a declaração de Improcedência do Auto de Infração, tendo em vista o indevido lançamento tributário realizado.

Reiterou sua intenção em provar todo o alegado por meio dos documentos acostados aos autos, requerendo, ainda, realização de perícia contábil.

As autuantes apresentaram a Informação Fiscal de fls. 426 a 430, destacando que o autuado é contribuinte regularmente inscrito neste Estado, na condição de contribuinte substituto tributário, ficando, desta forma, subordinado ao cumprimento das normas dispostas pela legislação que rege a substituição tributária interestadual.

Observaram que o autuado alegou que alguns valores que deixaram de ser retidos foram recolhidos através das filiais destinatárias das mercadorias, a título de antecipação. A este respeito afirmaram que ao comercializar produtos objeto da substituição tributária, fica cristalina a responsabilidade de obediência à legislação pertinente, inclusive aos Convênios e Protocolos firmados entre os Estados, tanto assim, que o autuado, localizado em outra unidade da federação, buscou corretamente sua inscrição junto ao Estado da Bahia como substituto tributário, transcrevendo, a este respeito, o Art. 370 do RICMS/BA.

Ratificaram o entendimento de que o autuado é responsável, portanto, sujeito passivo por substituição, por força dos Convênios e Protocolos celebrados entre os Estados da Bahia e de Pernambuco.

Observaram que apesar do autuado, na condição de substituto tributário inscrito neste Estado, ter dito que dispersou as retenções e respectivos pagamentos do ICMS-ST através de diversas filiais, afirmaram que este ignorou o instituto da substituição tributária ao citar que diluiu suas obrigações tributárias por filiais.

Concluíram pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Yuri Castelpoggi Saliba Borsodi, OAB/PE nº 219.168, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

De acordo com o constante na inicial, o Auto de Infração em lide foi expedido para reclamar crédito tributário no montante de R\$41.640,20, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, relativamente ao período de janeiro a dezembro/2017, em face da seguinte acusação: *“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.*

Deixou de efetuar a retenção nas vendas de mercadorias constantes nas notas fiscais do Anexo 01.1, sendo esta retenção prevista no Convênio 76/94.”.

O autuado, em sua peça defensiva, no primeiro momento disse que as mercadorias remetidas pelo seu Centro de Distribuição, localizado no Estado de Pernambuco, decorrentes de vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, são sujeitas à sistemática da substituição tributária, cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é do remetente, na qualidade de substituto tributário. Sustentou que as operações objeto da autuação, tiveram o imposto pago pelo próprio Centro de Distribuição ou por suas Lojas localizadas neste Estado.

Apesar disto, frisou que o Convênio ICMS nº 76/94, dispõe em sua Cláusula primeira, que a

responsabilidade pela retenção e o recolhimento do ICMS-ST são de responsabilidade do importador e/ou do fabricante, o que não é seu caso, pelo fato de ser estabelecimento varejista.

Neste ponto, se verifica um equívoco e ao mesmo tempo uma contradição da lavra do autuado, já que em um primeiro momento reconheceu ser sua a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, e adiante, advogou não ser de sua responsabilidade esta obrigação.

Não assiste razão ao autuado em seu argumento, de que não se enquadra na condição de sujeito passivo por substituição, na forma contida no Convênio ICMS nº 76/94, tendo em vista que o Parágrafo único, Cláusula quinta do Convênio ICMS nº 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, indica 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.

Assim, é que nas operações interestaduais, além dos substitutos naturais (indústria ou importador), assume 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 interestadual.

Portanto, a retenção e o recolhimento do imposto deverão ser feitos pelo sujeito passivo por substituição, que é o caso do autuado, o qual se encontra regularmente inscrito neste Estado, nesta condição, de acordo com as disposições estabelecidas no supramencionado Convênio, com observância das normas estabelecidas pela legislação da Unidade da Federação de destino da mercadoria, conforme a Cláusula oitava do Convênio ICMS 81/93, ao estabelecer que o sujeito passivo por substituição deve observar as normas da legislação da Unidade da Federação de destino da mercadoria. Ou seja, o contribuinte substituto observará as regras estabelecidas conjuntamente no Convênio 76/94, e no RICMS/BA.

Dessa forma, conforme previsão contida no Art. 289 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento, enquanto que o Art. 295 do mesmo Regulamento, estabelece que *“Nas operações interestaduais, a substituição tributária rege-se conforme o disposto nos convênios e protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas”*.

Portanto, dúvidas não restam, de que os produtos constantes dos documentos fiscais objeto da autuação estão sujeitos ao regime de substituição tributária, nos termos do Convênio ICMS 76/94, do qual a Bahia é signatária e cuja cláusula primeira atribui, não somente ao estabelecimento importador ou ao industrial fabricante, mas também ao contribuinte remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Desta maneira, mesmo que de forma indireta, conforme suscitado pelo autuado, não há que se falar em ilegitimidade passiva, posto que o sujeito passivo da relação jurídica tributária em debate, é o contribuinte inscrito no Estado da Bahia, na qualidade de substituto tributário, caso do autuado, sendo-lhe atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário. Nessa quadra, fundamental em tal questão, para que a obrigação tributária esteja cumprida, é que o recolhimento do ICMS-ST seja efetuado corretamente em favor do Estado destinatário.

No caso concreto, ainda que afirme que o recolhimento foi efetivamente feito pelo Centro de Distribuição autuado ou por suas filiais, tal fato não restou provado.

Isto porque, como meio de prova, o autuado anexou aos autos uma significativa quantidade de documentos (DAEs e planilhas de demonstrativos de pagamento de ICMS/convênios), que objetivamente nada somam a seu favor, pois se referem a pagamentos realizados por diversas

filiais, em localidades diferentes deste Estado, de forma globalizada, e que não atestam que abarcam os recolhimentos que deixaram de ser efetuados e alcançados pelo presente Auto de Infração.

Este fato inviabiliza qualquer conversão do feito em diligência ou mesmo realização de perícia fiscal solicitada pelo autuado, já que, na prática, está transferindo para o Estado a produção de prova de que o mesmo teria pago o ICMS-ST relativo às operações objeto da autuação, devidamente demonstrado pelas autuantes, de forma individualizada, o que seria obrigação do autuado, sendo, destarte, totalmente impossível conciliar os pagamentos trazidos na peça defensiva com aqueles indicados pela autuação, razão pela qual, nos termos do art. 147, incisos I e II, alíneas “a” e “b” do RPAF-BA/99, indefiro os pedidos de diligência e de perícia suscitados, ante à ausência de elementos probatórios consistentes trazidos pelo autuado, que dessem margem a tal atendimento.

Não assiste razão, portanto, ao autuado, quando afirmou que a busca pela verdade material restou frustrada, na medida em que as autuantes lançaram crédito tributário sobre operações que já tiveram o imposto recolhido, porque é certo que o princípio que busca a verdade material é ponto de crucial relevância no contencioso tributário, e consiste em alcançar a realidade dos fatos, cabendo tanto à administração fazendária quanto ao contribuinte, não só alegar, mas, sobretudo, produzir provas que criem condições de convicção favoráveis às suas pretensões.

É sabido que cabe à administração o ônus da prova no ilícito tributário, entretanto, não conferiu a lei ao contribuinte o poder de se eximir de sua responsabilidade através da falta de entrega de elementos consistentes, que possibilitem aferir a veracidade de seus argumentos.

O exemplo apresentado pelo autuado referente ao mês de maio/17, para tentar provar a ocorrência dos pagamentos relativos às notas fiscais indicadas pela autuação como não recolhidos o ICMS-ST, não alcançou o objetivo pretendido, pois as planilhas trazidas pelo autuado se apresentam de forma sintética, sem detalhar as operações, enquanto que os DAEs de pagamento indicam apenas a quantidade de notas fiscais nele incluídas, sendo, destarte, situação de difícil de confirmação, no sentido de que as notas fiscais autuadas se encontram no rol das 373 notas fiscais citadas no DAE de recolhimento, o que caberia ao autuado apresentar um demonstrativo discriminando o valor individual de cada uma das notas fiscais constantes do referido DAE, em correspondência com o total recolhido.

Diante de todo o exposto, concluo que o autuado não produziu provas de que ocorreu o pagamento do imposto na forma argumentada na peça defensiva, razão pela qual, mantenho a exigência tributária no valor de R\$41.640,20, na forma consignada na inicial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281066.0010/20-7**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$41.640,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR