

PROCESSO	- A. I. N° 206912.0006/17-9
RECORRENTE	- LOJAS AMERICANAS S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0141-01/21-VD
ORIGEM	- DAT/METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 29/09/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0250-11/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDAS DE MERCADORIAS PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NA BAHIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Pelo que resta comprovado, foi até tentada a verificação mediante diligência para se comprovar que o imposto foi pago, contudo, o Recorrente não logrou êxito em comprovar o pagamento do imposto pelas lojas destinatárias, *não sendo possível confirmar as suas alegações, inclusive quanto aos alegados recolhimentos efetuados pelas lojas destinatárias, face à impossibilidade de se estabelecer qualquer vinculação entre as operações realizadas pelo autuado, e as posteriores saídas realizadas pelas lojas, razão pela qual, acolho o pronunciamento da diligenciadora..* Não pode a administração pública abrir mão da segurança do recolhimento do imposto devido, cabendo ao recorrente, se for o caso, provar que o imposto foi pago nas saídas normais das lojas e solicitar pelo equívoco em se tributar normalmente, devendo ser mantido o lançamento, não podendo a fazenda pública expor-se a riscos face à incerteza do recolhimento do imposto devido por substituição tributária. Infrações 1 e 2 procedentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão pela Procedência Parcial em Primeira Instância deste Conselho de Fazenda, do Auto de Infração em 18/09/2017, que efetuou lançamento de crédito tributário no valor histórico total de R\$65.255,17, em razão do cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS, porém apenas as duas primeiras fazem parte da lide, por conta da nulidade das outras infrações na primeira instância:

1. *Procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 32.261,18, acrescido da multa de 60%.*

Enquadramento Legal: art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c cláusulas quarta e quinta do Protocolo ICMS nº. 11/91;

2. *Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 9.023,22, acrescido da multa de 60%.*

Enquadramento Legal: art. 10 da Lei nº. 7.014/96 c/c cláusulas primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS

nº. 11/91;

O contribuinte apresentou defesa (fls. 36 a 46) e o autuante prestou informação fiscal às fls. 108/115, e a Junta, em pauta suplementar, deliberou pela conversão do feito em diligência ao autuante, fls. 181/82, e em seguida o auto foi pautado para julgamento na sessão do dia 19/08/2021, sendo julgado por unanimidade Procedente em Parte, conforme fundamentos do voto abaixo.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame, sobre o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS, imputadas ao autuado, sendo que as infrações 2 e 4 dizem respeito à falta de recolhimento do ICMS-ST, e as infrações 1 e 3, a recolhimento a menos do ICMS-ST.

Conforme a autuação, o Contribuinte infringiu o art. 10 da Lei nº 7.014/96, c/c Cláusulas 1ª, 4ª e 5ª do Protocolo ICMS nº 11/91, (Infrações 01 e 02), e Cláusulas 1ª, 2ª, 3ª e 4ª do Convênio ICMS nº 76/94, (Infrações 03 e 04), tendo sido aplicada a multa de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade arguida pelo impugnante em momento posterior a Defesa inicial, ou seja, em manifestação posterior, na qual alega a sua não sujeição passiva ao Convênio ICMS 76/94, afirmando que em sua cláusula primeira, o referido Convênio atribui a qualidade de sujeito passivo por substituição, para fins de retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações interestaduais com produtos farmacêuticos, apenas ao estabelecimento importador ou ao industrial fabricante, razão pela qual, não pode o Estado da Bahia atribuir-lhe a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST, quando o Convênio 76/94 não o faz. Diz que neste sentido, houve posicionamento da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, bem como decidiu a 5ª JJF, em Auto de Infração idêntico ao presente, e, em decisão definitiva proferida pela 1ª CJF, no Auto de Infração nº. 281066.0004/15-0, ambos lavrados contra a empresa, com base no Convênio ICMS 76/94.

Efetivamente, assiste razão ao impugnante. Esta Junta de Julgamento Fiscal, ao julgar o referido Auto de Infração nº. 281066.0004/15-0, decidiu pelo não acolhimento da alegação defensiva de ilegitimidade passiva, com fundamento no Convênio 81/93, o qual estabelece regras gerais sobre o regime de substituição tributária.

Ocorreu que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, ao apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo autuado, acolheu a tese defensiva e decidiu pela nulidade da infração por ilegitimidade passiva do autuado, nos termos do Acórdão CJF Nº. 0341-11/19, cujos excertos do voto reproduzo abaixo, no sentido de ilustrar e fundamentar a presente decisão:

[...]

No tocante às alegações recursais relativas à infração 1, vislumbro caber razão ao contribuinte quando arguiu que não se enquadra na condição de sujeito passivo por substituição constante do Convênio ICMS 76/94, o qual atribui a qualidade de sujeito passivo por substituição, para fins de retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações interestaduais com produtos farmacêuticos, apenas aos estabelecimentos importador ou industrial fabricante, em que não se enquadra o estabelecimento autuado, localizado no Estado de Pernambuco, cuja atividade econômica é de comércio atacadista de mercadorias em geral, conforme consta do seu cadastro na SEFAZ/BA, a título de contribuinte substituto.

Em recente decisão desta 1ª Câmara, através do Acórdão CJF nº 0151-11/19, a cujo voto vencedor anuí, de relatoria da i. Conselheira Laís de Carvalho Silva, por ser de conteúdo extremamente didático, peço vênia para transcrever e considerá-lo como minhas palavras ao deslinde do caso concreto:

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário)

Em que pese a bem fundamentada decisão proferida pelo i. Relator, peço vênia para divergir do seu entendimento quanto às operações remanescentes deste Auto de Infração.

A autuação imputa ao sujeito passivo a falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

Inicialmente é imperioso frisar que o contribuinte é um distribuidor de medicamentos localizado em Santa Catarina que remete mercadorias para adquirentes localizados em outros Estados da federação. Por tal razão, não é obrigada à retenção e recolhimento do ICMS-ST, conforme as regras atinentes à substituição tributária de medicamentos em operações interestaduais, como restará demonstrado ao longo deste voto.

Conforme dispõe o art. 9º da Lei Complementar nº 87/96:

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

Neste passo, foi celebrado o Convênio ICMS 76/94, na esfera do CONFAZ, o qual estabelece as pessoas

jurídicas enquadradas na situação de substitutos tributários nas remessas interestaduais de medicamentos, sendo os Estados da Bahia e Santa Catarina signatários.

Conforme determina a Cláusula Primeira, figuram como sujeito passivo por substituição tributária das operações interestaduais com medicamentos o estabelecimento importador ou o industrial fabricante. Vejamos:

Cláusula primeira Nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, **fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, 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 ou à entrada para uso ou consumo do destinatário. (Grifo nosso).**

Assim, o Convênio 76/94, que é competente para tratar da matéria de ICMS ST nas remessas interestaduais com medicamentos (matéria dos autos), conforme determinação da própria Lei Complementar, diz serem os sujeitos passivos do referido imposto de ICMS ST os estabelecimentos importador ou industrial, não sendo exigível a cobrança da ora recorrente, distribuidora de medicamentos.

O Convênio 81/93, que é anterior ao Convênio ICMS 76/94, trata de maneira geral sobre o ICMS ST, determinando os procedimentos a serem adotados. Segundo tal Convênio, o substituto legal tributário é o contribuinte que realizar operação interestadual de qualquer mercadoria sujeitas ao regime de substituição tributária estabelecido em Convênio ou Protocolo dos quais o Estado da Bahia seja signatário, independente de sua condição de industrial, importador, atacadista ou varejista.

Esse foi o fundamento legal da referida autuação, a qual foi mantida pela Junta de Julgamento Fiscal e acompanhada pelo n. Relator.

Todavia, o que se deve atentar no presente caso é o seguinte: O Convênio 81/93, além de ser anterior, determina as diretrizes gerais do ICMS ST ao passo que o Convênio 76/94 é posterior e trata especificamente e especialmente da matéria dos autos, qual seja, a remessa interestadual com medicamentos.

Assim, contrariando a lógica trazida pelo Relator, entendo que, quanto à hierarquia das normas, o Convênio ICMS 76/94 é posterior ao Convênio ICMS 81/93, revogando norma anterior que preceda, além de tratar especificamente sobre a matéria da remessa interestadual de medicamentos, ao passo que o Convênio ICMS 81/93 trata do ICMS ST de maneira geral.

Nesta mesma linha entendeu a PGE/PROFIS, que nas três manifestações solicitadas por este Órgão Julgador, opinou pelo acatamento das razões do contribuinte, ao confirmar a especialidade do Convênio ICMS 76/94, destacando que não se pode imputar a estabelecimentos distribuidores a condição de sujeito passivo das operações relativas a produtos farmacêuticos. Tal opinativo foi, inclusive, chancelado pelo Procurador Geral Dr. Paulo Moreno de Carvalho.

Em oportunidade posterior, o i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior ratificou o parecer anterior em sua integralidade, e mais, quanto a solidariedade afirmada no voto condutor, afirmou que tal argumento sequer foi objeto da autuação, na medida em que o imposto não é cobrado por solidariedade.

Por fim, na última manifestação, a i. procuradora Maria Dulce Baleiro concluiu que a distribuidora de medicamentos não está sujeita ao recolhimento do ICMS ST nas operações interestaduais entre Santa Catarina e Bahia.

Assim, entendo ser incontrovertido tal entendimento.

Ademais, reforçando a tese apresentada, observa-se que o próprio Convênio 81/93, em sua Cláusula quinta, parágrafo único, determina que o sujeito passivo por substituição é aquele definido por convênio ou protocolo que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria. Ou seja, numa interpretação clara, é o Convênio 76/94, o qual versa especificamente sobre a matéria dos autos, que tem competência para determinar, especificamente, o sujeito passivo da operação. Vejamos:

Cláusula quinta A substituição tributária não se aplica:

...
Parágrafo único Sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria. (Aumentado pelo Conv. ICMS 114/03)

Outro ponto que merece destaque é o fato de que restou demonstrado pelo recorrente que todos os adquirentes para os quais houve a venda de medicamentos no período fiscalizado, possuem Regime Especial de tributação, concedido nos termos do Decreto nº 11.872/09, o qual lhes atribui a responsabilidade pelo

recolhimento antecipado do ICMS devido em relação às operações subsequentes, comprovando, mais uma vez, que o distribuidor não é sujeito passivo do ICMS ST nas remessas interestaduais de medicamentos. É o que dispõe o art. 1º:

Art. 1º Fica instituído regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizado neste Estado, mediante celebração de termo de acordo, nas importações e nas aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário a seguir relacionados, para atribuição da responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes nos termos deste Decreto: (grifo nosso).

Deste modo, por tudo quanto exposto, entendo que merece guarda a tese do contribuinte, motivo pelo qual voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Portanto, conforme ocorreu no caso presente, o remetente, estabelecimento filial e atacadista das Lojas Americanas, localizado no Estado de Pernambuco, não é o sujeito passivo pela substituição tributária das operações interestaduais com medicamentos, eis que a cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94, regra específica, estabelece a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto ao estabelecimento importador ou o industrial fabricante.

Diante destas considerações, concluo pela nulidade da infração 1 por ilegitimidade do sujeito passivo.

Conforme se constata da leitura do voto acima reproduzido, a 1ª CJF firmou o entendimento de que, o remetente, estabelecimento filial e atacadista das Lojas Americanas, localizado no Estado de Pernambuco, não é o sujeito passivo pela substituição tributária das operações interestaduais com medicamentos, haja vista que a cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94, se trata de uma regra específica que prevalece sobre a regra geral do Convênio ICMS 81/93, e estabelece a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto ao estabelecimento importador ou o industrial fabricante.

Diante do exposto, acorde com a decisão acima referida, as infrações 3 e 4 são nulas por ilegitimidade passiva, haja vista que a autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária.

No tocante às infrações 1 e 2, a acusação fiscal é de que o autuado infringiu o art. 10 da Lei nº 7.014/96, c/c as cláusulas primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 11/91.

O autuado - Centro Distribuidor da empresa localizado no Estado de Pernambuco - sustenta que descabe a exigência de ICMS-ST, haja vista que diversas mercadorias constantes no levantamento fiscal não se enquadram na relação trazida pelo Protocolo ICMS 11/91, apresentando, em síntese, as seguintes alegações:

- os isotônicos não estão enquadrados no Protocolo ICMS 11/91;
- os valores recolhidos por outro estabelecimento devem ser compensados com os débitos ora lançados.

Observo que o autuante, na Informação Fiscal, não acatou corretamente a alegação defensiva atinente aos isotônicos, haja vista que os referidos produtos têm o código NCM 2202.9000, e são mencionados no Protocolo ICMS 11/91, no § 2º da cláusula primeira.

No tocante à alegação do impugnante, de que mesmo não tendo ocorrido a retenção e pagamento do ICMS-ST os destinatários acabaram pagando o imposto devido quando da venda das mercadorias, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à Inspetoria Fazendária de origem, no intuito de que o autuado comprovasse as suas alegações, de que a autuação contém mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, assim como que a parcela remanescente da exigência fiscal, apesar de se encontrar sujeita ao regime de Substituição Tributária, contudo, não houve qualquer tipo de prejuízo aos cofres estaduais baianos, haja vista o recolhimento do ICMS pelas lojas destinatárias (débito x crédito), nas operações de saídas de mercadorias realizadas.

Ocorre que conforme pronunciamento da Auditora Fiscal que cumpriu a diligência, observou-se que os dados enviados pelo Contribuinte não atenderam às solicitações contidas na diligência, haja vista que não foram consignados nas planilhas, conforme se verifica nas referidas planilhas apresentadas pelo autuado. Observou ainda a diligenciadora, que o autuado não apresentou nenhuma documentação que permitisse se fazer um batimento, para comprovar o recolhimento do imposto pelas lojas destinatárias.

Efetivamente, a análise das planilhas apresentadas pelo autuado, permite constatar que não houve o atendimento às solicitações contidas na diligência, não sendo possível confirmar as suas alegações, inclusive quanto aos alegados recolhimentos efetuados pelas lojas destinatárias, face à impossibilidade de se estabelecer qualquer vinculação entre as operações realizadas pelo autuado, e as posteriores saídas realizadas pelas lojas, razão pela qual, acolho o pronunciamento da diligenciadora.

Dianete do exposto, julgo parcialmente procedente o Auto de Infração, no valor total devido de R\$ 41.284,40, sendo as infrações 1 e 2 procedentes, e as infrações 3 e 4 nulas.

Por derradeiro, no que tange ao pedido formulado pelo impugnante, no sentido de que todas as intimações

relativas ao presente processo sejam feitas ao representante legal da empresa, Dr. Gilberto Raimundo Badaró de Almeida Souza, OAB/BA 22.772, com escritório profissional estabelecido na Rua Frederico Simões, 153, Ed. Empresarial Orlando Gomes, Salas 513/514, Salvador/Bahia, CEP 41.820-774, consigno que inexiste óbice para atendimento do pleito pelo órgão competente da repartição fazendária, contudo, saliento que o não atendimento não implica na nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao Contribuinte encontram-se previstas no artigo 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

O contribuinte, inconformado com o valor remanescente do julgamento, ingressou com o Recurso Voluntário abaixo transscrito:

Em que pese a sabedoria dos ilustres Julgadores da 1^a Junta de Julgamento Fiscal, bem como os argumentos do voto do ilustre relator, o v. acórdão recorrido deve ser parcialmente reformado, face à insubsistência do crédito tributário remanescente exigido nos presentes autos.

Trata-se de Auto de Infração lavrado sob a acusação de ter a Recorrente recolhido a menor (infrações 01 e 03) e deixado de recolher (Infrações 02 e 04) o ICMS-ST incidente sobre operações interestaduais com produtos enquadráveis ao Convênio ICMS 76/94 e Protocolo ICMS 11/91, no período de janeiro a dezembro de 2016.

Apresentada Impugnação ao lançamento, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal julgou nulas as infrações 03 e 04, por reconhecer a insujeição passiva da Recorrente (contribuinte atacadista) ao regime de ST de que trata o Convênio ICMS 76/94, direcionado a estabelecimentos importadores e industriais.

No que tange às infrações 01 e 02, a exigência fiscal foi integralmente mantida.

Contudo, conforme se demonstrará adiante, a r. Decisão recorrida deve ser reformada para que se reconheça a total insubsistência do lançamento, haja vista o fato de o imposto exigido ter sido adimplido pelas filiais da Recorrente, destinatárias das mercadorias autuadas – inexistência de prejuízo arrecadatório ao Erário.

INFRAÇÕES 01 E 02 – PROTOCOLO ICMS 11/91

Como visto, o Fisco estadual reclama da Recorrente a suposta falta de recolhimento do ICMS-ST incidente sobre a remessa de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária (bebidas – Protocolo ICMS 11/91).

No que se refere à exigência fiscal mantida pela r. Decisão recorrida, a qual, de fato, encontra-se sujeita ao regime de ST, não há que se falar em qualquer falta de recolhimento em favor dos cofres estaduais baianos.

Isto porque, pela análise dos quadros demonstrativos acostados pela Fiscalização, tem-se que o ICMS-ST exigido é proveniente de operação de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, com mercadorias destinadas a comercialização.

No caso em epígrafe, trata-se de operação de transferência entre o Centro de Distribuição da Recorrente, localizado no Estado de Pernambuco (detentor de Inscrição Estadual de Contribuinte Substituto no Estado do Bahia), e lojas situadas no Estado baiano.

Entretanto, muito embora as operações estejam albergadas pelo instituto da substituição tributária, por um erro de parametrização do sistema da Recorrente, as mercadorias foram tratadas como se sujeitas ao regime normal de apuração (débito x crédito), razão pela qual o pagamento do imposto devido se deu pelos seus estabelecimentos situados no Estado da Bahia, no momento que efetuaram a venda dos produtos aos consumidores finais com débito do imposto.

Desta forma, muito embora a Recorrente não tenha procedido conforme determina a legislação, é inequívoca a ausência de prejuízo ao Fisco baiano, considerando que as lojas destinatárias promoveram a saída das mercadorias que compõem o levantamento fiscal com débito integral do imposto.

Isto é, a premissa que ensejou na constituição do crédito tributário (falta de recolhimento) se esvaziou por completo. Deste modo, a sua manutenção configuraria enriquecimento indevido e sem causa por parte do Estado, haja vista o ingresso do imposto perseguido aos cofres públicos, sendo certo que **o pagamento realizado por um dos obrigados se beneficia aos demais obrigados (art. 125, inciso I do CTN)**.

Assim, uma vez que extinta a obrigação tributária pelo pagamento realizado por um dos responsáveis tributários, o credor deverá aceitar o recolhimento efetuado e não cobrar dos demais responsáveis o cumprimento da mesma obrigação legal.

Com efeito, opera-se a necessidade de reconhecimento acerca da improcedência das infrações em epígrafe, face ao recolhimento do imposto lançado pelas filiais da Recorrente – inexistência de qualquer prejuízo arrecadatório ao Estado.

Por todo o exposto, requer sejam as infrações 01 e 02 julgadas improcedentes, haja vista o afastamento de qualquer prejuízo ao Erário, naturalmente em razão do escorreito pagamento do imposto pelas filiais da Recorrente quando da venda das mercadorias autuadas aos consumidores finais.

Por fim, protesta a Recorrente pela posterior produção e juntada de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental, que se revelem úteis ao deslinde do caso.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário que refuta a manutenção da procedência das 2 infrações iniciais do Auto de Infração, ambas pela falta de retenção do imposto devido por substituição tributária em operações interestaduais de mercadorias a serem comercializadas neste estado.

O sujeito passivo deste auto está localizado em Pernambuco, município de Cabo de Santo Agostinho, sendo uma inscrição especial como substituto tributário neste estado, por se tratar de um centro distribuidor das Lojas Americanas.

O Recorrente não discorda que as mercadorias nestas 2 infrações estão submetidas à substituição tributária, e concorda que o imposto não foi retido, por um erro de parametrização; contudo, alega que tais mercadorias tiveram o imposto pago pelas saídas em suas lojas como se fossem mercadorias sujeitas à tributação normal.

A este respeito, vejamos como a Junta de Julgamento Fiscal se pronunciou:

No tocante à alegação do impugnante, de que mesmo não tendo ocorrido a retenção e pagamento do ICMS-ST os destinatários acabaram pagando o imposto devido quando da venda das mercadorias, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à Inspetoria Fazendária de origem, no intuito de que o autuado comprovasse as suas alegações, de que a autuação contém mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, assim como que a parcela remanescente da exigência fiscal, apesar de se encontrar sujeita ao regime de Substituição Tributária, contudo, não houve qualquer tipo de prejuízo aos cofres estaduais baianos, haja vista o recolhimento do ICMS pelas lojas destinatárias (débito x crédito), nas operações de saídas de mercadorias realizadas.

Ocorre que conforme pronunciamento da Auditora Fiscal que cumpriu a diligência, observou-se que os dados enviados pelo Contribuinte não atenderam às solicitações contidas na diligência, haja vista que não foram consignados nas planilhas, conforme se verifica nas referidas planilhas apresentadas pelo autuado. Observou ainda a diligenciadora, que o autuado não apresentou nenhuma documentação que permitisse se fazer um batimento, para comprovar o recolhimento do imposto pelas lojas destinatárias.

Efetivamente, a análise das planilhas apresentadas pelo autuado, permite constatar que não houve o atendimento às solicitações contidas na diligência, não sendo possível confirmar as suas alegações, inclusive quanto aos alegados recolhimentos efetuados pelas lojas destinatárias, face à impossibilidade de se estabelecer qualquer vinculação entre as operações realizadas pelo autuado, e as posteriores saídas realizadas pelas lojas, razão pela qual, acolho o pronunciamento da diligenciadora.

Pelo que resta comprovado, foi até tentada a verificação mediante diligência para se comprovar que o imposto foi pago; contudo, o Recorrente não logrou êxito em comprovar o pagamento do

imposto pelas lojas destinatárias, segundo a diligência efetuada - *não sendo possível confirmar as suas alegações, inclusive quanto aos alegados recolhimentos efetuados pelas lojas destinatárias, face à impossibilidade de se estabelecer qualquer vinculação entre as operações realizadas pelo autuado, e as posteriores saídas realizadas pelas lojas, razão pela qual, acolho o pronunciamento da diligenciadora.*

Não pode a administração pública abrir mão da segurança do recolhimento do imposto devido, cabendo ao recorrente, se for o caso, provar que o imposto foi pago nas saídas normais das lojas e solicitar restituição pelo equívoco em se tributar normalmente, devendo ser mantido o lançamento, não podendo a fazenda pública expor-se a riscos face à incerteza do recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Face ao exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206912.0006/17-9, lavrado contra LOJAS AMERICANAS S.A., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$41.284,40, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR DA PGE/PROFIS