

A. I. N° - 281066.0001/16-0
AUTUADO - LOJAS AMERICANAS S.A. (LOJA 160)
AUTUANTES - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LÚCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 02/09/2016

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0086-06/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO OU RETENÇÃO A MENOR DO IMPOSTO. Conforme previsto nos acordos interestaduais específicos, que tratam do regime de substituição tributária aplicável às operações interestaduais, cabe ao estabelecimento remetente atacadista, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST. Parte das exigências foram reconhecidas e recolhidas pelo autuado; parte foi comprovada a insubsistência da exação, por se tratar de aquisição para o ativo imobilizado ou de produtos não sujeitos à substituição tributária e parte as razões de defesa não elidiram. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 28/03/2016, para exigir do autuado, estabelecimento localizado no Estado de Pernambuco, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte, localizados no Estado da Bahia, referentes ao exercício de 2014, as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor total de R\$306.393,46, relativo aos produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 2.1, prevista no Convênio ICMS 76/94;

INFRAÇÃO 2 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS, no valor total de R\$731,62, relativo aos produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 2.1, prevista no Protocolo ICMS 10/92;

INFRAÇÃO 3 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS, no valor total de R\$1.942,32, relativo aos produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 2.1, prevista no Protocolo ICMS 17/85;

INFRAÇÃO 4 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS, no valor total de R\$342.913,47, relativo aos produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 2.1, prevista no Protocolo ICMS 19/85;

INFRAÇÃO 5 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS, no valor total de R\$183.116,22, relativo aos produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 2.1, prevista no Protocolo ICMS 50/05;

INFRAÇÃO 6 – Reteve e recolheu a menos o ICMS, no valor total de R\$9.603,72, relativo aos produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 3.1, prevista no Convênio ICMS 76/94;

INFRAÇÃO 7 – Reteve e recolheu a menos o ICMS, no valor total de R\$77.770,52, relativo aos produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 3.1, prevista no Protocolo ICMS 10/92;

INFRAÇÃO 8 – Reteve e recolheu a menos o ICMS, no valor total de R\$653,77, relativo aos produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 3.1, prevista no Protocolo ICMS 11/91;

INFRAÇÃO 9 – Reteve e recolheu a menos o ICMS, no valor total de R\$724,88, relativo aos produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 3.1, prevista no Protocolo ICMS 19/85;

INFRAÇÃO 10 – Reteve e recolheu a menos o ICMS, no valor total de R\$389,70, relativo aos produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 3.1, prevista no Protocolo ICMS 50/05.

O autuado apresenta tempestivamente sua defesa, às fls. 46 a 72 dos autos, na qual reconhece a procedência das exações de nº 2, 6, 7 e 8, do que providenciou o pagamento do imposto e demais acréscimos, no total de R\$114.386,41, usufruindo das reduções previstas no art. 45 da Lei nº 7.014/96.

No mérito, quanto à infração 1, o autuado aduz que o fisco exige ICMS-ST sobre mercadorias não previstas no Convênio ICMS 76/04, o qual trata de produtos farmacêuticos, posto que alguns produtos não constam da relação de NCM trazida pelo Convênio ICMS 76/94, a exemplo:

“FIO DENTAL 3784 HOPE. P. SERENA” (doc. 3), o qual se trata de uma calcinha modelo “fio dental”, peça que compõe o vestuário de moda íntima, que claramente não está prevista no Convênio ICMS 76/94, tampouco na sistemática da ST, cujo ICMS fora recolhido de forma integral nas vendas das referidas mercadorias a consumidor final (doc. 4).

“ESC RICCA COLORS FLOWER ALMOFADADA 232 – NCM 9603.29.00” (doc. 5), do que aduz que a única escova prevista no aludido Convênio é a escova dentífrica (NCM 9603.21.06), disposta no inciso XI, do anexo único, que em nada tem a ver com o produto acima descrito, possuindo, inclusive, NCM distintas.

“KIT SLIP C/4 BCO/AZ/MHO/GEL M 5435 DUOMO” (doc. 6), que se trata de um kit de cuecas integrantes do vestuário de moda íntima masculino, o qual também não está submetido à substituição tributária, tendo o imposto sido recolhido através do regime normal de apuração.

Mercadorias classificadas na NCM 39269040 (a exemplo, da “CHUPETA LILLO FUNNY ESTAMPAS ORTO SIL T2”) e NCM 3926.9000 (a exemplo, da “MAMADEIRA BABY GO C/ ALCA ORTO 240ML 2059”) (doc. 7), cujas NCMs não constam da relação trazida pelo Anexo Único do Convênio ICMS 76/94, do que, como prova de sua alegação, cita resposta de consulta à Receita Federal na qual esclarece que a classificação fiscal das mercadorias “CHUPETA KUKA” e “MAMADEIRA LILLO”, com NCM 3924.9040 e 3926.9000, respectivamente, não estão sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em relação à parcela remanescente da infração 1, o autuado sustenta inexistir prejuízo aos cofres baianos, visto que as lojas adquirentes, ao realizarem a venda para o consumidor final, efetivaram o débito integral do imposto com alíquota de 17%, não podendo subsistir a acusação de falta de recolhimento do imposto, a exemplo do produto “HASTES FLEXÍVEIS BASIC + CARE BO – Código 4238594”, do que requer a juntada de diversos relatórios de nota por item (doc. 8), os quais, segundo o autuado, comprovam a inexistência de qualquer prejuízo, razão da improcedência da exação.

No tocante à infração 3, o autuado alega a impossibilidade de exigência de ICMS-ST sobre mercadorias destinadas ao uso e consumo, pois jamais haverá a operação de saída desses materiais, a exemplo de “REATOR ELETRONICO 1X32W BIVOLT” – Código 6003306, NF-e nº 1.885.519, na qual consigna natureza da operação de transferência para uso e consumo. Assim, considerando que identificou que tal fato ocorreu com diversos outros produtos, requer a juntada de outros exemplos (doc. 9), os quais, segundo o defendant, comprovam a destinação dos produtos autuados e, portanto, não haveria incidência do ICMS-ST, embora os produtos transferidos estivessem previstos no Protocolo ICMS 17/85, uma vez que não foram objeto de revenda.

Inerente à infração 4, o autuado alega a exigência de imposto sobre operações imunes (art. 150, VI, “e”, da CF) sobre CDs e DVDs produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de artistas brasileiros e/ou obras em geral por eles interpretados, logo, não há que se falar em retenção de ICMS-ST, tampouco em incidência de impostos por expressa vedação constitucional, do que exemplifica e requer a juntada da relação (doc. 10), a qual, segundo o defendant, contempla todos os produtos submetidos equivocadamente à tributação, razão pela qual devem ser excluídos do levantamento fiscal.

Aduz ainda a impossibilidade de exigência de ICMS-ST sobre mercadorias não previstas no Protocolo ICMS 19/85, mas que se sujeitam ao regime normal de tributação, considerando que suas NCM não constam elencadas nos anexos do dito protocolo, a exemplo do produto “DVD PORTATIL 7 USB PD7030 PHILIPS – código 4234051 (NCM 85219090)”, visto que o Protocolo ICMS 19/85 institui o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada, cujas NCM constam no seu Anexo Único, tendo o levantamento fiscal considerado um aparelho de DVD portátil como fosse um simples CD ou DVD. Cita novos exemplos e requer a juntada da planilha completa contendo os produtos sujeitos ao regime normal de apuração (doc.

11) que foram considerados pelo Fisco na composição do ICMS-ST devido, razão para julgar improcedente a infração ou, no mínimo, excluir tais mercadorias do levantamento fiscal.

Já as infrações 5 e 10, alega a impossibilidade de exigência de ICMS-ST sobre transferências interestaduais destinadas ao Estado da Bahia, por violação do inciso II, do §1º, da cláusula primeira do Protocolo ICMS 50/05, tendo em vista que o próprio Protocolo excluiu a incidência do ICMS-ST das operações realizadas com o Estado da Bahia, submetendo as mercadorias ali dispostas, ao regime normal de apuração, qual seja, débito x crédito. Assim, não obstante o autuado, por equívoco, tenha realizado parcialmente o recolhimento do ICMS-ST (no caso da infração 10), tal erro não altera o fato das operações de venda destinadas ao Estado da Bahia estarem na exceção do protocolo supracitado, não havendo incidência de ICMS-ST, do que apresenta exemplos de que os citados produtos, nas operações internas, se encontravam sujeitos ao regime normal de apuração (doc. 12), razão pela qual não há que se falar em exigência de ICMS-ST.

Quanto à infração 9, o autuado diz que identificou que parte do ICMS-ST exigido pela fiscalização estadual não é devido, tendo em vista que inúmeras mercadorias relacionadas não estão sujeitas ao regime de substituição tributária nos termos do Protocolo ICMS 19/85, uma vez que se tratam de produtos (RVD e RBD) que compõem o seu ativo imobilizado, não estando, portanto, sujeitos ao regime de substituição tributária. Informa que, dentre os produtos e serviços oferecidos, destaca-se o aluguel de DVDs, Blu-rays, games e fitas VHS, amplamente utilizados pelos seus clientes. Assim, além da comercialização de DVDs, as lojas também realizam o serviço de locação deste produto aos seus clientes. Logo, os DVDs destinados à comercialização fazem parte do estoque da Empresa, enquanto os DVDs utilizados na locação compõem o seu ativo imobilizado e, para diferenciar o DVD (estoque) do DVD (ativo imobilizado), adota para este último a denominação de RVD, assim como a denominação RBD para Blu-ray.

Ressalta que ao emitir as notas fiscais de transferência da mercadoria DVD (estoque), utiliza o CFOP 6152 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros). Por outro lado, quando da emissão da nota fiscal de transferência do produto DVD (ativo imobilizado), utiliza o CFOP 6.552 (Bens do ativo imobilizado transferidos para outro estabelecimento da mesma empresa), do que destaca que a cláusula primeira do Protocolo ICMS 19/85 impõe que somente as mercadorias (DVD) destinadas à comercialização ou ao uso ou consumo (diferencial de alíquota) pelo destinatário, estão sujeitas ao regime de substituição tributária nas operações interestaduais.

Assim, sustenta que, no caso em questão, os DVD e Blu-rays constantes do Demonstrativo de Apuração do ICMS ST não Retido sob a denominação de RVD e RBD compõem o ativo imobilizado, motivo pelo qual não assiste razão quanto à exigência de retenção do ICMS-ST pelo remetente, do que requer a juntada de algumas notas fiscais (doc. 13) as quais, segundo o deficiente, comprovam a natureza da operação praticada, qual seja, transferência interestadual para o ativo imobilizado, razão pela qual a presente infração deve ser julgada improcedente.

O autuado aduz ausência de prejuízo aos cofres baianos em virtude do recolhimento de ICMS-antecipação na entrada das mercadorias, pois, como já comprovado, diversas mercadorias elencadas pela fiscalização não estavam submetidas à sistemática da ST e, no que se refere ao saldo remanescente, verifica-se que muito embora não tenha efetuado a retenção quando da remessa a título de transferência para as lojas situadas no Estado da Bahia, o estabelecimento destinatário promoveu o recolhimento do ICMS antecipado através de GUIA, conforme comprovantes que serão juntados posteriormente, não havendo, portanto, o que se falar em novo recolhimento do imposto, sob pena de configurar dupla exigência e enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia.

Por fim, preliminarmente, requer que seja reconhecida a extinção do crédito tributário em relação aos valores devidamente pagos, referentes às infrações 2, 6, 7 e 8, nos termos do art. 156, I, do CTN e, no mérito, seja declarada a total improcedência do referido lançamento, cancelando-se o crédito tributário constituído, como também solicita que todas as intimações sejam feitas ao seu Representante Legal.

As autuantes, ao prestarem a informação fiscal, às fls. 90 a 100 dos autos, aduzem que a autuada reconheceu a procedência das infrações 2, 6, 7 e 8, efetuando o recolhimento dos valores exigidos

e impugnando as demais exações.

Em relação à infração 1, as autuantes reconhecem como pertinente as alegações relativas às mercadorias fio dental, escova Ricca e Kit Slip Duomo, e procedem a exclusão (fl. 103) dos respectivos valores: R\$121,69, R\$327,73 e R\$1.044,43, remanescendo o valor de R\$304.899,62.

Quanto à Chupeta Kuka e Mamadeira Lillo, observa que as NCM adotadas pelo autuado estão sempre na classificação de “Outros”, bastante genéricos. Esclarece que para chupeta, a NCM 4014 especifica claramente a sua inclusão. Já a mamadeira, a NCM 3924.1000 encaixa-se perfeitamente nas mercadorias vendidas, fazendo a vinculação perfeita entre NCM e descrição do produto, razão para não acatarem as alegações concernentes.

Inerente à alegação de apresentação de relatórios de notas comprovando o pagamento através das filiais recebedoras das mercadorias, as autuantes aduzem que não se sustenta já que a obrigação da retenção e do pagamento do ICMS-ST é do contribuinte substituto, devidamente inscrito no cadastro do Estado da Bahia, com obediência à legislação, inclusive Convênios e Protocolos firmados, conforme estabelece o art. 370 do RICMS. Assim, ratificam o entendimento de que o estabelecimento autuado, sujeito passivo por substituição, é o responsável pela retenção. Cita precedente do próprio autuado, através de julgamento procedente (Acórdão JJF n. 0184-02/12).

Já na infração 3, no que se refere à alegação de que o reator eletrônico Bivolt era destinado para uso e consumo das filiais e não se aplica o Protocolo ICMS 17/85, as autuantes informam que mesmo para uso consumo a obrigatoriedade da retenção é prevista na cláusula primeira do dito Protocolo. Porém, reduzem a infração 3, no valor de R\$1.208,42 (fl. 104), resultando R\$733,88, por conta da aplicação da diferença de alíquota, em vez de MVA, em razão da alegação do autuado.

Em relação à infração 4, quanto à alegação de que CD e DVD são imunes, as autuantes, após analisarem o art. 150, VI, “e”, da Constituição Federal, concluíram que o ICMS-ST é devido já que as mercadorias estão enquadradas na exceção da imunidade, ou seja, são réplicas industriais de mídias óptica de leitura a laser. Quanto aos DVD portátil, DVD Karaoke, DVD Blu Ray e DVD USB, acataram as alegações de defesa e reduziram em R\$178.033,29, remanescendo o valor de R\$164.880,18 para a infração 4, conforme demonstra à fl. 105 dos autos.

No tocante às infrações 5 e 10, as autuantes acataram a alegação de defesa de que o Protocolo ICMS 50/05 excluiu a incidência do ICMS-ST das operações realizadas com o Estado da Bahia e concluíram pela insubsistência das citadas exações.

Quanto à exação 9, as autuantes acataram a alegação de defesa de que RVD e RBD são destinadas ao ativo imobilizado e, portanto, não caberia a exigência de ICMS-ST. Reduziram a infração em R\$464,53, resultando o valor de R\$260,35, conforme demonstrado à fl. 106 dos autos.

Por fim, após tais considerações, as autuantes concluíram que o Auto de Infração resulta no valor de R\$559.533,76, conforme demonstrativo à fl. 107 dos autos.

Instado a se manifestar sobre a informação fiscal, o sujeito passivo, às fls. 112 a 121 dos autos, em relação à infração 1, no que tange à parcela remanescente, aduz que não há que se falar em falta de recolhimento do imposto, pois, muito embora as operações estejam albergadas pelo instituto da substituição tributária, o ICMS-ST devido pelo impugnante se deu pelos seus estabelecimentos situados no Estado da Bahia, à título de antecipação tributária, do que requer a juntada e análise dos documentos comprobatórios do efetivo recolhimento do ICMS-ST exigido. Cita exemplo e informa existência de memória de cálculo de cada guia paga por estabelecimento, contendo a relação de notas fiscais constantes em cada documento de arrecadação, de modo a proporcionar correlacionar as notas fiscais pagas através dos documentos de arrecadação àquelas contidas no levantamento fiscal.

Salienta que, buscando facilitar essa correlação, elaborou uma planilha de cada estabelecimento que efetuou o recolhimento do ICMS antecipação, cuja nota fiscal fora objeto da autuação, demonstrando que, em que pese não tenha procedido ao recolhimento do ICMS-ST, não há que se falar em prejuízo aos cofres baianos, na medida em que os outros estabelecimentos da Empresa efetuaram o recolhimento do ICMS devido. Requer a improcedência da exação ou realização de diligência ou perícia.

Sobre a parcela remanescente da infração 4, relativa aos produtos com imunidade, o alegante aduz que não deve prosperar o entendimento das autuantes de que DVD e CD estão enquadrados na exceção da imunidade, aplicável no processo de replicação industrial de mídia óptica de leitura a laser, cuja hipótese não lhe cabe, tendo em vista sua atividade de comércio varejista, não realizando qualquer etapa industrial, pois, com efeito, o legislador objetivou, ao retirar a imunidade da etapa de replicação industrial, resguardar a produção industrial de CD e DVD na Zona Franca de Manaus, com a manutenção da exclusividade do benefício fiscal atualmente concedido na etapa da replicação às indústrias localizadas naquela região. Assim, ao adquirir tais mercadorias, embora na operação anterior ela tenha saído tributada, o autuado não se apropria do crédito, tendo em vista que a operação subsequente será realizada com imunidade, razão pela qual a parcela remanescente da infração deve ser excluída.

Por fim, requer que sejam homologados os valores pagos, bem como excluídos os impugnados, julgando improcedente o crédito remanescente, tendo em vista que o ICMS exigido relativo às operações realizadas foi recolhido pelas lojas destinatárias e que os produtos remanescentes da infração 4 (CD e DVD) possuem imunidades constitucional.

À fl. 127 dos autos, as autuantes aduzem que a nova manifestação do autuado não apresenta nada de novo ou relevante em relação à anterior, razão de ratificarem a autuação realizada na forma regulamentar e manterem na íntegra a informação fiscal anteriormente prestada.

Às fls. 129 a 144 dos autos constam extratos de pagamento dos valores reconhecidos pelo autuado.

VOTO

Da análise das peças processuais verifico que, apesar de o lançamento de ofício consignar dez infrações, a lide se restringe, unicamente, às infrações 1, 3, 4, 5, 9 e 10, uma vez que o contribuinte reconheceu e recolheu, integralmente, o montante exigido quanto às infrações 2, 6, 7 e 8, sendo todas as exações relativas ao ICMS-ST nas operações de transferência do estabelecimento autuado, localizado no Estado de Pernambuco, na condição de substituto tributário com inscrição no Estado da Bahia, para as suas filiais baianas, em razão de diversos acordos interestaduais.

Nos termos do art. 147, II, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido de prova pericial, por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

Inicialmente, há de ressaltar que, conforme previsto nos artigos 8º, 10 e 11 da Lei nº 7.014/96:

Art. 8º - São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

[...]

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

Art. 10 - Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

Art. 11 - Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento.

Já o art. 289 do RICMS, Decreto nº 13.780/12, prevê que “*Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.*”

Em consequência, o estabelecimento autuado, na condição de contribuinte substituto inscrito no cadastro do Estado da Bahia, é o sujeito passivo do ICMS-ST nas operações com suas filiais situadas na Bahia. Ademais, a jurisprudência dos tribunais superiores tem apontado no sentido de que a responsabilidade do substituto tributário não pode ser estendida para o contribuinte substituído, a menos que haja cláusula de responsabilidade solidária, a exemplo do STJ, que ao julgar o Recurso Especial nº 1201765/MG descartou a possibilidade da exigência do ICMS do contribuinte substituído, pois entendeu que o fisco estadual deve lançar o ICMS das operações

sujeitas à substituição tributária exclusivamente junto ao SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO, a menos que a legislação estabeleça regime de solidariedade do contribuinte substituído, inexistindo, neste caso, a responsabilidade solidária do adquirente, conforme prevista no art. 6º, XV, da Lei nº 7.014/96, por se tratar o remetente de contribuinte com inscrição estadual ativa como substituto tributário no Estado da Bahia.

Em relação à infração 1, o autuado alega que “FIO DENTAL 3784 HOPE. P. SERENA” se trata de vestuário de moda íntima feminina; “ESC RICCA COLORS FLOWER ALMOFADADA 232 – NCM 9603.29.00” não se trata de escova dentífrica (NCM 9603.21.06) e “KIT SLIP C/4 BCO/AZ/MHO/GEL M 5435 DUOMO” se trata de um kit de cuecas, cujos produtos não estão submetidos à substituição tributária de produtos farmacêuticos prevista no Convênio ICMS 76/04, mas, sim ao regime normal de apuração do ICMS, sendo que as autuantes acataram as alegações e reduziram o débito de R\$306.393,46 para R\$304.899,62, conforme demonstrativo à fl. 103 dos autos, do que concordo.

Entretanto, no que concerne à alegação de defesa de que as mercadorias classificadas na NCM 39269040 (a exemplo, da “CHUPETA LILLO FUNNY ESTAMPAS ORTO SIL T2”) e NCM 3926.9000 (a exemplo, da “MAMADEIRA BABY GO C/ ALCA ORTO 240ML 2059”) (doc. 7), não constam da relação trazida pelo Anexo Único do Convênio ICMS 76/94, as autuantes sustentam que para chupeta, o NCM 4014 especifica claramente a sua inclusão. Já a mamadeira, o NCM 3924.1000 encaixa-se perfeitamente nas mercadorias vendidas, fazendo a vinculação perfeita entre NCM e descrição do produto, razão para não acatarem as alegações concernentes.

Da análise dos itens “IV” e “V” do Anexo Único do Convênio ICMS 76/94, assim como do item 32.2 do Anexo 1 do RICMS vigente, verifica-se que mamadeiras de borrachas vulcanizadas, vidro e plástico, sob NCM 4014.90.90; 7013.3 e 39.24.10.00, como também chupetas e bicos para mamadeiras, sob NCM 4014.90.90, estão sujeitas ao regime de substituição tributária, cabendo razão ao fisco.

No tocante à alegação de defesa de que, em relação à parcela remanescente da infração 1, inexistente prejuízo ao erário estadual baiano, visto que o ICMS-ST devido pelo impugnante se deu pelos seus estabelecimentos situados no Estado da Bahia, à título de antecipação tributária ou que as suas filiais adquirentes, situadas na Bahia, efetivaram o débito integral do imposto com alíquota de 17%, não podendo subsistir a acusação de falta de recolhimento do imposto, há de se salientar, inicialmente, que não restou comprovada, de forma inequívoca, a alegada saídas tributadas dos produtos, como também deve-se registrar que o estabelecimento autuado, inscrito como substituto tributário na Bahia, é o sujeito passivo responsável pela retenção e recolhimento do imposto em favor do estado destinatário da presente relação jurídica tributária para atender aos diversos acordos interestaduais que lhe atribuem essa condição, conforme alinha a cláusula segunda do Convênio 81/93, observando a condição de varejista dos seus estabelecimentos filiais no Estado da Bahia, nas operações de transferência, em consonância com a cláusula quinta, inciso II do aludido Convênio, não cabendo ao autuado, ao seu talante, modificar a sujeição passiva ao arrepião da lei e submetendo ao ente tributante à obrigação, a qualquer momento dentro do prazo decadencial, da restituição do indébito fiscal ao estabelecimento que efetuou o recolhimento do imposto sem autorização legal, inexistindo, neste caso, a responsabilidade solidária do adquirente, conforme prevista no art. 6º, XV, da Lei nº 7.014/96, por se tratar o remetente de contribuinte com inscrição estadual ativa como substituto tributário no Estado da Bahia.

Assim, diante de tais considerações, subsiste parcialmente a infração 1, no valor de R\$304.899,62, conforme demonstrativo à fl. 103 dos autos.

Quanto à infração 3, restou comprovado pelas autuantes a procedência da alegação de defesa da destinação ao uso e consumo de reator eletrônico bivolt, como também que, mesmo para uso consumo, a obrigatoriedade da retenção é prevista na cláusula primeira do Protocolo ICMS 17/85, porém, sem MVA, o que reduziu a infração 3 para o valor de R\$733,88.

Diante das provas documentais e das considerações das autuantes, conluiu pela subsistência parcial da exação, no valor de R\$733,88, conforme demonstrado à fl. 104 dos autos.

Inerente à infração 4, uma vez comprovado o equívoco da autuação quanto à exigência do ICMS-ST relativa aos produtos DVD portátil, DVD Karaoke, DVD Blu Ray e DVD USB, a lide remanesce apenas quanto à alegação de defesa de que é vedado exigir ICMS-ST sobre CD e

DVD, conforme previsto no art. 150, VI, “e”, da Constituição Federal, tendo as autuantes concluído ser devido já que as mercadorias estão enquadradas na exceção da imunidade, ou seja, são réplicas industriais de mídias óptica de leitura a laser.

Da análise do dispositivo constitucional concordo com as autuantes de que as réplicas industriais de mídias ópticas de leitura laser se enquadram na exceção legal à vedação da tributação. Tal conclusão é corroborada através dos itens IV a VI do Anexo Único c/c a cláusula primeira do Protocolo ICMS 19/85, com nova redação dada pelo Protocolo ICMS 129/13, vigentes à época dos fatos geradores, nos quais atribuiam ao remetente a condição de responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, dentre outros, de “Discos fonográficos por raio laser”, cuja norma foi recepcionada no item 17 do Anexo Único do RICMS/12.

Assim, diante de tal legislação e do preceito legal do art. 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), de que “Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de constitucionalidade; II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida e III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conluo subsistente em parte a infração 4, no valor de R\$164.880,18, conforme demonstra à fl. 105 dos autos.

Em relação às infrações 5 e 10, as autuantes acataram a alegação de defesa de que o Protocolo ICMS 50/05 excluiu a incidência do ICMS-ST das operações realizadas com o Estado da Bahia de massas alimentícias, biscoitos, etc., derivados da farinha de trigo, por violação do inciso II, do §1º, da cláusula primeira do Protocolo ICMS 50/05. De fato, o referido Protocolo excluiu a incidência do ICMS-ST das operações destinadas à Bahia e, em consequência, as exações são insubstinentes.

Por fim, quanto à infração 9, as autuantes acataram a alegação de defesa de que RVD e RBD são destinadas ao ativo immobilizado e, portanto, não caberia a exigência de ICMS-ST, reduzindo a infração ao valor de R\$260,35, conforme demonstrado à fl. 106 dos autos, do que concordo.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$559.533,66, devendo homologar as importâncias já recolhidas, em razão:

- 1) da subsistência das exações 2, 6, 7 e 8, objeto de reconhecimento e recolhimento do autuado;
- 2) da redução da: infração 1 para R\$304.899,62 (fl. 103); infração 3 para R\$733,88 (fl. 104); infração 4 para R\$164.880,18 (fl. 105) e infração 9 para R\$260,35 (fl. 106);
- 3) da insubstância das exações 5 e 10 do lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281066.0001/16-0**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A. (LOJA 160)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$559.533,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo-se homologar os valores recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – JULGADORA