

PROCESSO - A. I. Nº 281066.0001/16-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e LOJAS AMERICANAS S.A. (LOJA 160)
RECORRIDOS - LOJAS AMERICANAS S.A. (LOJA 160) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0086-06/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24/04/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0044-11/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. Exigência do imposto pelo regime de substituição tributária aplicável às operações interestaduais, conforme previsto em acordos interestaduais (Convênios e Protocolos de ICMS). Não acolhida à tese de que o imposto exigido amparado por Convênios de ICMS (76/94 e 81/93) tenha sido recolhido por antecipação (infração 1). Excluído os valores relativos a operações contempladas com imunidade (infração 4) e de bens que incorporam o ativo imobilizado do destinatário (infração 9). Reformada a Decisão pela insubsistência das infrações 4 e 9. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam de Recurso de Ofício interposto pela 6ª JJF, em razão da desoneração de parte dos valores exigidos total dos valores exigidos nas infrações 5 e 10, e parcial das infrações 1, 3, 4 e 9 na Decisão proferida através do Acórdão nº 0086-06/16, conforme disposto no art. 169, I, “a” do RPAF/BA e de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo relativo às infrações 1, 4 e 9 julgadas Procedente em Parte, com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA.

O Auto de Infração lavrado em 28/03/2016, exige ICMS relativo a dez infrações, totalizando valor exigido de R\$924.239,68, sendo objeto dos recursos interpostos as seguintes infrações:

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

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

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

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

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

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

Na Decisão proferida (fls. 145/151) a 6ª JJF ressaltou que foram apreciadas às infrações 1, 3, 4, 5, 9 e 10, face ao reconhecimento e pagamento dos valores exigidos nas infrações 2, 6, 7 e 8.

Indeferiu o pedido de realização de diligência ou prova pericial fiscal nos termos do art. 147, II,

“b”, do RPAF/BA, por considerar suficientes para sua convicção os elementos contidos nos autos.

Ressaltou que, conforme previsto nos artigos 8º, 10 e 11 da Lei nº 7.014/96 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, 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, bem como 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; 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.

Destacou que o art. 289 do RICMS/2012 prevê que *“Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento”*, consequentemente 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 no Estado da Bahia, a exemplo da jurisprudência dos Tribunais Superiores 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 RESp 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.

No mérito, com relação às infrações objeto dos recursos apreciou que:

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 dentifrícia (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 acatarem 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, inexistiu 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 arripio da lei e submetendo ao ente tributante à obrigação, a qualquer momento dentro do prazo decadencial, da restituição do indébito fiscal ao estabelecimento que efetivou 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, concluo 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 atribuíam 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 inconstitucionalidade; 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, concluo 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 insubsistentes.

Por fim, quanto à infração 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, 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 insubsistência das exações 5 e 10 do lançamento de ofício.*

A 6ª JFJ recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF-BA.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 164 a 179) o recorrente ressalta a tempestividade do recurso, descreve as infrações e afirma que reconheceu e providenciou o pagamento dos valores exigidos nas infrações de nº 2, 6, 7 e 8, usufruindo das reduções previstas no art. 45 da Lei nº 7.014/96.

Comenta o julgamento da 6ª JFJ, ressaltando o acolhimento de parte das alegações em relação às infrações 5 e 10 e parcialmente as infrações 1, 3, 4 e 9 que devem ser reformadas.

Quanto à infração 1, diz que embora tenha acolhido as alegações relativas às mercadorias calcinha fio dental, escova Ricca e Kit Split Duomo não há que se falar em falta de ICMS-ST.

Afirma que se trata de operações de transferência de estabelecimentos localizado no Estado de Pernambuco (com inscrição de Contribuinte Substituto no Estado do Bahia), e lojas situadas no Estado baiano que promoveu o pagamento do ICMS-ST a título de antecipação tributária.

Cita a exemplo da NF 1878303 emitida em 04/01/14 em favor do CNPJ 33.014.556/0826-56 (IE 02.5048.392) que foi relacionada pela fiscalização pela falta de recolhimento de ICMS-ST, cujo montante exigido foi recolhido sob a rubrica de “ICMS Antecipado” – Código de Receita 1145, através do DAE 1400664195, no valor de R\$18.928,27, conforme cópia à fl. 170.

Afirma que embora o DAE não possua a descrição de todas as NF's ali contempladas, juntou aos autos, em arquivo Excel, a memória cálculo do DAE, com a relação de NFs pertinentes.

Ressalta que elaborou uma planilha de cada estabelecimento que efetuou o recolhimento do ICMS-Antecipação, cuja NF teve o ICMS-ST recolhido e não há que se falar em prejuízo aos cofres baianos, visto que outros estabelecimentos efetuaram o recolhimento do imposto devido.

Exemplifica a planilha 1 da “LOJA 30 PLAN. CONSOLIDADO ST 2014” que é composta por duas abas, a primeira da relação de NFs que foram objeto da presente autuação e segunda da memória de cada DAE recolhido pela loja discriminando a relação de NF daquele recolhimento.

Neste caso, bastaria a fiscalização somar todas as NF's da loja 30 relativas ao mês de janeiro, apurando o valor de R\$18.928,27 que corresponde ao valor do DAE, cuja NF N° 1878303 consta do levantamento fiscal e teve o ICMS-ST recolhido pela loja 30.

Argumenta que tanto a fiscalização quanto o julgador de 1ª Instância, não analisaram as provas acostadas aos autos, sob fundamento de que o contribuinte substituto é o CD/Pernambuco (Recorrente), desconsiderando completamente que o ICMS-ST exigido já foi recolhido, transcrevendo à fl. 172 parte do conteúdo do voto da 6ª JF.

Argumenta que o fundamento de possíveis restituições desconsidera os documentos acostados, homologando os recolhimentos realizados pelas lojas destinatárias, cujos “*créditos estariam extintos, não sendo passíveis de futuros pedidos de restituição*”.

Lembra que o processo administrativo é regido pelo princípio da verdade material e na busca da realidade dos fatos, poderia promover a realização de diligência fiscal.

Requer a análise dos documentos acostados no sentido de que a referida infração seja julgada improcedente em sua totalidade.

No tocante a parcela remanescente da infração 4 ressalta que a fiscalização reconheceu que o produto DVD Portátil não se submete ao regime de ST e excluiu o valor de R\$178.033,29.

Mas não excluiu os produtos com imunidade constitucional, alegando que o ICMS-ST é devido, pois estão enquadradas na exceção da imunidade (mídias ópticas de leitura a laser) o que foi acolhido pela 6ª JF de forma equivocada, conforme disposto no art. 150, VI, “e” da CF, conforme transcreveu à fl. 175.

Afirma que à exceção da imunidade somente se aplica no processo de replicação industrial de mídia óptica de leitura a laser, que não é o caso, considerando que a atividade exercida por esta é **tão somente de comércio varejista, não realizando qualquer etapa industrial**, que se aplica a produção industrial de CDs e DVDs na Zona Franca de Manaus, que possui maior concentração de indústrias no setor, evitando ocorrer um “esvaziamento” industrial da região.

Afirma que no caso não se discute a etapa industrial de replicação e **sim a fase de comercialização das mercadorias descritas na alínea “e” que se encontra prevista na exceção da imunidade constitucional**, cujas mercadorias tributadas na operação anterior, não se apropria do crédito, tendo em vista que a operação subsequente será realizada com imunidade, conforme diagrama indicado na fl. 176.

Conclui que a venda de CDs de DVDs contendo obras musicais de autores e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros, gozam de imunidade constitucional e deve ser completamente excluída da autuação os valores remanescentes.

Quanto à infração 9 (falta de recolhimento do ICMS-ST das transferências interestaduais de CDs, DVDs e Blu-rays) ressalta que trata-se de operações com lojas situadas no Estado da Bahia, cujo

enquadramento no regime de substituição tributária foi estabelecido pelo Protocolo ICMS 19/85.

Afirma que as mercadorias autuadas não estão sujeitas ao regime de substituição tributária nos termos do Protocolo ICMS 19/85, tendo em vista que o produto “RVD” e “RBD” compõem o ativo imobilizado da empresa, que exerce atividade de aluguel de DVDs, Blu-rays, games e fitas VHS, amplamente utilizados pelos seus clientes.

Diz que os DVDs comercializados fazem parte do estoque da empresa, enquanto os DVDs utilizados na locação compõem o seu ativo imobilizado, sendo diferenciado o DVD do estoque do ativo imobilizado, adotando a denominação de RVD e 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), enquanto na transferência do produto DVD (ativo imobilizado), foi utilizado o CFOP 6.552 (Bens do ativo imobilizado transferidos para outro estabelecimento da mesma empresa).

Conclui que juntou documentos comprobatórios das operações de transferências de mercadorias para integração do ativo imobilizado, tendo a fiscalização reconhecido a improcedência da infração, reduzindo R\$467,53 de um total de R\$724,88, mas que as operações realizadas que integraram o ativo do Recorrente, inclusive, de RVDs e RBDs, devendo, portanto, a parcela de R\$260,35 ser cancelada.

Esta 1ª CJF determinou a realização de diligência fiscal (fl. 185) no sentido de que fosse i) intimado o contribuinte para apresentar o requerimento de retificação de DAEs e ii) encaminhe a DARC os requerimentos para fazer a retificação; iii) elaborasse novo demonstrativo da infração 4, excluindo o CDs e DVDs destinados à reprodução de fonogramas produzidos no Brasil e de autoria de artistas brasileiros.

Em atendimento a intimação, o recorrente (fls. 196/197), afirmando que o prazo de dez dias foi insuficiente e requisitou dilação, no que foi atendido (fl. 204). Em nova manifestação (fls. 207/208) afirmou que tendo procedido ao pedido de retificação, deve ser verificado no sistema.

As autuantes na informação fiscal (fls. 221/225) comenta a diligência e diz que com relação ao pedido de retificação dos DAEs, após fazer um histórico afirma que não cabe a retificação dos DAEs tendo em vista que:

- a) Os 12 DAEs que deveriam ser retificados da inscrição 104.570.535 para 50.012.525, com alteração do código de receita de 1145 para 1187, deveria preceder de autorização da empresa;
- b) Não lhes cabe verificar retificação de DAEs fora da sua circunscrição.
- c) Diante do 1º DAE apresentado com valor de R\$18.928,27 referem-se a 108 notas fiscais e somente cinco delas fazem parte do débito constituído, conforme relacionou à fl. 224 totalizando valor de R\$107,58, representando apenas 0,5% do valor total;
- d) Ressalta que a listagem encaminhada pela empresa indica notas fiscais e data de emissão sem indicar valores, o que impossibilita a retificação do DAE, visto que 99,5% correspondem a responsabilidade da empresa destinatária;
- e) Que deveria ter sido apresentado a memória de cálculo de cada DAE.

Por fim, informam que na infração 4 retiraram os produtos com mídia de artistas brasileiros, ficando tanto a infração 4 como a 9 zeradas, motivo pelo qual não elaborou novo demonstrativo.

Cientificado do resultado da diligência, o sujeito passivo se manifestou (fls. 292/296) ressaltando que após os pagamentos realizados, a discussão restringe-se às infrações 1, 4 e 9.

Com relação às infrações 4 e 9, diz que diante das provas apresentadas a fiscalização fez as exclusões pertinentes. Requer o julgamento pela improcedência destas infrações.

Relativamente à infração 1, ressalta que a não aceitação por parte das autuantes de comprovação do pagamento do ICMS-ST se deu pelo fato de ter sido recolhido pelos estabelecimentos

destinatários e não o do Recorrente.

Transcreve o teor da informação fiscal e diz que independentemente de que procedeu ao recolhimento, não causou prejuízo ao Estado da Bahia, sob pena de enriquecimento ilícito.

Afirma que em 15/07/16 disponibilizou os DAEs e memórias de cálculos indicando a composição do ICMS de cada DAE acostado ao processo.

Em relação à operação citada do DAE com valor de R\$18.928,27 “*requer a juntada da memória de cálculo analítica*” para demonstrar que os argumentos da fiscalização não prosperam.

Requer a improcedência da infração 1 e homologação das exclusões das infrações 4 e 9.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício, no tocante a exoneração total dos valores exigidos nas infrações 5 e 10 e parcial das infrações 1, 3, 4 e 9.

Com relação à infração 1 (retenção do ICMS-ST de mercadorias/Prot. ICMS 76/94) verifico que conforme fundamentado na Decisão ora recorrida foram excluídos os valores relativos aos produtos que não estão submetidos à substituição tributária:

- a) FIO DENTAL 3784 HOPE. P. SERENA - vestuário de moda íntima feminina e não de uso dentifício;
- b) ESC RICCA COLORS FLOWER ALMOFADADA 232 – NCM 9603.29.00 - não é escova dentifrícia (NCM 9603.21.06) e sim escova de cabelo conforme detalhamento à fl. 54;
- c) KIT SLIP C/4 BCO/AZ/MHO/GEL M 5435 DUOMO - kit de cuecas não relacionado no Anexo do Convênio ICMS 76/04, conforme detalhamento à fl. 55;

Assim sendo, restou comprovado que os produtos acima se submetem ao regime normal de apuração do ICMS e correta a exclusão dos valores correspondentes, que implicou na redução do débito de R\$306.393,46 para R\$304.899,62 (fl. 103).

Com relação à infração 3 (retenção do ICMS-ST de mercadorias/Prot. ICMS 17/85) constato que conforme cópia da NFe 1.855.519 (fl. 58) trata-se de transferência de reatores e lâmpadas destinadas a uso e consumo. Neste caso a cláusula primeira do Protocolo 17/85 prevê que se submetem a ST, mediante a exigência da diferença de alíquota, sem o MVA.

Adequando-se a norma, as autuantes refizeram o demonstrativo original (fl. 104) o que implicou na redução do débito de R\$1.942,32 para R\$733,88. Fica mantida a Decisão pela Procedência Parcial da infração 3.

Quanto à infração 4 (retenção do ICMS-ST de mercadorias/Prot. ICMS 19/85) observo que na impugnação inicial o sujeito passivo alegou que os produtos DVD portátil, DVD Karaoke, DVD Blu Ray e DVD USB estão contemplados com imunidade nos termos do art. 150, VI, “e”, da CF, instituído pela EC 75/2013.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.(Incluída pela Emenda Constitucional nº 75, de 15.10.2013)”.

As autuantes refizeram o demonstrativo original (fl. 105) o que implicou na redução do débito de R\$342.913,46 para R\$164.880,18.

Portanto, constato que a desoneração procedida decorre da exclusão de valores relativos às operações de transferências de réplicas industriais de mídias ópticas de leitura laser que são contempladas com imunidade constitucional. Fica mantida a Decisão pela Procedência em Parte da infração 4.

Relativamente às infrações 5 e 10 (falta de retenção e retenção a menos do ICMS-ST) trata-se de operações de transferências de biscoitos, bolachas, ... submetidos ao regime de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS 50/05.

Na defesa apresentada o sujeito passivo alegou que nas operações de transferências, o citado Protocolo excluiu a incidência do ICMS-ST das operações realizadas com o Estado da Bahia.

Constato que conforme apreciado na Decisão ora recorrida o Protocolo ICMS 50/2005 trata da substituição tributária sobre operações interestaduais com produtos alimentícios derivados de farinha de trigo ou de misturas, do qual o Estado da Bahia é signatário.

Entretanto, o §1º, II, da cláusula primeira com redação dada pelo Prot. ICMS 185/09, com efeitos a partir de 21/12/09 estabelece que:

§ 1º A substituição tributária prevista nesta cláusula também se aplica em relação:

...
II – às transferências interestaduais, exceto em relação às operações destinadas ao Estado da Bahia.

Portanto, em se tratando de fatos geradores ocorridos no exercício de 2014, restou comprovado que o estabelecimento remetente localizado no Estado de Pernambuco não tinha obrigação de proceder à retenção relativo a transferências de mercadorias (biscoitos) para estabelecimento localizado no Estado da Bahia.

Assim sendo, fica mantida a Decisão pela Improcedência das infrações 5 e 10.

Com relação à infração 9 (retenção a menos – Prot. ICMS 19/85) na defesa apresentada o sujeito passivo alegou que os produtos RVD e RBD remetidos em transferências são destinados ao ativo imobilizado o que foi acolhido pela fiscalização.

As notas fiscais de transferências indicam o CFOP 6552 (Transferência de bens do ativo imobilizado). Já a cláusula primeira do Protocolo ICMS 19/85 prevê a substituição tributária nas operações interestaduais de disco fonográfico, fitas virgens ou gravadas, “*relativo às saídas subsequentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário*”.

Pelo exposto, conforme apreciado na Decisão proferida pela 6ª JF, não cabe à exigência de ICMS-ST sobre as operações que foram objeto da autuação. Fica mantida a Decisão pela Procedência em Parte da infração 9, com redução do débito de R\$724,88 para R\$260,35, conforme demonstrativo refeito acostado à fl. 106.

Recurso de Ofício Não Provido.

No que se refere ao Recurso Voluntário, o recorrente se insurge contra a Decisão no que se refere às infrações 1, 4 e 9.

Quanto à infração 1 (falta de retenção do ICMS-ST – Convênio ICMS 76/94), julgada Procedente em Parte com redução do débito de R\$306.393,46 para R\$304.899,62 (fl. 103), o recorrente ressalta que foi excluído os valores relativos a mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária (calcinha fio dental, escova Ricca e Kit Split Duomo).

Quanto aos valores remanescentes, argumentou que apesar de não ter feito a retenção do ICMS-ST, os estabelecimentos destinatários (BA) promoveram o pagamento do ICMS-ST (antecipação).

Esta 1ª CJF (fl. 185) determinou a realização de diligência fiscal no sentido de intimar o autuado para i) requerer retificação dos DAEs e ii) considerar os comprovantes dos DAEs retificados.

Em atendimento a diligência fiscal (fls. 221/225) as autuantes informaram que não foi feita a

retificação dos DAEs; o apresentado (R\$18.928,27) refere-se a 108 notas fiscais, sendo que apenas 5 integram o débito constituído (fl. 224) totalizando R\$107,58 que representa apenas 0,5% do total.

Também, que não foi apresentado a memória de cálculo de cada DAE.

Na manifestação acerca da diligência, o recorrente afirma que em 15/07/16 disponibilizou os DAEs e memórias de cálculos indicando a composição do ICMS de cada DAE acostado ao processo e requereu a juntada da memória de cálculo do DAE com valor de R\$18.928,27.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- a) Na impugnação inicial o sujeito passivo alegou que se por equívoco “deixou de reter e recolher o ICMS-ST” na remessa de mercadorias as lojas adquirentes “ao realizarem a venda para o consumidor final, realizaram o débito integral” a exemplo de hastes flexíveis (fl. 57);
- b) Na manifestação acerca da informação fiscal (fl. 114) argumentou que embora não tenha feito à retenção, o ICMS-ST foi recolhido por antecipação pelos estabelecimentos localizados no Estado da Bahia;

Na Decisão proferida a 6ª JJF fundamentou que o estabelecimento autuado é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST (Convênios ICMS 76/94 e 81/93), estando inscrito como contribuinte substituto neste Estado.

E que “*não restou comprovada, de forma inequívoca, a alegada saídas tributadas dos produtos*”, bem como não ficou comprovado o recolhimento do ICMS-ST exigido por parte dos destinatários (antecipação).

Esta 1ª CJF promoveu a realização de diligência fiscal no sentido de que o recorrente efetuasse a retificação dos DAEs (fl. 185), entretanto, conforme informação fiscal das fls. 223 a 225, a fiscalização justificou impossibilidade de retificar os DAEs e estabelecer uma vinculação entre os valores autuados e o dos DAEs apresentados.

Constato que conforme esclarecido pelas autuantes, a exemplo do DAE com valor de R\$18.928,27 (fl. 170) o mesmo está correlacionado pagamento do ICMS antecipado da filial localizada no município de Valença (Loja 30), no mês de janeiro/2014, relativo a 108 notas fiscais. Entretanto, apenas cinco notas fiscais identificadas na memória de cálculo estão correlacionadas com o Anexo 2.1 elaborado pela fiscalização.

O valor exigido neste mês totaliza R\$37.836,62. Já os valores recolhidos por antecipação contido na memória de cálculo do valor recolhido de R\$18.928,27 totaliza apenas R\$107,58 conforme detalhamento à fl. 224.

Por tudo que foi exposto, entendo que o detalhamento contido na mídia gravada pelo estabelecimento autuado (fl. 124) apresentado antes do julgamento da primeira instância, contém informações relativas as notas fiscais que tiveram ICMS-ST pago por antecipação, vinculadas a diversos Convênios e Protocolos de ICMS, mas não apresenta uma correlação com as operações que foram objeto da autuação, na infração 1, específicas do Convênio ICMS 76/94;

Embora esta 1ª CJF tenha por meio de realização de diligência fiscal promovido a retificação dos DAEs, isto se revelou dificultoso após prorrogações de prazos.

Em conclusão, conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, o estabelecimento autuado localizado no Estado de Pernambuco é inscrito como substituto tributário no Estado da Bahia, e é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST relativo às operações interestaduais com contribuinte localizados neste Estado, relacionadas no Convênio ICM 76/94.

E conforme cláusula segunda e quinta do Convênio 81/93, tem a obrigação de fazer a retenção nas operações de transferência para os estabelecimentos localizados no Estado da Bahia. Não lhe é facultado modificar a sujeição passiva e, caso venha a provar que efetuou pagamento do ICMS-ST por antecipação relativo às operações objeto da autuação, é cabível o pedido de restituição do indébito fiscal.

Portanto, fica mantida a Decisão pela Procedência em Parte da infração 1, com valor remanescente devido de R\$304.899,62.

Quanto às infrações 4 e 9 (falta de retenção do ICMS-ST – Prot. ICMS 19/85), observo que com relação à infração 4, esta 1ª CJF determinou a realização de diligência fiscal (fl. 185) no sentido de excluir os valores relativos à CDs e DVDs destinados à reprodução de fonogramas e videogramas musicais, produzidos no Brasil e que seja de autoria de artista brasileiro conforme disposto no art. 150, VI, “e” da CF.

Da mesma forma, com relação à infração 9, foi determinada a exclusão do valor remanescente de R\$260,35 relativa a operações de transferências de bens destinados ao ativo imobilizado.

Em atendimento ao solicitado, a fiscalização (fl. 225) informou que *“retiramos os produtos com mídia de artistas brasileiros, ficando tanto a Infração 04 como a 09 zeradas”*.

Assim sendo, restou comprovado no saneamento do processo que o valor remanescente de R\$178.033,29 (original R\$342.913,47) da infração 4, julgada Procedente em Parte, refere-se a CDs e DVDs produzidos no Brasil que são alcançados pela imunidade prevista no art. 150, VI, “e” da CF.

Quanto à infração 9, também, no saneamento do processo restou comprovado que o valor remanescente de R\$260,35 (original de R\$724,88) refere-se a operações de transferências interestaduais de CDs, DVDs e Blu-rays, denominados “RVD” e “RBD” foram destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento destinatário. Logo, não se submetem a substituição tributária, conforme reconheceu as autuantes, em atendimento a diligência fiscal.

Pelo exposto, acolho o resultado da diligência fiscal, ficando reformada a Decisão do julgamento das infrações 4 e 9 de Procedentes em Parte, para Improcedentes, não restando qualquer valor a ser exigido.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com exclusão do débito das infrações 4 e 9 nos valores respectivos de R\$164.880,18 e R\$260,35.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$394.393,13**, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS