

A. I. Nº - 281071.0003/18-7
AUTUADA - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19.09.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0141-05/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO OU RETENÇÃO INSUFICIENTE. MERCADORIAS SUJEITAS A DIVERSOS ACORDOS INTERESTADUAIS. À exceção da infração 09, cuja redução da base de cálculo para as operações subsequentes não foi observada pela auditoria, as demais irregularidades restaram demonstradas e não tiveram contradita consistente, inclusive a que visa considerar certos produtos incluídos na autuação como lençóis, quando, em realidade, correspondem a protetores de colchão, estes últimos sujeitos à tributação antecipada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Vale salientar, de início, que o presente relatório atende aos parâmetros de elaboração desenhados no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais.

Seja em razão de falta de retenção, seja em virtude de retenção feita a menor, o presente Auto de Infração, lavrado em 30/3/2018, tem como fundamento a falta de recolhimento de imposto devido por substituição tributária – ICMS-ST, relacionado a operações interestaduais com mercadorias sujeitas a regime jurídico estabelecido em Acordos Interestaduais – Convênios e Protocolos.

Detalhadamente, a cobrança contém as seguintes exigências:

Infração 01 – 08.06.02: Procedeu a retenção de imposto a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Montante histórico de R\$486,98 e multa de 60%, com fatos geradores e enquadramento legal apontados no campo próprio do auto de infração, especialmente o Prot. ICMS 10/92.

Infração 02 – 08.15.02: Procedeu a retenção de imposto a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Montante histórico de R\$19.653,39 e multa de 60%, com fatos geradores e enquadramento legal apontados no campo próprio do auto de infração, especialmente o Conv. ICMS 76/94.

Infração 03 – 08.15.03: Falta de retenção de imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Montante histórico de R\$367,60 e multa de 60%, com fatos geradores e enquadramento legal apontados no campo próprio do auto de infração, especialmente o Conv. ICMS 76/94.

Infração 04 – 08.17.02: Procedeu a retenção de imposto a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Montante histórico de R\$1.086,78 e multa de 60%, com fatos geradores e enquadramento legal apontados no campo próprio do auto de infração, especialmente o Conv. ICMS 85/93.

Infração 05 – 08.23.02: Procedeu a retenção de imposto a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Montante histórico de R\$5.205,28 e multa de 60%, com fatos geradores e enquadramento legal apontados no campo próprio do auto de infração, especialmente o Prot. ICM 17/85.

Infração 06 – 08.23.03: Falta de retenção de imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Montante histórico de R\$746,99 e multa de 60%, com fatos geradores e enquadramento legal apontados no campo próprio do auto de infração, especialmente o Prot. ICM 17/85.

Infração 07 – 08.34.02: Procedeu a retenção de imposto a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Montante histórico de R\$3,62 e multa de 60%, com fatos geradores e enquadramento legal apontados no campo próprio do auto de infração, especialmente o Prot. ICMS 50/05.

Infração 08 – 08.34.03: Falta de retenção de imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Montante histórico de R\$39,15 e multa de 60%, com fatos geradores e enquadramento legal apontados no campo próprio do auto de infração, especialmente o Prot. ICMS 50/05.

Infração 09 – 08.40.01: Procedeu a retenção de imposto a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Montante histórico de R\$22.867,01 e multa de 60%, com fatos geradores e enquadramento legal apontados no campo próprio do auto de infração, especialmente o Conv. ICMS 135/06.

Infração 10 – 08.43.01: Falta de retenção de imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Montante histórico de R\$60.695,18 e multa de 60%, com fatos geradores e enquadramento legal apontados no campo próprio do auto de infração, especialmente o Prot. ICMS 206/10.

Infração 11 – 08.43.03: Procedeu a retenção de imposto a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Montante histórico de R\$357,76 e multa de 60%, com fatos geradores e enquadramento legal apontados no campo próprio do auto de infração, especialmente o Prot. ICMS 206/10.

Infração 12 – 08.46.02: Procedeu a retenção de imposto a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Montante histórico de R\$5.895,47 e multa de 60%, com fatos geradores e enquadramento legal apontados no campo próprio do auto de infração, especialmente o Prot. ICMS 97/10.

Dentre outros documentos, anexou-se ao lançamento extrato cadastral da empresa (fls. 12/14), cientificação do início da ação fiscal (fl. 16), intimação para apresentação de livros e documentos fiscais (fl. 19), planilhas demonstrativas dos valores quantificados para cobrança (fls. 21/92, em excertos) e CD contendo de modo completo os arquivos eletrônicos que serviram de suporte para a autuação (fl. 93).

Veio a impugnação em 18/6/2018 (fls. 100/114), conforme sistema de protocolo (fl. 99).

Nela, aduz-se como primeira questão de mérito, a inocorrência do fato gerador, visto que as operações afetadas aludem a transferências interestaduais, cobertas pelos efeitos da Súmula 166 do STJ, que não se enquadram no conceito de operação de circulação de mercadorias, de acordo com a interpretação conjugada dos arts. 146 e 155, II e §2º, XII todos da CF/88, e art. 2º, I da LC 87/96, e com entendimentos doutrinários traçados às fls. 104 e 105 e posicionamentos judiciais e administrativos transcritos às fls. 106 a 111.

Como segunda questão de mérito, o contribuinte pondera ser improcedente a infração 09, visto que a auditoria inobservou a redução de base de cálculo conseguida através de regime especial acolhido em Parecer da Secretaria da Fazenda da Bahia, respeitante a operações com aparelhos celulares e *simcards*.

Em terceiro lugar, garante ser parcialmente insubsistente a infração 10, porquanto o produto objeto da autuação passa ao largo da tributação antecipada, qual seja, lençóis de cama, imprevistos no rol contido no Prot. ICMS 206/10.

Depois disto, requer realização de diligência fiscal para a ASTEC, dada a necessidade de melhor apurar as alegações defensivas, apresentando quesitos à fl. 113.

Ao final, pede total acolhimento da defesa com o consequente cancelamento do auto de infração.

Como lastro à contestação, traz o contribuinte, entre outros, documentos de representação legal (fls. 115/146), Acórdão JJF 0193-05/16 (fls. 156/162) e seu reexame na segunda instância, Ac. CJF 0224-12/17 (fls. 166/170), Parecer da Sefaz nº 4675/2011 (fls. 176/177), planilha demonstrativa do cálculo do ICMS pós redução da base de cálculo (fls. 179/190), planilha da infração 10 produzida pela fiscalização (fls. 193/198) e mídia digital contendo arquivos eletrônicos (fl. 201).

Informações fiscais advieram (fls. 212/216). Nelas o i. autuante acatou a pertinência do quanto alegado pelo sujeito passivo em face da infração 09 e a exclui da cobrança, reduzindo o crédito tributário.

No tocante à infração 10, seu posicionamento foi o de continuar sustentando o cometimento da irregularidade, retrucando que a mercadoria apontada pelo impugnante como lençol na verdade é protetor de colchão, nas versões “solteiro” e “casal”, e, como tal, está no rol de produtos submetidos à ST, inclusive encartado no Anexo I do RICMS-BA; como reforço, apensa ao PAF páginas do *site* da empresa “Fibrasca”, uma das suas fornecedoras, em que são ofertados detalhes sobre a mercadoria em foco, afirmando que o autuado não comercializa *lençóis* e sim *travesseiros e protetores de colchão*.

Pede por fim, a manutenção do lançamento, exclusive o reparo feito para a infração 09.

Em nova manifestação impugnatória (fls. 221/229), o contribuinte oferece razões reiterativas, fazendo mostrar à fl. 227, parte de documento fiscal no qual se vê que promoveu a venda de lençóis, além de *printar* colação do *website* da citada fornecedora em que se demonstra haver também comercialização de lençóis.

Mídia à fl. 230.

Em seu novo pronunciamento, a auditoria ratifica sua posição e adita o argumento de que na nota fiscal de entrada colada à fl. 227 constam outras mercadorias que não foram objeto de autuação.

Distribuído o processo para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo.

Considero suficientes para formação da minha convicção os elementos probatórios carreados aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, por conseguinte, a apresentar o meu voto.

VOTO

Cabe examinar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

A impugnação foi oferecida dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui anomalias com extemporaneidade.

Inexistem defeitos de representação, considerando que o signatário da peça defensiva possui poderes (cláusula *ad judicium et extra*) conferidos pela autuada com o fito de atuar junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (fls. 117/118).

Como dito no relatório, de logo, indefiro o pedido de diligência formulado às fls. 112 e 113, por entender presentes nos autos os elementos fático-probatórios suficientes para instrução e deliberação acerca da exigência fiscal, **designadamente aqueles que dizem respeito às questões controvertidas pelas partes**.

Assim, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, é de se afastar a postulação.

No mérito, defende o contribuinte o ponto de vista de que as transferências – meras movimentações de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa – não devem se submeter à tributação do ICMS, mesmo que as operações sejam interestaduais.

E traz como arrimo a este argumento, o enunciado da Súmula 166 do STJ, que delibera pela não tributação do citado imposto estadual nas transferências de mercadorias.

Em verdade, deve-se outorgar compatibilidade do posicionamento sumular mencionado com os comandos contidos na LC 87/96.

Com efeito, aponta o art. 13, §4º da lei citada, quais as bases de cálculo a serem consideradas nas saídas de produtos para estabelecimentos situados em outro Estado-membro, pertencente ao mesmo titular, particularidade que faz reconhecer claramente que tal operação é tributada.

Eis o dispositivo:

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.”

Portanto, dúvidas não há de que as operações alcançadas pela auditoria, mesmo em se tratando de transferências, devem ser oferecidas à tributação do ICMS.

De resto, o alcance a ser conferido para a Súmula 166 do STJ, restringe-se às transferências internas, não às transferências interestaduais, aliás como já entende a d. PGE em manifestação formal comunicada a este Conselho em decorrência do Incidente de Uniformização protocolado sob o nº 2016.169506-0, cujo texto tem parcialmente a seguinte dicção:

“Entendimento firmado: Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Ressalva:

Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, §4º, da LC 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto.

Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do RESP nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, §4º, da LC 87/96.

Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.”

Pensamento distinto deste não possui coerência jurídica. É que, se as transferências interestaduais não fossem tributadas pelo imposto estadual, bastava o contribuinte, até em retaliação política ao Estado onde estivesse estabelecido, abrir uma filial em outro Estado, para que o erário de origem não visse mais o recolhimento do tributo correspondente. Ficaria o ente tributante, por assim dizer, “refém” do contribuinte.

Ademais, o caso em foco abriga a substituição tributária para frente, onde se está reclamando em favor da Bahia o imposto a ela devido em virtude das operações subsequentes, não da operação própria, presumivelmente pela ocorrência de fatos geradores futuros.

Por derradeiro, vale salientar que os acórdãos paradigmas – ambos abordando o mesmo lançamento em instâncias diferentes – trazidos pela autuada não se prestam como precedentes para o caso sob exame, na medida em que os julgamentos ali proferidos atinaram para transferências unicamente internas.

Isto posto, desassiste razão ao impugnante.

Enfrentando agora o cerne da questão, todas as doze (12) irregularidades apontadas na acusação exordial, dizem respeito à falta de retenção ou retenção a menor de imposto devido por substituição tributária, em operações destinadas para a Bahia, relacionadas a mercadorias previstas em acordos - Convênios e Protocolos - celebrados entre os Estados-membros.

Ressalte-se de imediato, que a infração 09 foi reconhecida pelo i. auditor fiscal como improcedente, haja vista não ter sido observado o incentivo fiscal angariado pelo contribuinte através de regime especial, concedido no Parecer exarado pela Sefaz nº 4675/2011, apenso aos autos às fls. 176 e 177, de modo que as operações internas com aparelhos celulares e “Sim Card” estariam estimuladas pela redução de 29,41% nas respectivas bases de cálculo.

Como a tributação antecipada em tela atine a operações subsequentes, estando estas beneficiadas com a minoração da base imponible, não observou a auditoria quando do lançamento para proceder o cálculo do ICMS-ST levando tal aspecto em consideração.

No informativo fiscal, entretanto, a cobrança de R\$22.867,01 foi retirada do auto de infração, conforme declarado à fl. 216, circunstância que foi levada ao conhecimento da impugnante.

Logo, julgo a infração 09 improcedente.

As demais irregularidades, por seu turno, foram sustentadas pela fiscalização e serão examinadas em função do acordo interestadual que serviu de fundamento para o lançamento.

Dentre outras disposições normativas, a **infração 01** foi consubstanciada no Protocolo ICMS 10/92.

Segundo o referido acordo, trata-se de substituição tributária a ser exigida do remetente, em operações entre entes federativos que envolvam cerveja, chope, refrigerante e xarope ou extrato concentrado destinado ao preparo de refrigerante em máquina pre-mix ou post-mix.

Sobre esta exigência, especificamente, não desenvolveu o sujeito passivo qualquer linha defensiva que pudesse contrariar a pretensão do fisco.

Os demonstrativos produzidos pela fiscalização – lastreados nos documentos fiscais assinalados na escrita da autuada - passaram incólumes pela impugnação, sem haver o mínimo lanho quanto aos produtos estarem ou não no regime jurídico da tributação antecipada, muito menos a mínima discussão sobre o acerto dos montantes quantificados nos arquivos eletrônicos na mídia digital de fl. 93.

Neste compasso, inexistindo contradita sobre o mérito da infração, considero-a procedente.

Dentre outras disposições normativas, **as infrações 02 e 03** foram consubstanciadas no Convênio ICMS 76/94.

Segundo o referido acordo, trata-se de substituição tributária a ser exigida do remetente, em operações entre entes federativos que envolvam produtos farmacêuticos.

Sobre esta exigência, especificamente, não desenvolveu o sujeito passivo qualquer linha defensiva que pudesse contrariar a pretensão do fisco.

Os demonstrativos produzidos pela fiscalização – lastreados nos documentos fiscais assinalados na escrita da autuada - passaram incólumes pela impugnação, sem haver o mínimo lanho quanto aos produtos estarem ou não no regime jurídico da tributação antecipada, muito menos a mínima discussão sobre o acerto dos montantes quantificados nos arquivos eletrônicos na mídia digital de fl. 93.

Neste compasso, inexistindo contradita sobre o mérito das infrações, considero-as totalmente **procedentes**.

Dentre outras disposições normativas, **a infração 04** foi consubstanciada no Convênio ICMS 85/93.

Segundo o referido acordo, trata-se de substituição tributária a ser exigida do remetente em operações entre entes federativos que envolvam pneumáticos, câmaras de ar e protetores.

Sobre esta exigência, especificamente, não desenvolveu o sujeito passivo qualquer linha defensiva que pudesse contrariar a pretensão do fisco.

Os demonstrativos produzidos pela fiscalização – lastreados nos documentos fiscais assinalados na escrita da autuada - passaram incólumes pela impugnação, sem haver o mínimo lanho quanto aos produtos estarem ou não no regime jurídico da tributação antecipada, muito menos a mínima discussão sobre o acerto dos montantes quantificados nos arquivos eletrônicos na mídia digital de fl. 93.

Neste compasso, inexistindo contradita sobre o mérito das infrações, considero-a totalmente **procedente**.

Dentre outras disposições normativas, **as infrações 05 e 06** foram consubstanciadas no Protocolo ICM 17/85.

Segundo o referido acordo, trata-se de substituição tributária a ser exigida do remetente em operações entre entes federativos que envolvam lâmpada elétrica, diodos e aparelhos de iluminação.

Sobre esta exigência, especificamente, não desenvolveu o sujeito passivo qualquer linha defensiva que pudesse contrariar a pretensão do fisco.

Os demonstrativos produzidos pela fiscalização – lastreados nos documentos fiscais assinalados na escrita da autuada - passaram incólumes pela impugnação, sem haver o mínimo lanho quanto aos produtos estarem ou não no regime jurídico da tributação antecipada, muito menos a mínima discussão sobre o acerto dos montantes quantificados nos arquivos eletrônicos na mídia digital de fl. 93.

Neste compasso, inexistindo contradita sobre o mérito das infrações, considero-as totalmente **procedentes**.

Dentre outras disposições normativas, **as infrações 07 e 08** foram consubstanciadas no Protocolo ICMS 50/05.

Segundo o referido acordo, trata-se de substituição tributária a ser exigida do remetente em operações entre entes federativos que envolvam massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados da farinha de trigo.

Sobre esta exigência, especificamente, não desenvolveu o sujeito passivo qualquer linha defensiva que pudesse contrariar a pretensão do fisco.

Os demonstrativos produzidos pela fiscalização – lastreados nos documentos fiscais assinalados na escrita da autuada - passaram incólumes pela impugnação, sem haver o mínimo lanho quanto aos produtos estarem ou não no regime jurídico da tributação antecipada, muito menos a mínima discussão sobre o acerto dos montantes quantificados nos arquivos eletrônicos na mídia digital de fl. 93.

Neste compasso, inexistindo contradita sobre o mérito das infrações, considero-as totalmente **procedentes**.

Dentre outras disposições normativas, **as infrações 10 e 11** foram consubstanciadas no Protocolo ICMS 206/10.

Segundo o referido acordo, trata-se de substituição tributária a ser exigida do remetente em operações entre entes federativos que envolvam colchoaria.

Sobre esta exigência, a defendente opôs o argumento de que foram incluídos *lençóis* no rol das mercadorias alcançadas pelo crédito tributário lançado, os quais não se submetem à substituição tributária para frente.

Por sua vez, o autuante retruca a alegação, sob a sustentação de que os produtos objetos da autuação não são lençóis e sim protetores de colchão, sob a denominação *lençol fibrasca protetor*, estes submetidos à ST, conforme levantamentos elaborados pela auditoria.

Demais, afirma que o fornecedor Fibrasca, produz travesseiros e protetores de colchão, conforme informações extraídas do sítio eletrônico da citada empresa, anexadas às fls. 209 a 211.

De fato, os produtos trazidos pelo informante e tirados do *site* do fornecedor traduzem protetor de colchão, que “protege e prolonga a vida útil do colchão” (sic.), embora a defendente tenha insistido às fls. 226 a 228 - sob protestos reiterados do autuante - que muitos produtos levantados são mesmo lençóis, trazendo, inclusive, excertos de nota fiscal em que consta tal mercadoria na descrição.

Compulsando-se as planilhas digitais relacionadas com dita infração, nomeadamente a contida no Anexo X, verifica-se que as mercadorias afetadas pela exigência fiscal possuem a descrição de protetor de colchão e não de lençóis, não correspondendo à realidade o quanto afirmado na defesa.

Os demais produtos (almofadas, travesseiros etc.), permaneceram intocados pela contestação, tanto para falta de pagamento como para pagamento a menor, de sorte que devem as infrações serem tidas como integralmente **procedentes**.

Dentre outras disposições normativas, **a infração 12** foi consubstanciada no Protocolo ICMS 97/10.

Segundo o referido acordo, trata-se de substituição tributária a ser exigida do remetente, em operações entre entes federativos que envolvam autopeças.

Sobre esta exigência, especificamente, não desenvolveu o sujeito passivo qualquer linha defensiva que pudesse contrariar a pretensão do fisco.

Os demonstrativos produzidos pela fiscalização – lastreados nos documentos fiscais assinalados na escrita da autuada - passaram incólumes pela impugnação, sem haver o mínimo lanho quanto aos produtos estarem ou não no regime jurídico da tributação antecipada, muito menos a mínima discussão sobre o acerto dos montantes quantificados nos arquivos eletrônicos na mídia digital de fl. 93.

Neste compasso, inexistindo contradita sobre o mérito da infração, considero-a totalmente procedente.

Isto posto, considero a autuação PROCEDENTE EM PARTE, com exclusão da infração 09.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281071.0003/18-7**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$94.538,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” e “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2019.

ANTÔNIO EXPEDITO S. MIRANDA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR