

PROCESSO - A. I. Nº 232400.0003/20-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LOJAS AMERICANAS S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0067-05/21-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/11/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0263-12/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. SAÍDAS INTERESTADUAIS. Em face do período autuado, não mais vigorava o Convênio ICMS 76/94, para as mercadorias elencadas nos levantamentos fiscais, pertencentes ao grupo conhecido como “HPPC”, isto é, produtos de higiene pessoal, perfumaria e cosméticos, de modo que o remetente, situado em outra Unidade Federativa, não tinha mais a obrigação de efetuar a retenção tributária. Alegações empresariais reconhecidas pela auditoria. Demais questões agitadas restaram prejudicadas, inclusive a tentativa de cancelar ou diminuir a penalidade pecuniária proposta. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto contra a Decisão da 5ª JJF, que julgou Improcedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2020, que formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$6.722.983,17, com a seguinte narrativa infracional:

Infração 01 – 08.15.03: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Fatos geradores alcançados dizem respeito aos meses de janeiro a dezembro de 2018.

Enquadrou-se a conduta no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c as cláusulas primeira, segunda, terceira e quarta do Conv. ICMS 76/94 e alterações posteriores, mais penalidade pecuniária tipificada no art. 42, II, “e” da Lei atrás mencionada.

Registro do Auto de Infração em 01.10.2020, ciência do contribuinte em 07.12.2020 (fls. 23/24) e formaliza impugnação (fls. 35/47, frente e verso) em 05.02.2021 (fl. 34). A fiscal presta informação fiscal (fls. 108/111) onde reconhece a Improcedência do Auto de Infração. A Junta decidiu pela Improcedência da autuação conforme o seguinte voto condutor:

(...)

A principal contestação manejada pelo sujeito passivo, atinge à circunstância de que, à época da ocorrência dos fatos geradores afetados pelo presente lançamento, isto é, janeiro a dezembro de 2018, não mais vigorava o Conv. ICMS 76/94, revogado que foi pelo Conv. ICMS 228/17, com superveniente publicação do Ato Declaratório 02/2018, oficializando a concordância dos Estados e Distrito Federal em não seguir com o acordo interestadual citado.

Logo – prossegue a impugnante -, com lastro na máxima jurídica de que lei posterior revoga a lei anterior, quando assim expressamente o declare, mandamento contido art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a atitude da fiscalização acabou violentando os princípios da legalidade geral e da legalidade tributária, inscritos nos arts. 5º, II, e 150, I, respectivamente, ambos da CF/88, além do subprincípio da tipicidade cerrada, insculpido no art. 97 do CTN, sem contar com a regra geral de aplicação da legislação tributária, em face do lançamento, prevista no art. 144 do último diploma legal mencionado.

Como reforço a esta argumentação, a própria autuante esclarece que o Conv. ICMS 76/94, fazia tributar na origem dentro do regime jurídico da substituição tributária as operações interestaduais que contivessem os medicamentos de uso humano e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário, além das

mercadorias pertencentes ao grupo de higiene pessoal, perfumaria e cosméticos, conhecido no jargão do segmento como “HPPC”.

E que em seguida veio o Conv. ICMS 234/17, também com efeitos jurídicos contados a partir de 01.01.2018, mas desta feita, sem contemplar os produtos “HPPC”, justamente aqueles que foram objeto da autuação, tais como fraldas descartáveis, absorventes e cremes dentais.

Acontece que o Anexo 1 do RICMS-BA – congregante das mercadorias sujeitas à tributação antecipada - continuou mantendo para o exercício fiscal de 2018, a remissão ao Conv. ICMS 76/94, retirada bem depois pelo Dec. 18.800/2018, de 31.12.2018, induzindo a erro a auditoria que, por desaviso, imaginou que a retenção por ST para os produtos alcançados pelo lançamento, se alongaria por todo aquele ano.

O erro contido no Anexo 1, se estendeu às mercadorias elencadas nos subitens 9.17, 9.18, 9.19, 9.20, 9.21, 9.22, 9.23, 9.25, 9.26 e 9.27, exatamente aquelas pertencentes à higiene pessoal, perfumaria e cosméticos.

Pois bem.

A auditoria da substituição tributária em operações interestaduais, passa pelo exame dos acordos celebrados entre Estados e Distrito Federal, os conhecidos Convênios e Protocolos de ICMS, disponíveis no sítio eletrônico do Conselho de Política Fazendária (Confaz), acessível através do endereço <https://www.confaz.fazenda.gov.br/>. Nele se vê todo o histórico destes acordos, vale dizer, período de vigência, unidades federativas signatárias, mercadorias atingidas, alterações normativas, dentre outros elementos relevantes.

O Anexo 1 do RICMS da Bahia, contempla situações mais amplas de tributação antecipada, não só entre as operações feitas entre os Estados, como também nas operações internas feitas dentro do território baiano.

Compulsando-se a legislação de base para a presente autuação, verifica-se que o Conv. ICMS 76/94, “dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos” (sic.). No seu texto, notas iniciais, consta a observação de ter sido revogado a partir de 01.01.18, pelo Conv. ICMS 228/17, sugerindo ser consultado o Conv. ICMS 234/17, que trata igualmente de substituição tributária nas operações com medicamentos.

Este último acordo interestatal, dispõe sobre a substituição tributária nas operações com medicamentos de uso humano e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário, relacionados no Anexo XIV do Convênio ICMS 52/17, que dispõe sobre as normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária e de antecipação do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes, instituídos por convênios ou protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal (ementa posteriormente alterada a partir de 01.01.2019, em face do advento do Conv. ICMS 142/18, que substituiu o de nº 52/17).

Não se vê no mencionado Anexo XIV do Conv. ICMS 52/17, os produtos “HPPC”, antes alcançados pela substituição tributária interestadual, precisamente aqueles que foram abrangidos nos levantamentos fiscais elaborados neste processo.

Ou noutras palavras: para os fatos geradores ocorridos de janeiro a dezembro de 2018, a substituição tributária interestadual não se aplicava mais para os produtos listados no presente auto de infração.

Agiram com acerto a autuante e o autuado. Ambos concordam com a improcedência do lançamento de ofício, situação com a qual também assentimos.

Como consequência, fica prejudicada a apreciação dos demais argumentos defensivos de mérito, quais sejam, a impossibilidade de exigência do imposto em face da Súmula 166 do STJ, a inexistência de prejuízo para o erário da Bahia, pelo recolhimento do imposto por parte do destinatário e a inobservância pelo fisco do valor efetivamente praticado nas operações subsequentes, inferiores à base de cálculo estimada.

Mesmo destino toma a alegação subsidiária de extração do percentual da multa.

Auto de infração IMPROCEDENTE.

Em face do montante lançado, a JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto devido à desoneração total do Auto de Infração realizado pela 5ª JJF, através Acórdão 5ª JJF nº 0067-05/21-VD, julgando pela Improcedência, no qual fora lavrado em 29/09/2020, para exigir o ICMS no montante de R\$6.722.983,17, acrescido de multa de 60%.

Na análise do mérito, o Auto de Infração exigiu imposto por ter deixado “*de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia*”.

Do exame dos autos, a autuada em sua peça impugnatória, arguiu a improcedência, haja vista o enquadramento com base no Convenio ICMS 76/94, norma devidamente revogada em 01/01/2018, pelo Convenio ICMS 228/17, ratificado pelo CONFAZ pelo Ato Declaratório nº 02/2018.

Primeiro, alegou ser incontroverso que as mercadorias que constam nas operações não estão submetidas ao regime de substituição tributária, conforme se depreende o art. 289 do RICMS vigente:

Art. 289 - Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

Segundo, impugna os produtos submetidos ao Convenio ICMS 76/94 (operações com produtos farmacêuticos do grupo conhecido como “HPPC”, isto é, produtos de higiene pessoal, perfumaria e cosméticos). O autuante, reconhece em sua informação fiscal, fl. 111 opinando favoravelmente sobre as razões apresentadas pela defesa, “*convencida que os fatos implicaram na lavratura do auto de infração estão desprovidos de amparo legal e não merecem prosperar ...*”.

Sustenta o autuado: i) que é inconstitucional e ilegal a autuação fiscal ora combatida ferindo o princípio da legalidade nos arts. 5º, inciso II, 150, inciso I, § 7º da CF/88, incisos I e III, arts. 101, 114, 121 e parágrafo único, do art. 144 do CTN, além do próprio art. 10 da Lei nº 7.014/96; ii) mera transferência entre estabelecimento filial atacadista das Lojas Americanas, no qual contrariou a Súmula nº 166/STJ.

Tais tributos são registrados por convênios e protocolos, por um diploma de normas gerais, em especial ao da autuação, e da área de ST, relacionados no anexo XIV do Convenio ICMS 52/17, relativos a operações subsequentes, instituídos por convênios entre os Estados e o Distrito Federal, ementa esta, posteriormente alterada em face do advento do Convênio ICMS 142/18, que substituiu o 52/17, no qual disciplina o regramento acerca deste regime jurídico: “*Estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos*”.

Nesta conclusão, não tenho como reparar a Decisão de piso, que julgara pela Improcedência do Auto de Infração.

Concluo, em vista do exposto, que não cabe reparo à decisão de piso, e NEGO PROVIMENTO ao Recurso do Ofício interposto, concordando com a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 232400.0003/20-1, lavrado contra LOJAS AMERICANAS S/A.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS