

A. I. Nº - 207349.0001/20-0
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - VERA LÚCIA ANDION CORTIZO e FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 24.05.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº0043-05/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS PARA ESTABELECIMENTOS VAREJISTAS DO CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO (ICMS-ST). Foi comprovado nos autos, que no período alcançado pelo lançamento, o estabelecimento remetente das mercadorias, enquadradas no regime de substituição tributária, na condição de substituto tributário, não efetuou todos os recolhimentos do ICMS-ST retido nas notas fiscais de transferência para as filiais varejistas localizadas neste Estado. Alegação empresarial de não incidência do imposto rejeitada. Não comprovado nos autos, através de prova documental idônea, o cumprimento ou quitação das obrigações tributárias lançadas no Auto de Infração. Ônus processual do sujeito passivo. Indeferido o pedido defensivo de remessa dos autos para a realização de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/03/2020, para exigir ICMS em razão do cometimento da infração tributária a seguir descrita:

Infração 01 – 08.28.01 - “*Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS Substituição Tributária em suas notas fiscais de saída e não recolheu o respectivo ICMS ou o recolheu a menor*”. Tal irregularidade pode ser constatada através do batimento entre as NFes de Saída com retenção do ICMS-ST e os valores recolhidos através das GNRE’s.

Dispositivos considerados infringidos: art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c as cláusulas 8^a e 11^a do Convênio ICMS 81/93. Valor principal exigido: R\$ 1.055.210,61, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. A acusação fiscal refere-se aos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2017 e 2018, janeiro a março e maio a dezembro do exercício de 2019.

A autuação foi lavrada no valor histórico de **R\$1.055.210,61**, acrescido de multa no percentual de 100%, com enquadramento legal no artigo 10 da Lei nº 7.014/96 C/C Cláusulas 8^a e 11^a do Convênio 81/93. A penalidade foi fundamentada na alínea “a”, do inciso V, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Integra o Auto de Infração os seguintes documentos: Ordem de Serviço; Termo de Início de Fiscalização; Cientificação do Início da Ação Fiscal via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico); Anexo 1 – Demonstrativo da Infração “ICMS-ST Retido e Não Recolhido”; Anexo 2 – Relação das NFes de Saída com Valores Retidos de ICMS-ST – exercícios 2017 a 2019; Anexo 3 – Cópias de Relatório do Sistema da SEFAZ contendo resumo das GNRES 2017 a 2020; Anexo 4 - Cópias das GIAs-ST referentes aos exercícios autuados (2017 a 2019); Anexo 5 – Arquivos Eletrônicos; e, Mídia Digital (documentos juntados entre as fls. 06 a 63).

O contribuinte foi notificado do lançamento de ofício através do DTE com data da postagem e ciência ocorridos, respectivamente, em 22/05/20 e 01/06/20, conforme documentos juntados entre as fls. 64/65. Ingressou com defesa administrativa através de petição encaminhada via SEDEX, protocolo ocorrido em 15/10/20. A peça de defesa foi subscrita por advogada, habilitada a atuar neste processo através do instrumento de representação e substabelecimento anexados às fls. 88/90 dos autos. A impugnação administrativa foi apensada às fls. 68 a 86.

A defesa após ressaltar a tempestividade da peça impugnatória e fazer uma síntese da acusação fiscal, afirmou que durante o processo de fiscalização, as Auditoras Fiscais analisaram as operações de transferências de mercadorias realizadas pela Impugnante, encontrando as supostas diferenças de ICMS retido e não recolhido.

Ao contestar as cobranças a defesa pontuou que grande parte das mercadorias que fazem parte da autuação não foram objeto de vendas, mas sim de meras transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, não sendo, portanto, tais operações passíveis de incidência do ICMS, a teor do disposto na Súmula 166 do STJ e do recentíssimo julgamento pelo STF do Tema 1.099 da Repercussão Geral.

Destacou ainda, que parte das operações que consubstanciam o levantamento fiscal, são relativas ao Diferencial de Alíquota de bens para uso e consumo dos estabelecimentos, cujo imposto, ainda que fosse devido, fez parte da apuração do ICMS normal do período, não havendo qualquer diferença a ser exigida.

Quanto às transferências de mercadorias entre seus estabelecimentos, a defesa sustenta a **INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ICMS, por INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ e do TEMA 1.099 DA REPERCUSSÃO GERAL – STF.**

Afirmou que o Imposto incidente sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), encontra fulcro na Constituição Federal que, em seu artigo 155, inciso II, § 2º, inciso XII, alíneas “a” e “d”, estabelece o seguinte:

*“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
(...)*

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII – cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

(...)

d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;

(...)"

Conforme explanado na impugnação, é de se verificar que a Constituição Federal traçou a regra matriz de incidência do ICMS, determinando, expressamente, seu campo de incidência e dispendo que o imposto incidirá sobre as operações de circulação de mercadoria, bem como sobre a prestação de serviços de comunicação e de transporte entre municípios e estados. Ainda no texto constitucional aduziu que a Lei Maior, em seu artigo 155, § 2º, inciso XII, atribuiu à Lei Complementar a função de ditar as diretrizes gerais da regra matriz de incidência do ICMS, competindo a tal diploma legal a regulamentação do tributo em comento.

Discorreu que como é sabido, o ICMS é o imposto de competência estadual que gera o maior número de discussões a respeito de conflito de competência em matéria tributária, sendo causador de inúmeras guerras fiscais travadas entre os Estados membros da Federação. Nesse diapasão, com o intuito de pacificar eventuais conflitos de competência em matéria tributária, a Constituição preceituou, em seu artigo 146, incisos I e III, alínea “a”:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; ”

Assim, o legislador constitucional, prevendo a possibilidade de existirem conflitos de competência entre os Estados, indicou o referido instrumento legal complementar como adequado para solucionar estes eventuais conflitos, bem como para estabelecer as normas gerais em matéria tributária.

Em matéria de ICMS, todos os Estados-Membros devem observar os referidos dispositivos constitucionais para editarem as respectivas leis estaduais. E ainda como forma de deferência à Carta Magna, é imperioso que os legisladores estaduais observem também os preceitos da já mencionada Lei Complementar nº 87/1996, norma geral no tocante ao ICMS. Nesse contexto, o teor do artigo 2º, inciso I da LC 87/96, com a seguinte redação:

“Art. 2º. O imposto incide sobre:

I – operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares; (...)"

No presente caso, o Estado da Bahia pretende cobrar ICMS da Impugnante sobre operações de transferência de mercadoria realizadas entre seu estabelecimento e outras filiais da mesma pessoa jurídica. Todavia, analisando-se detidamente a materialidade apontada, observa-se que improcede a pretensão estatal, uma vez que, diante da ausência de translação da propriedade da mercadoria que se pretende tributar, se torna inquestionável a não ocorrência do fato gerador do ICMS, fato imprescindível para a constituição e cobrança do referido imposto.

Porém, a circulação da mercadoria, pressuposto inafastável para a incidência do ICMS, ocorre somente quando há a transferência da propriedade da mercadoria de uma pessoa jurídica para outra, sob qualquer título jurídico (compra e venda, doação, permuta e etc.), sendo irrelevante, para fins de ICMS, a mera circulação física ou econômica das mercadorias dentro dos estabelecimentos do mesmo contribuinte. Portanto, para a concretização do fato gerador do ICMS, há de se estar presente a translação da propriedade das mercadorias, ou seja, constitui condição *sine qua non*, para fins da configuração da hipótese de incidência do ICMS, a transmissão de sua titularidade. Nessa linha de entendimento, transcreveu trechos de livros de doutrina dos tributaristas Roque Carrazza, Geraldo Ataliba, e José Eduardo Soares de Melo e Geraldo Camargo Vidigal, abaixo reproduzidos:

“Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há que se falar em tributação por meio de ICMS. (...) Salientamos que o fato imponível do ICMS só se completa com a transferência da titularidade da mercadoria. Sem ela, o dever de pagar ICMS não nasce. (...) Em suma, o dever de pagar ICMS só nasce com a mudança da titularidade do domínio ou a posse ostentatória da propriedade (posse autônoma, despida de título de domínio hábil) da mercadoria, que, como já escrevemos, é um bem móvel preordenado à prática de atos de comércio. (...) Do exposto, é fácil concluirmos que o nascimento do dever de recolher ICMS encontra-se indissociavelmente ligado à concomitância dos seguintes pressupostos: a) a realização de operações (negócios jurídicos) mercantis; b) a circulação jurídica (transmissão da posse ou da propriedade); e c) a existência de mercadoria enquanto objeto. Por isso mesmo, entendemos que a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro, de uma mesma empresa, configura simples transporte e, por isso mesmo, é intributável por meio de ICMS. De fato, nela

não há transmissão de mercadoria e, por via de consequência, circulação jurídica. Só haverá circulação jurídica, quando uma operação for realizada por duas pessoas distintas. (...) Logo, fato que não configure operação mercantil, isto é, que não implique mudança da propriedade de mercadoria, não pode ensejar a tributação por meio de ICMS.”

(CARRAZZA, Roque Antonio)¹.

“Circulação significa para o Direito mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria mudam de titular, circula para efeitos jurídicos. Convenciona-se designar por titularidade de uma mercadoria a circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica).”

(ATALIBA, Geraldo)²

“O fato físico da ‘saída’ de mercadoria do estabelecimento, por si só, seria irrelevante para tipificar a hipótese de incidência do imposto, sendo firmada a diretriz de que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte.”

(DE MELO, José Eduardo Soares)³

“Não há, pois, circulação na simples operação de transporte ou de deslocação de mercadorias. O conceito de circulação está intimamente ligado ao de troca.”

(VIDIGAL, Geraldo Camargo)⁴

Assim, sustenta a defesa, é assente que, para a realização da circulação, necessária se faz a alteração da propriedade da mercadoria, uma vez que a circulação pressupõe que a mercadoria saia do poder da pessoa com quem está passando a ser detida por outrem, ou seja, deve ocorrer, imprescindivelmente, a transmissão da titularidade. Nesse sentido, a simples remessa de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica constitui uma mera movimentação sem a transferência da titularidade exercida sobre o bem, isto é, constitui fato atípico ao ICMS, na medida em que a propriedade segue inalterada.

Tal entendimento encontra arrimo na Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça, assim redigida:

“SÚMULA 166/STJ: NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.”

Confirmado o entendimento seguido há anos pelo Superior Tribunal de Justiça e colocando uma pá de cal sobre o assunto, em recentíssimo julgamento do **Tema 1099 da Repercussão Geral** ocorrido em 15/08/2020, o Supremo Tribunal Federal julgou a matéria e fixou a seguinte tese:

“Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia.”

Analizando-se o caso concreto, a defendente observa que grande parte das operações constantes do auto de infração lavrado pelo Estado da Bahia se referem a transferências de mercadorias realizadas entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, não sendo possível vislumbrar qualquer operação de circulação de mercadoria em tais hipóteses, eis que os bens remetidos às filiais estiveram, a todo tempo, sob a titularidade exclusiva da mesma pessoa jurídica (**Doc. 3 CD anexo, planilha Excel, “Anexo NF Saídas - Infração 1 – Defesa”**).

A título de exemplo e por amostragem, dada a volumosa quantidade de documentos fiscais, a defesa colacionou algumas notas fiscais que confirmam a transferência entre a Impugnante e

¹ CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 10º Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.. p. 39/57

² ATALIBA, Geraldo. Núcleo de definição constitucional do ICM. RDT 25/111

³ DE MELO, José Eduardo Soares. Impostos Federais, Estaduais e Municipais. 4º ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 54

⁴ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Conceito de circulação. RDP 2/38

outras filiais da mesma empresa (CFOPs 6409 e 6557), as quais fazem parte do levantamento fiscal que gerou a lavratura do auto de infração:

IDENTIFICAÇÃO DO EMITENTE  CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA C001 RODOVIA BR 235, KM 04, S/N SOBRADO, 49160-000 N SRA SOCORRO, SE				DANFE Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica 0- ENTRADA 1- SAÍDA 1 N°003702361 SÉRIE 1 FOLHA 1/1		 CHAVE DE ACESSO 2817 0239 3468 6100 0161 5500 1003 7023 6114 8817 8057																																								
NATUREZA DA OPERAÇÃO Transf. Merc. Adq. Rec. Terc. Oper. Merc. Suj. Sub. Trib. -MZ INSCRIÇÃO ESTADUAL 271052104 INSCRIÇÃO ESTADUAL DO SUBST. TRIBUT. 52583449				PROTÓCOLO DE AUTORIZAÇÃO DE USO 32817001197871 04/02/2017 10:40:46-03:00		CNPJ 39.346.861/0001-61																																								
DESTINATÁRIO / REMETENTE NOME/RAZÃO SOCIAL CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA E230				CNPJ/CPF 39.346.861/0151-93		DATA DA EMISSÃO 04/02/2017																																								
ENDEREÇO PRAIA DA RODOVIARIA, 9990 MUNICÍPIO PARIPIRANGA				BAIRRO/DISTRITO CENTRO		CEP 48430-000																																								
FATURA/DUPLOCATA				INSCRIÇÃO ESTADUAL BA 88729664		HORA DE SAÍDA																																								
CÁLCULO DO IMPOSTO <table border="1"> <tr> <td>BASE DE CÁLCULO DO ICMS</td> <td>VALOR DO ICMS</td> <td>BASE DE CÁLCULO DO ICMS ST</td> <td>VALOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO</td> <td>VALOR TOTAL DOS PRODUTOS</td> </tr> <tr> <td>5.733,08</td> <td>687,97</td> <td>6.706,55</td> <td>519,21</td> <td>5.733,08</td> </tr> <tr> <td>VALOR DO FRETE</td> <td>VALOR DO SEGURO</td> <td>DESCONTO</td> <td>OUTRAS DESPESAS ACESSÓRIAS</td> <td>VALOR TOTAL DO I.P.</td> </tr> <tr> <td>0,00</td> <td>0,00</td> <td>0,00</td> <td>0,00</td> <td>0,00</td> </tr> <tr> <td colspan="4">VALOR TOTAL DA NOTA</td> <td>6.252,29</td> </tr> </table>								BASE DE CÁLCULO DO ICMS	VALOR DO ICMS	BASE DE CÁLCULO DO ICMS ST	VALOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO	VALOR TOTAL DOS PRODUTOS	5.733,08	687,97	6.706,55	519,21	5.733,08	VALOR DO FRETE	VALOR DO SEGURO	DESCONTO	OUTRAS DESPESAS ACESSÓRIAS	VALOR TOTAL DO I.P.	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	VALOR TOTAL DA NOTA				6.252,29														
BASE DE CÁLCULO DO ICMS	VALOR DO ICMS	BASE DE CÁLCULO DO ICMS ST	VALOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO	VALOR TOTAL DOS PRODUTOS																																										
5.733,08	687,97	6.706,55	519,21	5.733,08																																										
VALOR DO FRETE	VALOR DO SEGURO	DESCONTO	OUTRAS DESPESAS ACESSÓRIAS	VALOR TOTAL DO I.P.																																										
0,00	0,00	0,00	0,00	0,00																																										
VALOR TOTAL DA NOTA				6.252,29																																										
TRANSPORTADORES/VOLUMES TRANSPORTADOS																																														
NOME/RAZÃO SOCIAL CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA E230				FRETE POR CONTA 0-Remet-CIP		CÓDIGO ANTT MUNICÍPIO																																								
ENDEREÇO PRAIA DA RODOVIARIA, 9990 MUNICÍPIO PARIPIRANGA				PLACA DO VEÍCULO UF		CNPJ/CPF 39.346.861/0001-61																																								
QUANTIDADE 10 ESPECIE 10 CD3				NÚMERO		PESO BRUTO 1,352 PESO LÍQUIDO 1,040																																								
DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS																																														
<table border="1"> <thead> <tr> <th>CÓD. PROD.</th> <th>DESCRIÇÃO DOS PRODUTOS / SERVIÇOS</th> <th>NCM/SH</th> <th>CST</th> <th>CFOP</th> <th>UNID.</th> <th>QUANT.</th> <th>VALOR UNITÁRIO</th> <th>VALOR TOTAL</th> <th>B.CALC. ICMS</th> <th>VALOR ICMS</th> <th>VALOR I.P.</th> <th>ALIQUOTAS</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>1457857</td> <td>SMARTPHONE SAMSUNG GALAXY J2 PRIME TV 2016</td> <td>85171231</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>UN</td> <td>2,0000</td> <td>477,66</td> <td>955,32</td> <td>955,32</td> <td>114,64</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>16271640</td> <td>SMARTPHONE SAMSUNG J5 2016 DOURADO</td> <td>85171231</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>UN</td> <td>8,0000</td> <td>597,22</td> <td>4777,76</td> <td>4777,76</td> <td>573,33</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> </tbody> </table>								CÓD. PROD.	DESCRIÇÃO DOS PRODUTOS / SERVIÇOS	NCM/SH	CST	CFOP	UNID.	QUANT.	VALOR UNITÁRIO	VALOR TOTAL	B.CALC. ICMS	VALOR ICMS	VALOR I.P.	ALIQUOTAS	1457857	SMARTPHONE SAMSUNG GALAXY J2 PRIME TV 2016	85171231	010	6409	UN	2,0000	477,66	955,32	955,32	114,64	0,00	12,00, 0,00	16271640	SMARTPHONE SAMSUNG J5 2016 DOURADO	85171231	010	6409	UN	8,0000	597,22	4777,76	4777,76	573,33	0,00	12,00, 0,00
CÓD. PROD.	DESCRIÇÃO DOS PRODUTOS / SERVIÇOS	NCM/SH	CST	CFOP	UNID.	QUANT.	VALOR UNITÁRIO	VALOR TOTAL	B.CALC. ICMS	VALOR ICMS	VALOR I.P.	ALIQUOTAS																																		
1457857	SMARTPHONE SAMSUNG GALAXY J2 PRIME TV 2016	85171231	010	6409	UN	2,0000	477,66	955,32	955,32	114,64	0,00	12,00, 0,00																																		
16271640	SMARTPHONE SAMSUNG J5 2016 DOURADO	85171231	010	6409	UN	8,0000	597,22	4777,76	4777,76	573,33	0,00	12,00, 0,00																																		

IDENTIFICAÇÃO DO EMITENTE  CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA C001 RODOVIA BR 235, KM 04, S/N SOBRADO, 49160-000 N SRA SOCORRO, SE				DANFE Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica 0- ENTRADA 1- SAÍDA 1 N°004921386 SÉRIE 1 FOLHA 1/2		 CHAVE DE ACESSO 2819 1239 3468 6100 0161 5500 1004 9213 8612 3469 7236																																																																																																																																																																																																																																																								
NATUREZA DA OPERAÇÃO Tranf. De Merc. Adquirida Ou Receb. De Terceiros INSCRIÇÃO ESTADUAL 271052104 INSCRIÇÃO ESTADUAL DO SUBST. TRIBUT. 52583449				PROTÓCOLO DE AUTORIZAÇÃO DE USO 328190014638073 21/12/2019 14:01:05-03:00		CNPJ 39.346.861/0001-61																																																																																																																																																																																																																																																								
DESTINATÁRIO / REMETENTE NOME/RAZÃO SOCIAL CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA L018				CNPJ/CPF 39.346.861/0045-82		DATA DA EMISSÃO 21/12/2019																																																																																																																																																																																																																																																								
ENDEREÇO PRACA LADISLAU CAVALCANTE, 18 MUNICÍPIO ESPLANADA				BAIRRO/DISTRITO CENTRO		CEP 48370-000																																																																																																																																																																																																																																																								
FATURA/DUPLOCATA				INSCRIÇÃO ESTADUAL BA 56626573		HORA DE SAÍDA																																																																																																																																																																																																																																																								
CÁLCULO DO IMPOSTO <table border="1"> <tr> <td>BASE DE CÁLCULO DO ICMS</td> <td>VALOR DO ICMS</td> <td>BASE DE CÁLCULO DO ICMS ST</td> <td>VALOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO</td> <td>VALOR TOTAL DOS PRODUTOS</td> </tr> <tr> <td>3.202,93</td> <td>297,20</td> <td>1.382,76</td> <td>95,78</td> <td>3.226,44</td> </tr> <tr> <td>VALOR DO FRETE</td> <td>VALOR DO SEGURO</td> <td>DESCONTO</td> <td>OUTRAS DESPESAS ACESSÓRIAS</td> <td>VALOR TOTAL DO I.P.</td> </tr> <tr> <td>0,00</td> <td>0,00</td> <td>0,00</td> <td>0,00</td> <td>0,00</td> </tr> <tr> <td colspan="4">VALOR TOTAL DA NOTA</td> <td>3.322,22</td> </tr> </table>								BASE DE CÁLCULO DO ICMS	VALOR DO ICMS	BASE DE CÁLCULO DO ICMS ST	VALOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO	VALOR TOTAL DOS PRODUTOS	3.202,93	297,20	1.382,76	95,78	3.226,44	VALOR DO FRETE	VALOR DO SEGURO	DESCONTO	OUTRAS DESPESAS ACESSÓRIAS	VALOR TOTAL DO I.P.	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	VALOR TOTAL DA NOTA				3.322,22																																																																																																																																																																																																																														
BASE DE CÁLCULO DO ICMS	VALOR DO ICMS	BASE DE CÁLCULO DO ICMS ST	VALOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO	VALOR TOTAL DOS PRODUTOS																																																																																																																																																																																																																																																										
3.202,93	297,20	1.382,76	95,78	3.226,44																																																																																																																																																																																																																																																										
VALOR DO FRETE	VALOR DO SEGURO	DESCONTO	OUTRAS DESPESAS ACESSÓRIAS	VALOR TOTAL DO I.P.																																																																																																																																																																																																																																																										
0,00	0,00	0,00	0,00	0,00																																																																																																																																																																																																																																																										
VALOR TOTAL DA NOTA				3.322,22																																																																																																																																																																																																																																																										
TRANSPORTADORES/VOLUMES TRANSPORTADOS																																																																																																																																																																																																																																																														
NOME/RAZÃO SOCIAL BISCO VITARELLA RECH 130G, CHOC/CHOC				FRETE POR CONTA 0-Remet-CIP		CÓDIGO ANTT MUNICÍPIO																																																																																																																																																																																																																																																								
ENDEREÇO BISCO VITARELLA RECH 130G, BRIGAD CX/10				PLACA DO VEÍCULO UF		CNPJ/CPF 39.346.861/0045-82																																																																																																																																																																																																																																																								
QUANTIDADE 50 ESPECIE 50 M3				NÚMERO		PESO BRUTO 404,960 PESO LÍQUIDO 403,640																																																																																																																																																																																																																																																								
DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS																																																																																																																																																																																																																																																														
<table border="1"> <thead> <tr> <th>CÓD. PROD.</th> <th>DESCRIÇÃO DOS PRODUTOS / SERVIÇOS</th> <th>NCM/SH</th> <th>CST</th> <th>CFOP</th> <th>UNID.</th> <th>QUANT.</th> <th>VALOR UNITÁRIO</th> <th>VALOR TOTAL</th> <th>B.CALC. ICMS</th> <th>VALOR ICMS</th> <th>VALOR I.P.</th> <th>ALIQUOTAS</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>1744433</td> <td>LEITE PO NINHO LEVÍSSIMO 350G CX/24</td> <td>04022120</td> <td>000</td> <td>6152</td> <td>CX</td> <td>2,0000</td> <td>248,42</td> <td>496,84</td> <td>496,84</td> <td>59,62</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1129623</td> <td>LEITE PO LA SERENISSIMA DESN CAL300G</td> <td>04021090</td> <td>000</td> <td>6152</td> <td>CX</td> <td>5,0000</td> <td>217,94</td> <td>1089,70</td> <td>1089,70</td> <td>135,59</td> <td>0,00</td> <td>4,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1742759</td> <td>CHOC NESTLE CRUNCH 900 CX/56</td> <td>18063210</td> <td>010</td> <td>6152</td> <td>CX</td> <td>1,0000</td> <td>160,40</td> <td>160,40</td> <td>160,40</td> <td>19,25</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1189082</td> <td>LAMIN VITARELLA GALINHA CAPIRA 85G</td> <td>19023000</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>CX</td> <td>1,0000</td> <td>34,00</td> <td>34,00</td> <td>34,00</td> <td>4,08</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1164433002</td> <td>BISCO VITARELLA TREL WAFER 350, CHOC</td> <td>19053200</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>CX</td> <td>1,0000</td> <td>13,24</td> <td>13,24</td> <td>13,24</td> <td>1,59</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1099981</td> <td>ESPAUGHETTE BRANDINI SEMOLA 500G CX/20</td> <td>19021900</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>CX</td> <td>1,0000</td> <td>46,20</td> <td>46,20</td> <td>46,20</td> <td>5,54</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1134695003</td> <td>HECHI VITARELLA RECH 130G, CHOC/CHOC</td> <td>19053100</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>CX</td> <td>4,0000</td> <td>24,70</td> <td>98,80</td> <td>98,80</td> <td>11,86</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1136445004</td> <td>BISCO VITARELLA RECH 130G, BRIGAD CX/10</td> <td>19053100</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>CX</td> <td>3,0000</td> <td>24,70</td> <td>74,10</td> <td>74,10</td> <td>8,89</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>11364433002</td> <td>BISCO VITARELLA TREL WAFER 350, CHOC</td> <td>19053200</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>CX</td> <td>1,0000</td> <td>13,24</td> <td>13,24</td> <td>13,24</td> <td>1,59</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1120266</td> <td>FEIJAO BRANCO TOZZO 500G FD/20</td> <td>07133329</td> <td>000</td> <td>6152</td> <td>FD</td> <td>1,0000</td> <td>75,00</td> <td>75,00</td> <td>75,00</td> <td>9,00</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1188427</td> <td>BISCO PILA MATEIRA 400G CX/20</td> <td>19053100</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>CX</td> <td>2,0000</td> <td>41,34</td> <td>82,68</td> <td>82,68</td> <td>9,92</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1657277</td> <td>BISCO CRAM CRACKER PILA RETRO</td> <td>19053100</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>CX</td> <td>1,0000</td> <td>41,80</td> <td>41,80</td> <td>41,80</td> <td>5,02</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>11364433002</td> <td>BISCO VITARELLA TREL WAFER 350, CHOC</td> <td>19053200</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>CX</td> <td>2,0000</td> <td>13,24</td> <td>26,48</td> <td>26,48</td> <td>3,18</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1188909</td> <td>SAL GIGO REFINADO 1KG FD/35</td> <td>25010200</td> <td>040</td> <td>6152</td> <td>FD</td> <td>1,0000</td> <td>23,51</td> <td>0,00</td> <td>0,00</td> <td>0,00</td> <td>0,00</td> <td></td> </tr> <tr> <td>11364433001</td> <td>HECHI VITARELLA RECH 500G CX/20</td> <td>19021900</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>CX</td> <td>3,0000</td> <td>45,21</td> <td>135,63</td> <td>135,63</td> <td>16,64</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1188258</td> <td>ESPAUGHETTE VITARELLA SEM VIT PUR 500G FD/20</td> <td>19021900</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>FD</td> <td>1,0000</td> <td>54,00</td> <td>54,00</td> <td>54,00</td> <td>6,58</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1189082</td> <td>LAMIN VITARELLA GALINHA CAPIRA 85G</td> <td>19023000</td> <td>010</td> <td>6409</td> <td>CX</td> <td>1,0000</td> <td>34,00</td> <td>34,00</td> <td>34,00</td> <td>4,08</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> <tr> <td>1189036</td> <td>CAPI LOBOSANO TRADICIONAL 250G FD/20</td> <td>09012100</td> <td>000</td> <td>6152</td> <td>FD</td> <td>1,0000</td> <td>52,00</td> <td>52,00</td> <td>52,00</td> <td>6,24</td> <td>0,00</td> <td>12,00, 0,00</td> </tr> </tbody> </table>								CÓD. PROD.	DESCRIÇÃO DOS PRODUTOS / SERVIÇOS	NCM/SH	CST	CFOP	UNID.	QUANT.	VALOR UNITÁRIO	VALOR TOTAL	B.CALC. ICMS	VALOR ICMS	VALOR I.P.	ALIQUOTAS	1744433	LEITE PO NINHO LEVÍSSIMO 350G CX/24	04022120	000	6152	CX	2,0000	248,42	496,84	496,84	59,62	0,00	12,00, 0,00	1129623	LEITE PO LA SERENISSIMA DESN CAL300G	04021090	000	6152	CX	5,0000	217,94	1089,70	1089,70	135,59	0,00	4,00, 0,00	1742759	CHOC NESTLE CRUNCH 900 CX/56	18063210	010	6152	CX	1,0000	160,40	160,40	160,40	19,25	0,00	12,00, 0,00	1189082	LAMIN VITARELLA GALINHA CAPIRA 85G	19023000	010	6409	CX	1,0000	34,00	34,00	34,00	4,08	0,00	12,00, 0,00	1164433002	BISCO VITARELLA TREL WAFER 350, CHOC	19053200	010	6409	CX	1,0000	13,24	13,24	13,24	1,59	0,00	12,00, 0,00	1099981	ESPAUGHETTE BRANDINI SEMOLA 500G CX/20	19021900	010	6409	CX	1,0000	46,20	46,20	46,20	5,54	0,00	12,00, 0,00	1134695003	HECHI VITARELLA RECH 130G, CHOC/CHOC	19053100	010	6409	CX	4,0000	24,70	98,80	98,80	11,86	0,00	12,00, 0,00	1136445004	BISCO VITARELLA RECH 130G, BRIGAD CX/10	19053100	010	6409	CX	3,0000	24,70	74,10	74,10	8,89	0,00	12,00, 0,00	11364433002	BISCO VITARELLA TREL WAFER 350, CHOC	19053200	010	6409	CX	1,0000	13,24	13,24	13,24	1,59	0,00	12,00, 0,00	1120266	FEIJAO BRANCO TOZZO 500G FD/20	07133329	000	6152	FD	1,0000	75,00	75,00	75,00	9,00	0,00	12,00, 0,00	1188427	BISCO PILA MATEIRA 400G CX/20	19053100	010	6409	CX	2,0000	41,34	82,68	82,68	9,92	0,00	12,00, 0,00	1657277	BISCO CRAM CRACKER PILA RETRO	19053100	010	6409	CX	1,0000	41,80	41,80	41,80	5,02	0,00	12,00, 0,00	11364433002	BISCO VITARELLA TREL WAFER 350, CHOC	19053200	010	6409	CX	2,0000	13,24	26,48	26,48	3,18	0,00	12,00, 0,00	1188909	SAL GIGO REFINADO 1KG FD/35	25010200	040	6152	FD	1,0000	23,51	0,00	0,00	0,00	0,00		11364433001	HECHI VITARELLA RECH 500G CX/20	19021900	010	6409	CX	3,0000	45,21	135,63	135,63	16,64	0,00	12,00, 0,00	1188258	ESPAUGHETTE VITARELLA SEM VIT PUR 500G FD/20	19021900	010	6409	FD	1,0000	54,00	54,00	54,00	6,58	0,00	12,00, 0,00	1189082	LAMIN VITARELLA GALINHA CAPIRA 85G	19023000	010	6409	CX	1,0000	34,00	34,00	34,00	4,08	0,00	12,00, 0,00	1189036	CAPI LOBOSANO TRADICIONAL 250G FD/20	09012100	000	6152	FD	1,0000	52,00	52,00	52,00	6,24	0,00	12,00, 0,00
CÓD. PROD.	DESCRIÇÃO DOS PRODUTOS / SERVIÇOS	NCM/SH	CST	CFOP	UNID.	QUANT.	VALOR UNITÁRIO	VALOR TOTAL	B.CALC. ICMS	VALOR ICMS	VALOR I.P.	ALIQUOTAS																																																																																																																																																																																																																																																		
1744433	LEITE PO NINHO LEVÍSSIMO 350G CX/24	04022120	000	6152	CX	2,0000	248,42	496,84	496,84	59,62	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1129623	LEITE PO LA SERENISSIMA DESN CAL300G	04021090	000	6152	CX	5,0000	217,94	1089,70	1089,70	135,59	0,00	4,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1742759	CHOC NESTLE CRUNCH 900 CX/56	18063210	010	6152	CX	1,0000	160,40	160,40	160,40	19,25	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1189082	LAMIN VITARELLA GALINHA CAPIRA 85G	19023000	010	6409	CX	1,0000	34,00	34,00	34,00	4,08	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1164433002	BISCO VITARELLA TREL WAFER 350, CHOC	19053200	010	6409	CX	1,0000	13,24	13,24	13,24	1,59	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1099981	ESPAUGHETTE BRANDINI SEMOLA 500G CX/20	19021900	010	6409	CX	1,0000	46,20	46,20	46,20	5,54	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1134695003	HECHI VITARELLA RECH 130G, CHOC/CHOC	19053100	010	6409	CX	4,0000	24,70	98,80	98,80	11,86	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1136445004	BISCO VITARELLA RECH 130G, BRIGAD CX/10	19053100	010	6409	CX	3,0000	24,70	74,10	74,10	8,89	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
11364433002	BISCO VITARELLA TREL WAFER 350, CHOC	19053200	010	6409	CX	1,0000	13,24	13,24	13,24	1,59	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1120266	FEIJAO BRANCO TOZZO 500G FD/20	07133329	000	6152	FD	1,0000	75,00	75,00	75,00	9,00	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1188427	BISCO PILA MATEIRA 400G CX/20	19053100	010	6409	CX	2,0000	41,34	82,68	82,68	9,92	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1657277	BISCO CRAM CRACKER PILA RETRO	19053100	010	6409	CX	1,0000	41,80	41,80	41,80	5,02	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
11364433002	BISCO VITARELLA TREL WAFER 350, CHOC	19053200	010	6409	CX	2,0000	13,24	26,48	26,48	3,18	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1188909	SAL GIGO REFINADO 1KG FD/35	25010200	040	6152	FD	1,0000	23,51	0,00	0,00	0,00	0,00																																																																																																																																																																																																																																																			
11364433001	HECHI VITARELLA RECH 500G CX/20	19021900	010	6409	CX	3,0000	45,21	135,63	135,63	16,64	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1188258	ESPAUGHETTE VITARELLA SEM VIT PUR 500G FD/20	19021900	010	6409	FD	1,0000	54,00	54,00	54,00	6,58	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1189082	LAMIN VITARELLA GALINHA CAPIRA 85G	19023000	010	6409	CX	1,0000	34,00	34,00	34,00	4,08	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		
1189036	CAPI LOBOSANO TRADICIONAL 250G FD/20	09012100	000	6152	FD	1,0000	52,00	52,00	52,00	6,24	0,00	12,00, 0,00																																																																																																																																																																																																																																																		

IDENTIFICAÇÃO DO EMITENTE  CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA C001 RODOVIA BR 235, KM 04, S/N SOBRADO, 49160-000 N SRA SOCORRO, SE						DANFE Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica 0- ENTRADA 1 1- SAÍDA Nº004380611 SÉRIE 1 FOLHA 1/1	 CHAVE DE ACESSO 2818 1039 3468 6100 0161 5500 1004 3806 1110 9067 7567							
NATUREZA DA OPERAÇÃO Transf. Merc. Adq. Rec. Terc. Oper. Merc. Suj. Sub. Trib. - MZ						PROTÓCOLO DE AUTORIZAÇÃO DE USO 328180013773885 03/10/2018 13:31:33-03:00								
INSCRIÇÃO ESTADUAL 271052104			INSCRI. ESTADUAL DO SUBST. TRIBUT. 52583449			CNPJ 39.346.861/0001-61								
DESTINATÁRIO / REMETENTE NOME/RAZÃO SOCIAL CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA E230						CNPJ/CPF 39.346.861/0151-93	DATA DA EMISSÃO 03/10/2018							
ENDERECO PRAA DA RODOVIARIA, 9990			BAIRRO/DISTRITO CENTRO			CEP 48430-000	DATA ENTRADA/SAIDA							
MUNICÍPIO PARIPIRANGA			FONE/FAX	UF BA	INSCRIÇÃO ESTADUAL 88729664	HORA DE SAÍDA								
FATURA/DUPLICATA														
CÁLCULO DO IMPÓSTO														
BASE DE CÁLCULO DO ICMS 10.049,30		VALOR DO ICMS 1.205,93		BASE DE CÁLCULO DO ICMS ST 6.466,07		VALOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO 500,59		VALOR TOTAL DOS PRODUTOS 10.049,30						
VALOR DO FRETE 0,00	VALOR DO SEGURO 0,00	DESCONTO 0,00	OUTRAS DESPESAS ACESSÓRIAS 0,00		VALOR TOTAL DO I.P.I. 0,00	VALOR TOTAL DA NOTA 10.549,89								
TRANSPORTADOR/VOLUMES TRANSPORTADOS NOME/RAZÃO SOCIAL				FRETE POR CONTA 0-Remet-CIF	CÓDIGO ANTT	PLACA DO VEÍCULO	UF	CNPJ/CPF						
ENDERECO				MUNICÍPIO		UF	INSCRIÇÃO ESTADUAL							
QUANTIDADE 17	ESPECIE DL	MARCA		NUMERO	PESO BRUTO 14,982	PESO LÍQUIDO 14,982								
DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS														
COD. PROD.	DESCRIÇÃO DOS PRODUTOS / SERVIÇOS			NCM/GH	CST	CFOP	UNID.	QUANT.	VALOR UNITÁRIO	VALOR TOTAL	B.CALC. ICMS	VALOR ICMS	VALOR I.P.I.	ALIQUOTAS ICMS / IPI
1737575	SMARTPH SAMSUNG J8 J810 VIOLETA			85171231	010	6409	UN	1,0000	984,82	984,82	984,82	118,18	0,0012,00	0,00
1739056	NOTE8 SAMSUNG CELULAR 4GB 500GB 15,6			84713019	000	6152	UN	3,0000	1370,43	4111,30	4111,30	493,36	0,0012,00	0,00
1737036	SMARTPH SAMSUNG J4 J400 32GB VIOLETA			85171231	010	6409	UN	1,0000	579,07	579,07	579,07	69,49	0,0012,00	0,00
1710813	ROTEADOR INTELBRAS IMR300N 300MBPS			85176241	000	6152	UN	2,0000	47,01	94,02	94,02	11,28	0,0012,00	0,00
1644621	CHARA LISA GAMA ELEGÂNCIA PLATE BIV			85163200	000	6152	UN	3,0000	54,50	163,50	163,50	19,62	0,0012,00	0,00
1729731	DVD PLAYER LENCERIA DV445 KARAOKE UCB			85219090	000	6152	UN	2,0000	76,49	152,98	152,98	18,36	0,0012,00	0,00
1725077	SMARTPH MOTOROLA MOTO C PLATE 16 GB PRETO			85171231	010	6409	UN	1,0000	442,09	442,09	442,09	53,05	0,0012,00	0,00
1729147	SMARTPH MOTOROLA MOTO G6 PLAY CURVO			85171231	010	6409	UN	2,0000	775,94	1551,88	1551,88	186,23	0,0012,00	0,00
1737573	SMARTPH SAMSUNG J8 J810 PRETO			85171231	010	6409	UN	1,0000	984,82	984,82	984,82	118,18	0,0012,00	0,00
1737574	SMARTPH SAMSUNG J8 J810 PRATA			85171231	010	6409	UN	1,0000	984,82	984,82	984,82	118,18	0,0012,00	0,00

Ante a inocorrência do fato gerador do ICMS, eis que o Estado da Bahia pretende tributar operações de mera transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo, contrariando a Súmula STJ/166 e a tese fixada pelo STF no julgamento do Tema 1099 da Repercussão Geral, a defesa pede que seja reconhecida a impossibilidade de o Estado exigir o recolhimento do imposto em tais hipóteses e, por conseguinte, se decretar a nulidade do Auto de Infração ora impugnado.

Na sequência a defesa destacou o POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES E DO PRÓPRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA EM CASOS SEMELHANTES, a partir do entendimento consolidado após a edição da Súmula 166 pelo STJ, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 1099 com Repercussão Geral reconhecida.

Frisou que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue firme e uníssona, consoante o decidido nos autos do Recurso Especial nº 1.125.133/SP, recurso representativo da controvérsia julgado sob a égide do artigo 543-C, CPC/1973 (correspondente ao artigo 1.036, CPC/2015) e que originou a Súmula 166/STJ, conforme transcrição abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ. DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

- 1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL- 02395-07 PP-01589; AI 693714 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13 PP-02783. Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDATURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008)**
- 2. “Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.” (Súmula 166 do STJ). (...)**
- 4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.**
- 5. “Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias. É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. (...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais.” (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37) (...)**
- 8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. ”**

Em reforço, afirmou que em outras oportunidades o Superior Tribunal de Justiça reafirmou tal entendimento, conforme citações abaixo reproduzidas:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. OFENSA AOS ARTIGOS 489, § 1º, VI, E, 1.022, II, AMBOS, DO CPC/2015. NÃO CARACTERIZAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DA EXEGESE DO ARTIGO 949, II, DO CPC/2015. ICMS.

**TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE PROPRIEDADE DO MESMO TITULAR.
SÚMULA 166 DO STJ. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO.**

- 1. Não se configura a alegada ofensa aos artigos 489 e 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos**

regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento.

2. A afetação ao órgão especial (reserva de plenário; full bench) somente é obrigatória quando o órgão fracionário pretende declarar a constitucionalidade (art. 949, I, e parágrafo único do CPC, e Súmula Vinculante 10, *a contrario sensu*), o que não se verifica na espécie.

3. *Não constitui o fato gerador do ICMS o transporte de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, pois neste caso não há a circulação jurídica do bem que ocacione a transferência de titularidade e tampouco há a caracterização de ato mercantil na operação.*

4. *Aliás, consoante o enunciado da Súmula 166 do STJ, “Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.” (Súmula 166 do STJ).*

5. A multa do art. 1.021, § 1º, do CPC, em regra, não deve ser aplicada automaticamente com o não conhecimento ou não provimento unânime do agravo interno, devendo ficar demonstrada a finalidade procrastinadora ou abusiva, a ser examinada caso a caso. Precedentes do STJ.

6. *Agravo interno parcialmente provido.*

(AgInt no AREsp 1488419/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 19/09/2019) ” (Grifou-se)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO, DO MESMO CONTRIBUINTE. NÃO INCIDÊNCIA. ENTENDIMENTO DO STJ, FIRMADO SOB O REGIME DOS REPETITIVOS (RESP. 1.125.133/SP, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE. 10.09.2010). AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE GOIÁS DESPROVIDO.

1. *A remoção de bens ou mercadorias entre e estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume na hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível pertinente a esse tributo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria, ou seja, a transferência de sua propriedade, de um para outro titular. Esse entendimento foi consolidado nesta Corte, em sede de Recurso Especial repetitivo (RESP. 1.125.133/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 10.09.2010).*

2. *A interpretação da lei tributária - e nem mesmo a própria lei tributária - tem a força de transmudar a realidade objetivada nas relações da vida social, ou seja, embora possam muito, uma e outra, contudo, não podem tudo, pois não podem, por exemplo, erigir em fato gerador de tributo um evento que, claramente, se exaure em simples alteração do lugar de armazenamento de mercadorias, qual o que apenas remove, de um para outro estabelecimento do mesmo titular, um determinado estoque de produtos.*

3. *Agravo Regimental desprovido. ”*

(STJ, AgRg no Recurso Especial nº 1.295.362/SC, Relatora Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 12.04.2016, DJe de 19.04.2016.)

Disse ser assente na jurisprudência dos Tribunais Superiores o entendimento de que não configura fato gerador do ICMS a simples transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo uma vez que tais operações não revelam cunho mercantil.

Na mesma direção a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em diversas oportunidades, aplicou o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, conforme exemplo abaixo:

“AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. SIMPLES DESLOCAMENTO DA MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA, SEM A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE, NÃO CARACTERIZA A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF (ARE 764196 AgR) e pelo STJ (SÚMULA Nº 166 e REsp 1125133/SP). DESNECESSIDADE DE REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO IMPROVIDO.

I - Consabido, na esteira do enunciado da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de nº 166, “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

II - Nesse mesmo trilhar, o STJ, sob o rito dos recursos repetitivos, firmou a tese de que “O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade” (REsp 1125133/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010).

III - Após o exame dos fólios, por meio de uma cognição perfunctória, própria deste momento processual, verifica-se que o Estado Agravante não trouxe aos autos instrumentais elementos suficientes para consubstanciar o seu pedido de efeito suspensivo.

IV - Isso porque, conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, “o simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade, não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual de mercadoria” (ARE 764196 AgR, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 06- 06-2016 PUBLIC 07-06-2016).

V - A título de esclarecimento, na esteira do entendimento do STJ, somente há incidência de ICMS, nos termos do art. 155, II, da Constituição Federal, na seguinte hipótese: “A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade” (STJ, REsp 1125133/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010, Recurso Repetitivo). (...)AGRADO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO. ”

(TJ/BA, Agravo de Instrumento nº 0004093-98.2017.8.05.0000, Relatora Desa. Carmem Lúcia Santos Pinheiro, Quinta Câmara Cível, julgado em 30.05.2017.)

Em outro giro, a defesa declara que ainda que grande parte da autuação seja relativa a transferências entre filiais da mesma empresa, parte delas é referente a exigência do Diferencial de Alíquotas na aquisição de bens para uso e consumo e ativo fixo dos estabelecimentos, o qual foi devidamente recolhido, conforme argumentos a seguir apresentados na inicial impugnatória. Afirmou, a partir da análise do levantamento da auditoria que a Fiscalização analisou as NFes de Saída com retenção de ICMS-ST e os valores recolhidos através das GNREs. Todavia, a falha no levantamento fiscal foi não ter constatado que a diferença exigida relativa ao CFOP 6557, pertinente ao diferencial de alíquota foi devidamente recolhido pelos estabelecimentos destinatários sediados no Estado da Bahia, na apuração normal do ICMS. Já com relação às operações com CFOP 6409, o imposto foi pago através das GNREs e com relação ao período de 06 a 12/2019, houve compensação no Livro Registro de Apuração do ICMS com crédito excedente de ICMS-ST.

Com o intuito de facilitar a análise dos recolhimentos acima mencionados, a Impugnante elaborou o quadro demonstrativo, a seguir reproduzido:

Ano	Mês	ICMS ST Retido nas NF de Saídas	ICMS ST Devoluções lançadas na GIA	ICMS ST a ser Recolhido	ICMS ST Recolhido nas GNRE's	Diferença entre ICMS Retido x Recolhido	DIFAL Recolhido nas Filiais do estado	Valor Compensado no RA como Crédito excedente de ST
2017	1	10.530,28	-	10.530,28	7.442,97	3.087,31	3.087,31	-
2017	2	7.911,76	-	7.911,76	7.051,56	860,20	859,70	-
2017	3	33.736,65	-	33.736,65	31.304,89	2.431,76	2.431,76	-
2017	4	20.288,86	-	20.288,86	18.205,16	2.083,70	2.083,70	-
2017	5	7.357,68	-	7.357,68	5.279,75	2.077,93	2.077,51	-
2017	6	47.754,84	-	47.754,84	44.466,06	3.288,78	3.288,78	-
2017	7	9.265,56	-	9.265,56	7.680,25	1.585,31	1.584,04	-
2017	8	81.029,76	-	81.029,76	78.594,01	2.435,75	2.435,75	-
2017	9	58.571,40	-	58.571,40	55.892,00	2.679,40	2.679,40	-
2017	10	113.670,20	-	113.670,20	109.464,91	4.205,29	4.201,02	-
2017	11	17.549,82	-	17.549,82	14.569,14	2.980,68	2.980,68	-
2017	12	81.985,16	-	81.985,16	77.004,35	4.980,81	4.980,81	-
Total 2017		489.651,97	-	489.651,97	456.955,05	32.696,92	32.690,46	-
2018	1	74.819,26	-	74.819,26	67.356,73	7.462,53	4.213,83	-
2018	2	99.282,58	-	99.282,58	96.164,94	3.117,64	761,90	-
2018	3	287.581,67	-	287.581,67	278.471,07	9.110,60	2.653,13	-
2018	4	18.249,16	-	18.249,16	16.035,81	2.213,35	1.024,56	-
2018	5	38.779,60	-	38.779,60	31.314,68	7.464,92	2.965,05	-
2018	6	46.658,03	-	46.658,03	44.246,84	2.411,19	1.791,20	-
2018	7	7.610,53	-	7.610,53	3.906,18	3.704,35	988,03	-
2018	8	12.915,24	-	12.915,24	10.765,12	2.150,12	1.833,40	-
2018	9	17.935,93	-	17.935,93	14.526,01	3.409,92	2.753,44	-
2018	10	13.798,14	-	13.798,14	10.660,58	3.137,56	1.602,87	-
2018	11	22.292,12	-	22.292,12	17.873,28	4.418,84	1.993,89	-
2018	12	12.209,17	-	12.209,17	7.811,89	4.397,28	2.352,50	-
Total 2018		652.131,43	-	652.131,43	599.133,13	52.998,30	24.933,80	-
2019	1	15.788,34	-	15.788,34	14.471,12	1.317,22	1.382,11	-
2019	2	13.483,38	-	13.483,38	11.731,38	1.752,00	1.789,14	-
2019	3	19.930,24	-	19.930,24	19.079,20	851,04	851,04	-
2019	5	18.138,88	-	18.138,88	16.914,72	1.224,16	1.224,16	-
2019	6	19.002,63	-	19.002,63	-	19.002,63	1.575,84	17.426,53
2019	7	5.378,92	-	5.378,92	-	5.378,92	2.143,13	3.235,79
2019	8	162.869,10	-	162.869,10	-	162.869,10	1.627,19	162.365,70
2019	9	218.965,75	-	218.965,75	-	218.965,75	1.917,21	219.032,87
2019	10	135.648,83	-	135.648,83	-	135.648,83	3.621,14	134.009,13
2019	11	205.375,46	-	205.375,46	-	205.375,46	3.295,38	205.015,18
2019	12	217.130,28	-	217.130,28	-	217.130,28	3.648,29	222.429,92
Total 2019		1.031.711,81	-	1.031.711,81	62.196,42	969.515,39	23.074,63	963.515,12
Total Geral		2.173.495,21	-	2.173.495,21	1.118.284,60	1.055.210,61	80.698,89	963.515,12

Declarou que os dados contidos no quadro resumo acima podem ser confirmados através da planilha elaborada pela Impugnante (Doc. 3 CD anexo, planilha Excel, “Anexo NF Saídas - Infração 1 – Defesa”), tendo por base a própria planilha do levantamento fiscal do auto de infração e que é parte dele, bem como dos Livros Registro de Apuração do ICMS do período de 06 a 12/2019 (Doc. 3 CD anexo, pasta de arquivos “RAS 2019”).

A título de exemplo por amostragem, a Impugnante apresentou a colação, a página do RA dos meses 06/2019 e 11/2019, onde consta a indicação do valor objeto de compensação com crédito excedente de ICMS-ST:

LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA PARA FRENTE - UF = BA 52583449								
RESUMO DA APURAÇÃO DO IMPOSTO								
FIRMA : 001 CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA - CD001	INSC. EST : 271052104	CNPJ : 39.346.861/0001-61	FOLHA : 4	MES OU PERÍODO/ANO : 01/06 A 30/06 DE 2019				
DEBITO DO IMPOSTO				VALORES				
D	E			COLUNA AUXILIAR		SOMAS		
B	R	001 - POR SAÍDAS/PRESTAÇOES COM DEBITO DO IMPOSTO	ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA		17.426,53	17.426,53		
I	T							
O		004 - SUBTOTAL				17.426,53		
CREDITO DO IMPOSTO				VALORES				
C	R	006 - OUTROS CREDITOS (DISCRIMINAR ABAIXO)	CREDITO EXCEDENTE DE ST		17.426,53	17.426,53		
E	D							
I	T							
O		008 - SUBTOTAL				17.426,53		
		009 - SALDO CREDOR DO PERÍODO ANTERIOR				0,00		
		010 - TOTAL				17.426,53		
		APURAÇÃO DO ESTADO						

LIVRO REGISTRO DE APURACAO - SUBSTITUICAO TRIBUTARIA PARA FRENTES - UF = BA 52583449			
RESUMO DA APURACAO DO IMPOSTO			
FIRMA	:	001 CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA - CD001	
INSC. EST	.: 271052104	CNPJ	: 39.346.861/0001-61
FOLHA	:	4	MES OU PERIODO/ANO : 01/11 A 30/11 DE 2019
DEBITO DO IMPOSTO		VALORES	
D	E	COLUNA AUXILIAR	SOMAS
I	B 001 - POR SAIDAS/PRESTACOES COM DEBITO DO IMPOSTO	205.015,18	205.015,18
T	I CMS SUBSTITUICAO TRIBUTARIA		
O	004 - SUBTOTAL		205.015,18
CREDITO DO IMPOSTO		VALORES	
C	R 006 - OUTROS CREDITOS (DISCRIMINAR ABAIXO)	205.015,18	205.015,18
D	E CREDITO EXCEDENTE DE ST		
I	T 008 - SUBTOTAL		205.015,18
O	009 - SALDO CREDOR DO PERIODO ANTERIOR		0,00
	010 - TOTAL		205.015,18

Mediante a análise dos demonstrativos e dos livros de apuração do ICMS referentes ao período lançado, a defesa afirma existir flagrante equívoco no trabalho fiscal na medida em que não há saldo de imposto a ser exigido, seja pela inocorrência do fato gerador do ICMS, seja pelo recolhimento do imposto ainda que indevido.

Diante dessas comprovações, a defesa sustenta que se impõe a procedência da sua impugnação administrativa com o consequente cancelamento do Auto de Infração.

Mais à frente e com base nas disposições do art. 137, I, 'a' do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) a impugnante requer que o presente PAF seja convertido em diligência fiscal, vez que se faz necessária essa providência para demonstração da improcedência do auto de infração. Para sustentar esse pedido de dilação probatória, o contribuinte afirma que no decorrer da peça de defesa, restou claramente demonstrado que grande parte da autuação é relativa a operações de transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, as quais estão fora do campo de incidência do ICMS, sendo imprescindível a análise dos documentos fiscais que embasaram o lançamento, por Auditor da ASTEC, que não participou da autuação, de modo que as referidas alegações possam ser comprovadas.

Além disso, segundo a defesa, restou também demonstrado o recolhimento do ICMS exigido, parte dele na apuração do ICMS normal dos estabelecimentos destinatários sediados no Estado da Bahia e parte através da compensação de crédito de excedente do ICMS-ST, conforme livros e apuração do imposto referentes ao período de 06/2019 a 12/2019.

Diante do que foi exposto, a Impugnante apresentou os quesitos que deverão ser respondidos pelo Agente Fiscal responsável pela execução da diligência, a seguir transcritos:

- a) *Poderia o Senhor Agente Fiscal confirmar se as transações de transferências que consubstanciaram a lavratura do presente auto de infração foram realizadas entre contribuintes da mesma pessoa jurídica (Cencosud Brasil Comercial Ltda.)?;*
- b) *Poderia confirmar o recolhimento do diferencial de alíquotas objeto do lançamento na apuração do ICMS normal dos estabelecimentos destinatários sediados no Estado da Bahia?*
- c) *Poderia confirmar a compensação de parte dos valores lançados com crédito excedente do ICMS-ST do período de 06/2019 a 12/2019?*

Ao finalizar a peça de defesa, a Impugnante pede que seja dado **INTEGRAL PROVIMENTO** à presente peça de defesa, com o consequente cancelamento do auto de infração e da exigência nele contida, determinando-se, por consequência, o seu arquivamento.

Documentos juntados na peça impugnatória: Procuração e substabelecimento; cópia da

consolidação do contrato social da empresa autuada; cópia do Auto de Infração e mídia digital (docs. fls. 87 a 104).

Informativo Fiscal prestado pelas autuantes em 30/11/20. Apensada ao processo em 02/12/20, peça processual anexada entre as fls. 106/111.

As autuantes inicialmente informaram que a autuação se baseou no batimento entre os valores **retidos** nas Notas Fiscais eletrônicas de vendas de produtos sujeitos ao regime de Substituição Tributária (conforme notas fiscais constantes no Anexo 2 do Auto de Infração) e os valores **recolhidos** através das GNRE's, cuja cópia do sistema de Arrecadação da Sefaz encontra-se anexada (Anexo 3 do Auto de Infração) e ainda os valores declarados nas GIA's, que também tiveram suas cópias do período autuado anexadas através do Anexo 4 do Auto de Infração.

Desse batimento, foi constatado que ocorreu recolhimento a menor do que os valores retidos assim como, em alguns meses, nenhum recolhimento dos valores retidos, conforme demonstrado no Anexo 1 do Auto de Infração, restando, portanto, um valor a ser reclamado de ICMS-ST RETIDO E NÃO RECOLHIDO através do presente PAF.

Ao contestarem as razões apresentadas na peça de defesa, as autuantes afirmaram que os trabalhos de fiscalização recaíram sobre a verificação da ocorrência de pagamento do ICMS-ST retido nas notas fiscais e incidentes sobre operações com mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária. Acrescentaram que a empresa autuada é contribuinte regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de Substituto Tributário, ficando, portanto, subordinada ao cumprimento das normas dispostas nos diversos institutos que versem sobre a Substituição Tributária Interestadual.

Consignaram ainda que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente nas normas onde se fundamenta a autuação.

Quanto à ALEGAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR nas transferências de mercadorias reiteraram que a autuação teve por base a ocorrência de ICMS-ST **RETIDO E NÃO RECOLHIDO**, ou seja, não há nem que se discutir se caberia ou não a incidência do ICMS-ST, ou em outras palavras, se o imposto deveria ter sido retido ou não, porque a empresa entendeu que sim e **reteve** o ICMS-ST. O que se cobra através do presente PAF é o **recolhimento** do valor que foi retido nas NF's listadas no Anexo 2 do PAF e não recolhidos aos cofres públicos. Ressaltaram mais à frente que no caso em exame cabia a cobrança do ICMS-ST, pois a autuada, além de "reter", usou os seguintes Códigos Fiscais de Operação e Prestação (CFOP) 6409, 6411 e 6557, abaixo transcritos:

"CFOP 6400 – SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA;

CFOP 6409 – Transferência de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros em operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;

CFOP 6411 – Devolução de compra para comercialização em operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;

CFOP 6550 – OPERAÇÕES COM BENS DE ATIVO IMOBILIZADO E MATERIAL PARA USO OU CONSUMO;

CFOP 6557 – Transferência de material de uso e consumo. "

Quanto à aplicação do verbete da Súmula 166/STJ citada na peça defensiva, AS AUTUANTES afirmaram que a disposição ali contida não se aplica ao caso em exame por se tratar de ICMS-ST Retido e Não Recolhido e também por se tratar de uma decisão proferida em Agosto de 2020. Por sua vez as infrações ocorreram nos exercícios de 2017, 2018 e 2019.

Na sequência as autuantes passaram a discorrer acerca das ALEGAÇÕES defensivas DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EXIGIDO E DE INEXISTÊNCIA DE SALDO DE ICMS-ST A SER COBRADO NO LANÇAMENTO IMPUGNADO.

A primeira alegação refere-se ao imposto relativo às operações com o **CFOP 6557** e a justificativa é a de que o imposto teria sido recolhido, na apuração normal do ICMS, pelos estabelecimentos destinatários sediados no Estado da Bahia. As autuantes afirmaram que essa alegação não pode ser aceita porque a obrigação do recolhimento cabe ao estabelecimento remetente e não, ao estabelecimento destinatário e além disso, teria que ter sido devidamente comprovado o pagamento, o que não o foi.

Quanto às operações com CFOP 6409, houve duas alegações distintas: a primeira é a de que o imposto foi pago através das GNRE's e a segunda alegação é a de que, no período de 06 a 12/2019, houve compensação no Livro Registro de Apuração do ICMS com crédito excedente de ICMS-ST.

Quanto à alegação de que o imposto foi pago através das GNRE's, os próprios Anexos do AI comprovam que não o foram. Foram anexados ao presente PAF (**Anexo 2**), a relação de todas as NF's de saída de mercadorias com valores de ICMS-ST Retido, assim como foi anexado no **Anexo 3**, as cópias do sistema de arrecadação da Sefaz com os valores recolhidos através das GNRE's. O **Anexo 1** do PAF demonstra os saldos de ICMS-ST Retidos e os valores pagos, restando os valores que foram cobrados através do presente AI.

Quanto à alegação de que no período de 06 a 12/2019 houve compensação no Livro Registro de Apuração do ICMS com crédito excedente de ICMS-ST, as autuantes reafirmaram que a ação fiscal foi executada através do batimento entre NFe's, GNRE's e GIA's (conforme **Anexo 4** – cópias de todo o período autuado). E nas GIA's não constam tais créditos declarados. Dessa forma, entendem que essa alegação não pode ser acatada.

Finalizaram a peça informativa, ratificando a autuação realizada, mantendo na íntegra o valor cobrado no Auto de Infração. Formularam pedido a este Conselho de Fazenda para que seja declarada a PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração em lide.

Após distribuição do presente PAF para esta Relatoria foi concluída a instrução do feito com a declaração de que o processo estava apto para ser incluso na pauta de julgamento desta 5ª JJF, conforme despacho apensado à fl. 114, exarado 31/03/21.

VOTO

O Auto de Infração em lide, é composto de uma única imputação fiscal referente à cobrança do ICMS-Substituição Tributária (ICMS-ST), retido nas notas fiscais e não recolhido aos cofres públicos, nas remessas interestaduais de mercadorias do estabelecimento da empresa CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA, localizada no Estado de Sergipe, inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia sob o nº 052.583.449, na condição de substituto tributário e responsável pelo pagamento do ICMS no destino das mercadorias. As operações autuadas envolveram transferências de mercadorias enquadradas no regime da ST, por força de Convênios e Protocolos, para as filiais varejistas da empresa estabelecidas neste Estado.

Analizando inicialmente as questões formais do Auto de Infração, verifico que a memória de cálculo do ato de lançamento constou da peça acusatória, à fl. 11, e o descritivo aritmético da sua composição e detalhamento, por nota fiscal entre as fls. 13 a 18, além da mídia digital juntada à fl. 63, com os respectivos arquivos eletrônicos. Todos esses elementos de prova foram entregues ao contribuinte, quando da intimação do lançamento, formalizada através do Domicílio Tributário Eletrônico - DTE (doc. fls. 64/65).

Sob o aspecto formal, o presente lançamento de ofício foi efetuado de forma clara e compreensível, não se constatando aqui qualquer violação ao devido processo legal ou mesmo arranhos aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Observados ainda, que os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, foram plenamente atendidos, envolvendo: i) a identificação correta do sujeito passivo com o correspondente endereço e qualificação; ii) o dia a hora e local da autuação; a descrição dos fatos, de forma clara, precisa e suscita; iii) o Demonstrativo de Débito, com a correspondente base de cálculo e alíquotas; o percentual da multa aplicável e demais consectários

legais (acréditos moratórios); iv) a indicação dos dispositivos considerados infringidos e tipificação da multa; v) o detalhamento da metodologia de cálculo da base imponível; vi) a intimação para apresentação da defesa ou pagamento do débito com multa reduzida; vii) a indicação da repartição fiscal onde o processo permaneceria aguardando o pagamento ou defesa; a assinatura do contribuinte ou de seu preposto na intimação; e, viii) a qualificação das autoridades fiscais responsáveis pelo lançamento, com a indicação do nome, cadastro e respectivas assinaturas.

O contribuinte, na peça de defesa, formulou pedido de conversão deste processo em diligência, com o objetivo de comprovar que grande parte da autuação é relativa a operações de transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, as quais, estão fora do campo de incidência do ICMS, sendo imprescindível a análise dos documentos fiscais que embasaram o lançamento, por Auditor da ASTEC, que não participou da autuação, de modo que as referidas alegações pudessem ser comprovadas. Apresentou quesitos relacionados a essa temática, incluindo eventuais pagamentos efetuados, ainda que no seu entendimento fossem indevidos, e as compensações de parte dos valores cobrados no Auto de Infração através de lançamentos em sua escrita fiscal. Fundamentou o seu pedido de revisão fiscal nas disposições do art. 137, inc. I, letra “a” do RPAF/Ba, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No que se refere à comprovação das operações autuadas se referirem a transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, trata-se de questão incontroversa, não havendo dissenso entre as partes (autuantes e autuado). As operações objeto deste lançamento, foram todas acobertadas por notas fiscais emitidas pela empresa autuada, situado no Estado de Sergipe, que envolveram saídas de mercadorias para estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, localizados no Estado da Bahia, envolvendo transferências de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, sujeitas ao regime de substituição tributária (CFOP 6409), transferências de material de uso e consumo (CFOP 6557); e devolução de compras de mercadorias sujeitas ao regime da ST (CFOP 6411). É questão, portanto, incontroversa, não demandando a remessa dos autos para a realização de diligência visando comprovar este fato.

No que se refere ao pedido defensivo de remessa dos autos em diligência fiscal, visando a comprovação de pagamento de parte do ICMS lançado no A.I, pelos estabelecimentos destinatários sediados no Estado da Bahia, e a subsequente compensação com créditos de ICMS-ST excedentes, dos valores lançados entre os meses de junho/2019 a dezembro/2019, são também questões que estão relacionadas a provas documentais trazidas na peça impugnatória, que serão devidamente analisadas no exame do mérito da autuação fiscal.

Fundamentado nas disposições do art. 147, inciso I, letra “a” do RPAF/99, indefiro o pedido empresarial de remessa dos autos para a realização de diligência, visto que considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

Passo doravante a analisar as razões de mérito apresentadas na peça de defesa e os argumentos agitados pelas autuantes na fase de Informação Fiscal.

O contribuinte contesta inicialmente as cobranças lançadas neste Auto de Infração, ao argumento de que as mesmas não estão submetidas à incidência do ICMS, por envolverem saídas por transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica. Nesse contexto, segundo a impugnante, não se verificou mudança de titularidade ou de propriedade dos produtos, não havendo que se falar em negócio jurídico a caracterizar o fato gerador do imposto de circulação de mercadorias.

Em respaldo a essa linha de entendimento, a defesa fez referência ao posicionamento dos Tribunais Superiores do país, através da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça (STJ); o Julgamento do Tema 1099, com repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, firmada na tese de que: “Não incide ICMS no deslocamento de bens um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em Estados distintos, visto não haver a transferência de titularidade ou a

realização de ato de mercancia”; e também em precedentes judiciais reproduzidos na petição defensiva.

Todavia, no caso em exame, a situação se reveste de algumas circunstâncias que no nosso entender não se amoldam exatamente às decisões e precedentes judiciais mencionadas pelo contribuinte na sua peça de defesa. Vejamos as razões para esse nosso entendimento.

Primeiro: o próprio contribuinte, ao emitir as notas fiscais listadas na autuação, destacou o ICMS da operação própria, a ser recolhido em favor do Estado de Sergipe e o ICMS-ST, a ser recolhido em favor do Estado da Bahia, este último relacionado às operações de vendas subsequentes das mercadorias que seriam realizadas pelas filiais da empresa no território baiano.

Segundo: o ICMS lançado no Auto de Infração, resultou da diferença aritmética entre o que deveria ser recolhido pelo contribuinte substituto em favor do Estado da Bahia e o que foi efetivamente recolhido através das GNREs (Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais). O ICMS que deixou de ser recolhido em favor do Estado da Bahia, não se refere ao imposto da operação de transferência debitado em favor do Estado de Sergipe, e sim, ao tributo incidente nas operações subsequentes de vendas das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, de responsabilidade do estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, por força de acordos interestaduais (Convênios e Protocolos) firmados entre as Unidades Federadas envolvidas nas operações (Bahia e Sergipe). E mais: no caso concreto, o estabelecimento autuado efetuou a sua inscrição no cadastro de contribuintes substitutos no Estado da Bahia, para promover a retenção e recolhimento do ICMS, de forma antecipada, em favor do erário baiano.

Portanto, a autuação, objeto desta lide fiscal, conforme já destacado linhas acima, não alcançou as saídas por transferências, cujo imposto destacado nas notas fiscais à alíquota interestadual de 12%, é da competência do Estado de Sergipe. Os valores lançados pelas autoridades fiscais da SEFAZ-Ba, abrangearam exclusivamente as operações subsequentes com mercadorias enquadradas no regime da ST, tributadas pela alíquota interna do Estado da Bahia, nos valores, que segundo a apuração da Auditoria, deixaram de ser recolhidos em favor do erário baiano. As cobranças estão sustentadas em normas de substituição tributária em que a Bahia e Sergipe são signatários. Trata-se da substituição tributária “para frente”, relacionada aos fatos geradores futuros, incidentes sobre as saídas que ocorreriam após as transferências das mercadorias. A discussão em torno da incidência ou não do ICMS nas operações de transferência, diz respeito ao imposto devido ao Estado de Sergipe.

No nosso entender, não se aplica às operações subsequentes às transferências, sujeitas ao pagamento do ICMS por substituição tributária, a tese sustentada pela defesa de não incidência do imposto por incorrencia do fato gerador desse tributo.

Rejeita-se o pedido da defesa, de exclusão de todos os valores lançados no Auto de Infração por incorrencia do fato gerador do tributo.

Na sequência, passaremos a analisar as questões suscitadas pela impugnante, de pagamento da parte do imposto lançado através de GNREs, recolhimentos pelas filiais localizadas no território baiano a título de DIFAL e a compensação do imposto debitado, com créditos de ICMS-ST excedentes, no que se refere aos valores autuados entre os meses de junho/2019 a dezembro/2019.

O único elemento de prova que a defesa apresentou nos autos para comprovar os pagamentos dos valores lançados no Auto de Infração via GNREs, e os recolhimentos pelos estabelecimentos destinatários das mercadorias de parcelas do ICMS-ST destacados nas notas fiscais de transferência, é uma planilha acostada à fl. 83 deste PAF. Há nessa planilha, o indicativo de recolhimentos a título do ICMS-DIFAL (ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais), nos meses de janeiro de 2017 a maio de 2019, relativas ao CFOP 6557. Não houve, para essas operações, a juntada de um único documento de arrecadação estadual para atestar esses alegados recolhimentos, ou mesmo a vinculação desses pagamentos às notas fiscais

emitidas para os estabelecimentos localizados neste Estado. No nosso entender, a prova de quitação de tributos somente se perfaz com a juntada de elementos que comprovem o ingresso dos recursos nos cofres públicos, não tendo a defesa, na peça inicial, se desincumbido desse ônus processual. Da mesma forma, os alegados pagamentos via GNREs das operações com CFOP 6409, visto que todos os recolhimentos efetuados pela empresa, foram deduzidos no Demonstrativo de Débito da infração que integra o Anexo I, inserido entre as fls. 10/11 deste PAF.

No que se refere às operações com CFOP 6409, realizadas entre junho e dezembro de 2019, a defesa alegou que neste período, procedeu à compensação do imposto apurado no livro Registro de Apuração do ICMS, com créditos excedentes do ICMS-ST. Ocorre que as Guias Nacionais de Informação do ICMS Substituição Tributária (GIA-ST), encaminhadas para o Estado da Bahia pelo próprio contribuinte, juntadas a este PAF pelas autuantes, em cópia reprográfica (docs. fls. 25/60, Anexo IV do A.I.), extraídas do banco de dados da SEFAZ-Ba, não registram a existência desses créditos excedentes, que sequer foram ali lançados, no campo próprio, destinado a esse fim. Trata-se de mais uma alegação defensiva sem suporte em documentação idônea a comprovar os lançamentos efetuados no livro de Apuração do imposto.

Por fim, em relação às operações acobertadas com notas fiscais emitidas com o CFOP 6411, a defesa, na mídia digital anexada à inicial, admitiu, em planilha ali encartada, caso fosse ultrapassada a questão de mérito de não incidência do ICMS nas transferências, ser devida a parcela de R\$28.070, 96, conforme detalhamento apresentado abaixo, por período mensal:

Ano	Mês	ICMS ST Retido nas NF de Saídas	ICMS ST Devoluções lançadas na GIA	ICMS ST a ser Recolhido	ICMS ST Recolhido nas GNRE's	Diferença entre ICMS Retido x Recolhido	DIFAL Recolhido nas Filiais do estado	Valor Compensado no RA como Crédito excedente de ST	Valor Reconhecido como Devido CFOP 6411 e Difal
2017	1	10.530,28		10.530,28	7.442,97	3.087,31	3.087,31	-	0,00
2017	2	7.911,76	-	7.911,76	7.051,56	860,20	859,70	-	0,50
2017	3	33.736,65	-	33.736,65	1.304,89	2.431,76	2.431,76	-	0,00
2017	4	0.288,86	-	20.288,86	18.205,16	2.083,70	2.083,70	-	0,00
2017	5	7.357,68	-	7.357,68	5.279,75	2.077,93	2.077,51	-	0,42
2017	6	47.754,84	-	47.754,84	44.466,06	3.288,78	3.288,78	-	0,00
2017	7	9.265,56	-	9.265,56	7.680,25	1.585,31	1.584,04	-	1,27
2017	8	81.029,76	-	81.029,76	78.594,01	2.435,75	2.435,75	-	0,00
2017	9	58.571,40	-	58.571,40	55.892,00	2.679,40	2.679,40	-	0,00
2017	10	113.670,20	-	113.670,20	109.464,91	4.205,29	4.201,02	-	4,27
2017	11	17.549,82	-	17.549,82	14.569,14	2.980,68	2.980,68	-	-
2017	12	81.985,16	-	81.985,16	77.004,35	4.980,81	4.980,81	-	- 0,00
Total 2017		489.651,97	-	489.651,97	456.955,05	32.696,92	32.690,46	-	6,46

2018	1	74.819,26	-	74.819,26	67.356,73	7.462,53	4.213,83	-	3.248,70
2018	2	99.282,58	-	99.282,58	96.164,94	3.117,64	761,90	-	2.355,74
2018	3	287.581,67	-	287.581,67	278.471,07	9.110,60	2.653,13	-	6.457,47
2018	4	18.249,16	-	18.249,16	16.035,81	2.213,35	1.024,56	-	1.188,79
2018	5	38.779,60	-	38.779,60	31.314,68	7.464,92	2.965,05	-	4.499,87
2018	6	46.658,03	-	46.658,03	44.246,84	2.411,19	1.791,20	-	619,99
2018	7	7.610,53	-	7.610,53	3.906,18	3.704,35	988,03	-	2.716,32
2018	8	12.915,24	-	12.915,24	10.765,12	2.150,12	1.833,40	-	316,72
2018	9	17.935,93	-	17.935,93	14.526,01	3.409,92	2.753,44	-	656,48
2018	10	13.798,14	-	13.798,14	10.660,58	3.137,56	1.602,87	-	1.534,69
2018	11	22.292,12	-	22.292,12	17.873,28	4.418,84	1.993,89	-	2.424,95
2018	12	12.209,17	-	12.209,17	7.811,89	4.397,28	2.352,50	-	2.044,78
Total 2018		652.131,43	-	652.131,43	599.133,13	52.998,30	24.933,80	-	28.064,50

2019	1	15.788,34	-	15.788,34	14.471,12	1.317,22	1.382,11	-	-
2019	2	13.483,38	-	13.483,38	11.731,38	1.752,00	1.789,14	-	-
2019	3	19.930,24	-	19.930,24	19.079,20	851,04	851,04	-	-
2019	5	18.138,88	-	18.138,88	16.914,72	1.224,16	1.224,16	-	-
2019	6	19.002,63	-	19.002,63	-	19.002,63	1.575,84	17.426,53	-
2019	7	5.378,92	-	5.378,92	-	5.378,92	2.143,13	3.235,79	-
2019	8	162.869,10	-	162.869,10	-	162.869,10	1.627,19	162.365,70	-
2019	9	218.965,75	-	218.965,75	-	218.965,75	1.917,21	219.032,87	-
2019	10	135.648,83	-	135.648,83	-	135.648,83	3.621,14	134.009,13	-
2019	11	205.375,46	-	205.375,46	-	205.375,46	3.295,38	205.015,18	-
2019	12	217.130,28	-	217.130,28	-	217.130,28	3.648,29	222.429,92	-
Total 2019		1.031.711,81	-	1.031.711,81	62.196,42	969.515,39	23.074,63	963.515,12	-
Total Geral		2.173.495,21	-	2.173.495,21	1.118.284,60	1.055.210,61	80.698,89	963.515,12	28.070,96

Mais um motivo a reforçar o acerto do lançamento de ofício efetuado pela fiscalização do Estado da Bahia, inclusive no que se refere às operações realizadas com o CFOP 6411.

Ficam, portanto, mantidas as exigências fiscais realizadas através dos CFOP 6409, CFOP 6557 e CFOP 6411, este último, reconhecido pelo próprio contribuinte em planilha específica, acima referenciada.

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA na íntegra do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207349.0001/20-0**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.055.210,61**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

ANTÔNIO EXPEDITO S. DE MIRANDA – JULGADOR