

A. I. Nº - 232400.0003/20-1
AUTUADA - LOJAS AMERICANAS S/A
AUTUANTE - NILCEIA DE CASTRO LINO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14.07.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0067-05/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. Em face do período autuado, não mais vigorava o Conv. 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. Auto de Infração **IMPROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

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

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2020, tem a seguinte narrativa:

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.

Com o fito de dar lastro à acusação tributária, a autuante anexa científicação do início de fiscalização (fl. 06), demonstrativo geral da infração – Anexo 1 (fl. 08), demonstrativo detalhado da infração, em excertos – Anexo 2 (fls. 10/17, frente e verso), e mídia digital contendo arquivos eletrônicos (fl. 21).

Registro do auto de infração em 01.10.2020, ciência do contribuinte em 07.12.2020 (fls. 23/24) e impugnação formalizada (fls. 35/47, frente e verso) em 05.02.2021 (fl. 34).

Após sintetização dos fatos acusatórios, o sujeito passivo:

Argui a improcedência do lançamento, visto que as operações afetadas pelo auto de infração dizem respeito a produtos relacionados no Conv. ICMS 76/94, revogado a partir de 01.01.2018, exatamente o ponto de partida dos fatos geradores autuados. Logo, a fiscalização acabou por inobservar o princípio da legalidade.

Ao transcrever a base legal sobre a qual se escorou a cobrança, relembrou que o referido acordo interestadual terminou revogado pelo Conv. ICMS 228/17, produzindo efeitos, após sua ratificação nacional, a partir de 1º de janeiro de 2018.

Nestes moldes, como consequência, foi publicado o Ato Declaratório 02/2018, de modo que as unidades federativas signatárias concordaram em tornar fora do mundo jurídico o chamado “Convênio de medicamentos”.

Ainda como suporte à ilegitimidade da cobrança, são citados o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, ao regular a máxima de que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, e o art. 5º, II, c/c o art. 150, I, ambos da CF/88, contempladores do princípio da legalidade – geral e no campo tributário, além do art. 97 do CTN, acolhedor do subprincípio da tipicidade cerrada e do art. 144 do mesmo *Codex*, no qual se vê regra geral de aplicação da legislação tributária em face do lançamento.

Em suma, a partir de 01.01.2018 não tem mais a autuada a obrigação de fazer nas operações interestaduais a retenção das mercadorias previstas no Conv. ICMS 76/94, visto que este veículo normativo, daquela data em diante, não produz mais efeitos jurídicos no ordenamento tributário brasileiro.

Como argumento adicional ao quanto antes sustentado, menciona também que a exigência fiscal não merece vingar porque as operações interestaduais de transferência não sofrem mais a incidência do ICMS, conforme decisão recentemente proferida em sede de repercussão geral, no ARE 1255885/MS, publicada em 15.9.2020, cujo teor veio na esteira da Súmula 166 do STJ.

Agora como segundo argumento adicional, pondera que deve cair a cobrança pelo fato de ter inexistido prejuízos aos cofres públicos baianos, na medida em que os destinatários dos produtos cuidaram de recolher o imposto quando do seu recebimento, por antecipação tributária, ou, na pior das hipóteses, quando promoveu a saída subsequente. Predispõe-se a apresentar as memórias de cálculo em que isto fique demonstrado. Há citação de precedente administrativo federal.

Por fim, considera também ilegal a postulação fiscal porque a auditoria não tomou como base o valor real das transações comerciais praticadas, em desacordo com a disciplina do art. 150, § 7º, constitucional, e do art. 10 da LC 87/96. Isto porque as bases de cálculo presumidas sobre as quais foi computado o ICMS-ST retido não refletiram a realidade. Há jurisprudência nova acerca do tema, concretizada no exame das ADIs 2675/PE e 2777/SP, além do RE 593.849/MG, a partir das quais se garantiu o direito à restituição quando a base imponível estimada acabe sendo superior à verificada, mediante aferição administrativa do fisco. Tribunais Estaduais de Pernambuco, Rio de Janeiro e Minas Gerais acompanham este entendimento.

Como pleito subsidiário, invoca ser a multa proposta desproporcional, desprovida de razoabilidade atentatória ao princípio da vedação de confisco. Em alento ao pedido de cancelamento ou redução da sanção de 60%, traz precedentes do STF.

A título de conclusão, resume seus pedidos no tópico III, em cinco subitens, todos pela insubsistência do auto de infração, **ao tempo em que solicita ainda que única e exclusivamente as intimações sejam direcionadas para o endereço apontado à fl. 47, verso.**

Como suporte impugnatório, além dos documentos de representação legal em mídia física (fls. 48/58), junta a autuada o texto do Conv. ICMS 76/94, Conv. ICMS 228/17, Ato Declaratório 02/18 e planilhas (fls. 59/105).

Em seu informativo fiscal (fls. 108/111), a autuante:

Expõe novamente o teor da irregularidade.

Sintetiza os termos da impugnação.

Já entrando no mérito da questão, reproduz o art. 289 do RICMS-BA, no qual determina que ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação que encerre a fase de tributação as mercadorias relacionadas no Anexo 1 do regulamento.

Pontua que, a partir de ordem superior de serviço, foi escalada para fiscalizar a empresa em face do exercício de 2018, sobretudo quanto aos termos do Conv. ICMS 52/17, que dispõe sobre normas

gerais aplicáveis ao regime jurídico de substituição tributária, instituídas através de convênios e protocolos firmados entre as Unidades da Federação.

Lembra que até 21.12.2017, por força do Conv. ICMS 76/94, submetia-se ao regime da tributação antecipada as operações com 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, chamado de “HPPC”.

Afirma que o acordo interestadual logo atrás citado foi revogado pelo Conv. ICMS 228/17, a partir de 01.01.2018, embora concomitantemente fosse publicado o Conv. ICMS 234/17, também com efeitos jurídicos na mesma data indicada, mas deixando de fora agora os produtos “HPPC”, objeto da autuação, “que, contudo, continuaram na ST em relação a Bahia (Anexo 1) até 31.12.2018, mas sem nenhum acordo interestadual do qual a Bahia fizesse parte, sendo definitivamente excluído do rol da ST através do Decreto 18800, de 20 de dezembro de 2018, que altera o Anexo 1 do Dec nº 13.780, de 16 de março de 2012” (sic.).

Opina que o Anexo 1 válido para 2018 não foi corrigido para proceder à exclusão dos itens do grupo “HPPC”, fato este que ensejou a cobrança do ICMS-ST que não era mais da responsabilidade da impugnante e sim dos destinatários. Apenas páginas do mencionado Anexo em que ainda constam equivocadamente os produtos de higiene pessoal, perfumaria e cosméticos.

Conclui possuir razão a defendant, não sendo mais ele responsável por substituição dos produtos enquadrados nos subitens 9.17, 9.18, 9.19, 9.20, 9.21, 9.22, 9.23, 9.25, 9.26 e 9.27 do multireferido Anexo 1, advertindo que dita fonte normativa não poderia ter sido utilizada como ferramenta de consulta legal, pelo fato de contemplar erros na sua informação.

Acrescenta ser desnecessário e prolixo comentar a respeito dos demais argumentos defensivos, visto que já reconheceu ser a exigência fiscal improvida.

Anexadas páginas do tantas vezes invocado Anexo 1, período de validade no exercício de 2018 (fls. 112/113).

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

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

Eis o relatório.

VOTO

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

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

Inexistem defeitos de representação, considerando que os signatários da peça defensiva possuem poderes conferidos pela autuada, com o fito de atuarem junto à Secretaria da Fazenda do Estado, no tocante à discussão do presente processo, conforme se extrai do conteúdo dos documentos de fls. 48 a 50.

Por outro lado, é de se dizer, que estão atendidos neste PAF o contraditório e a ampla defesa, sem violação aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Apesar de formulado sem muita ênfase à fl. 47, verso, para evitar alegações de cerceamento do direito de defesa, de logo, considero obstado o pedido de realização de diligência, visto que o ponto central da temática atine exclusivamente à matéria de direito, apesar de, sucessivamente, comportar matéria de fato, mas que dispensa – por enquanto – produção adicional de prova.

Logo, cumpre sublinhar que o Auto de Infração cumpre os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua concretude formal, nomeadamente os

dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal, e a previsão normativa da multa proposta, além da assinatura da autuante.

A principal contestação manejada pelo sujeito passivo, atine 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 sitio 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232400.0003/20-1**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S/A**.

Em face do montante lançado, esta Junta de Julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

ANTONIO EXPEDITO S. DE MIRANDA - JULGADOR