

PROCESSO	- A. I. N° 281071.0003/18-7
RECORRENTE	- CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF n° 0141-05/19
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 17/10/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0274-11/23-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO OU RETENÇÃO INSUFICIENTE. MERCADORIAS SUJEITAS A DIVERSOS ACORDOS INTERESTADUAIS. Ocorre que o auditor fiscal informa que os produtos objetos da autuação não são lençóis e sim protetores de colchão, sob a denominação lençol fibrasca protetor, estes submetidos à ST, conforme levantamentos elaborados pela auditoria. Assim, não resta dúvida de trata-se de protetor de colchão, que “protege e prolonga a vida útil do colchão”. Constata-se que as mercadorias afetadas pela exigência fiscal possuem a descrição de protetor de colchão e não de lençóis, não correspondendo à realidade, cuja redução da base de cálculo para as operações subsequentes não foi observada pela auditoria, as demais irregularidades restaram demonstradas e não tiveram contradita consistente, inclusive a que visa considerar certos produtos incluídos na autuação como lençóis, quando, em realidade, correspondem a protetores de colchão, estes últimos sujeitos à tributação antecipada. Infração 10 subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo autuado em razão da decisão contida no Acórdão 5ª JJF 0041-05/19-VD relativo ao Auto de Infração em tela, lavrado 30/03/2018, tem como fundamento a falta de recolhimento de imposto devido por substituição tributária – ICMS-ST, relacionado a operações interestaduais com mercadorias sujeitas a regime jurídico estabelecido em Acordos Interestaduais – Convênios e Protocolos.

Detalhadamente, a cobrança contém dose infrações, sendo objeto do recurso a seguinte exigência:

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

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 11/09/2019 e julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Eis o dispositivo:

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

Ressalva:

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

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

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

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

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

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

Isto posto, desassiste razão ao impugnante.

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário,

O Recorrente alega a inocorrência do fato gerador do ICMS, por transferência entre estabelecimento do mesmo contribuinte. (...) haja vista objetivar a cobrança de ICMS sobre operações fora do campo de incidência do referido imposto (...). No presente caso, o Estado da Bahia pretende cobrar ICMS da Recorrente sobre operações de transferência de mercadorias realizadas entre seu estabelecimento e outras filiais da mesma pessoa jurídica estabelecidas nesse Estado. Todavia, analisando-se detidamente a materialidade apontada, observa-se que improcede a pretensão estatal, uma vez que, diante da ausência de translação 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.

Defende o Recorrente que a Decisão recorrida não faz justiça, pois não encontra arrimo na Súmula nº 166 do STJ: **“SÚMULA 166/STJ: NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.”**

Quanto a infração 10 defende a improcedência da infração pois incide o ICMS-ST sobre lençol mercadoria não incluída no rol da incidência dessa modalidade. O Recorrente apontou no recurso amostra do levantamento fiscal relativo a tais mercadorias e defende que que algumas mercadorias objeto da infração 10 são lençóis que estão fora do rol de tributação da substituição tributária. E também coloca informações da página da internet da Fibrasca <https://site.fibrasca.com.br/produtos-para/linhas-de-produtos/acessorios/> que comprova o fornecimento de lençol.

E conclui o recurso com requerimento de “**a) Da inocorrência do fato gerador do ICMS, o que por si só fulmina por completo o auto de infração ora combatido; b) Relativamente à infração 10, da inclusão no cálculo do imposto por substituição tributária de mercadoria (lençol) que não está incluída no rol de tributação de tal modalidade”.**

VOTO

Observo que a decisão da 5ª JJF (Acórdão 5ª JJF 0041-05/19-VD, relativo ao Auto de Infração em tela, lavrado 30/03/2018, tem o total de 12 infrações, tendo sido apenas a infração 09 julgada improcedente.

O recurso defendente a inocorrência do fato gerador do ICMS e pede a improcedência total do Auto de Infração e também rebate o julgamento da 5ª JJF a infração 10, quanto a mercadoria (lençol) que não está incluída no roldão tributação do ICMS.

De logo coloco que não assiste razão ao Recorrente, veja-se:

A infração 10 trata-se de substituição tributária a ser exigida do remetente em operações entre entes federativos que envolvam colchoaria.

O Recorrente defende o argumento de que foram incluídos lençóis no rol das mercadorias alcançadas pelo crédito tributário lançado, os quais não se submetem à substituição tributária para frente.

Ocorre que o auditor fiscal informa que os produtos objetos da autuação não são lençóis e sim protetores de colchão, sob a denominação lençol fibrasca protetor, estes submetidos à ST, conforme levantamentos elaborados pela auditoria.

E nos autos constato ainda que o fornecedor Fibrasca, produz travesseiros e protetores de colchão, conforme informações extraídas do sítio eletrônico da citada empresa, anexadas às fls. 209 a 211.

Assim, não resta dúvida de trata-se de protetor de colchão, que “protege e prolonga a vida útil do colchão” (sic.), embora o Recorrente tenha apontado no recurso página da internet da Fibrasca, analisando as planilhas digitais relacionadas com dita infração, nomeadamente a contida no Anexo X, constato que as mercadorias afetadas pela exigência fiscal possuem a descrição de protetor de colchão e não de lençóis, não correspondendo à realidade o quanto afirmado na defesa.

Dito isto resta mantida a procedência da infração 10. Da inocorrência do fato gerador do ICMS.

De igual forma, devem ser mantidas as procedências das infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 11 e 12, sobre estas exigências, especificamente, no decorrer do processo do PAF, não desenvolveu o sujeito passivo qualquer linha defensiva que pudesse contrariar a pretensão do fisco. O recorrente defende a ideia de inocorrência do fato gerador do ICMS, mas não fez prova de sua alegação.

Assim restam mantidas a procedência das infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 ,08, 11 e 12. Ante a evidente ocorrência do fato gerador do ICMS.

Assim, entendo que não merece reparo a Decisão de piso.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281071.0003/18-7, lavrado contra CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 94.538,20, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIM TOMÉ ARRUTY – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS