

N. F. Nº - 298624.0017/23-0
NOTIFICADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.
NOTIFICANTES - WÁGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06/12/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0189-01/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A lei atribui ao remetente, nas operações interestaduais realizadas por estabelecimento atacadista (Notificado), com as mercadorias a que se refere o Protocolo nº 11/91, a responsabilidade pela substituição do imposto, mesmo tratando-se de transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, tendo em vista que os destinatários são varejistas, de acordo com o que dispõe o inciso II da cláusula nona do Convênio 142/18. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Infração subsistente. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, no Modelo Fiscalização de Estabelecimento, lavrada em 25/03/2023, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 20.628,95, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento de uma única infração, nos meses de fevereiro, maio, outubro a dezembro de 2021; janeiro, maio e julho de 2022:

Infração – 008.007.003: “Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia”.

Enquadramento Legal: art. 10, da Lei 7.014/96 C/C Cláusulas primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 11/91. Multa Aplicada: art. 42, II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte, tomou ciência da Notificação Fiscal em 05/04/23, apresentando impugnação em 30/05/23, às fls. 15 a 24, através de sua advogada, legalmente constituída conforme instrumentos de procuração e substabelecimento, constantes dos autos às fls. 25 a 27.

O Notificante inicialmente aborda a tempestividade da peça defensiva, fazendo, ainda, uma breve síntese da Notificação.

Na sequência reclama que o Estado da Bahia pretende cobrar ICMS decorrente de operações de transferências de mercadorias realizadas entre estabelecimentos filiais da mesma pessoa jurídica.

Argumenta que tais operações entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo não guardam identidade com o fato gerador do ICMS previsto no ordenamento jurídico.

Transcreve o artigo 155, inciso II, § 2º, e inciso XII, alíneas “a” e “d”, além do artigo 146, incisos I e III, alínea “a”, da C.F., como também o artigo 2º, inciso I da LC 87/96, com o intuito de demonstrar que o ordenamento jurídico pátrio expressamente prevê a incidência do ICMS sobre a circulação de mercadorias, além das hipóteses de prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação.

Alega que, tratando-se de transferência de mercadoria realizadas entre seu estabelecimento e outras filiais da mesma pessoa jurídica, há ausência de translação da propriedade da mercadoria que se pretende tributar, que se torna inquestionável a não ocorrência do fato gerador do ICMS.

Ressalta que, no presente caso, verifica-se a ausência de circulação de mercadoria, dizendo ser requisito imprescindível para ensejar a incidência do ICMS, pelo que considera que inexistiu o fato gerador da exação.

Traz à colação ensinamentos de diversos doutrinadores, visando sustentar sua argumentação.

Por outro lado, assevera que tal entendimento encontra arrimo na Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça:

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

Acrescenta que confirmando o entendimento seguido há anos pelo Superior Tribunal de Justiça e colocando uma pá de cal sobre o assunto, em 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”.

Dessa forma, diz que analisando o caso concreto, observa que parte das operações constantes da notificação fiscal 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.

Diante do que já foi exposto, entende que deve se reconhecer a impossibilidade do Estado exigir o recolhimento do imposto em tais hipóteses e, por conseguinte, se decretar a nulidade da notificação fiscal.

Na sequência faz uma breve exposição sobre os princípios norteadores do processo administrativo fiscal, sobretudo o da busca pela verdade material, requerendo, ainda, que o PAF seja convertido em diligência, para se determinar que toda a documentação acostada aos autos seja analisada de forma completa e objetiva.

Pontua que nos termos do art. 137, I, ‘a’, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado, a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência da Notificação Fiscal.

Ao final, requer seja dado integral provimento à presente impugnação, anulando-se a notificação fiscal ora combatida, com o consequente cancelamento da exigência fiscal nela perpetrada.

Os Notificantes apresentaram informação fiscal, às fls. 42 a 44, dizendo que embora o contribuinte discorra na sua defesa sobre a ilegalidade da presente exigência, mencionando a Súmula 166 do STJ, entendem descabida qualquer pretensão de isentar de tributação as operações questionadas.

Expõem que o STF decidiu, por seis votos a cinco, que a cobrança de ICMS na transferência de mercadorias de um estado para outro, entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, fica proibida a partir do exercício financeiro de 2024.

Comentam em relação a essa matéria que a parte do ICMS objeto da análise se refere a operação própria e não a substituição tributária, objeto do PAF. Asseveram que o ICMS ST é o imposto da operação interna que foi antecipado, e como prevê a legislação se o destinatário for varejista e o produto tiver com NCM prevista em convênio ou protocolo, não há que se falar em não tributação.

Observam que o ICMS das operações próprias e o ICMS substituição tributária não são a mesma coisa. Assinalam que o ICMS da operação própria é o valor que a empresa vendeu o produto/transferiu para sua filial varejista e pagou pela operação, e o valor do ICMS substituição tributária é o valor que a empresa pagou pela cadeia inteira do ICMS menos o valor da operação própria.

Em seguida trazem à colação os artigos 4º, I, e 8º, §8º, I, da Lei 7.014/96, visando amparar a exigência em lide.

Chamam a atenção de que no PAF todos os CNAE's são de destinatários varejistas, e transcrevem a Cláusula nona, do Convênio 142/18:

Cláusula nona: Salvo disposição em contrário, o regime de substituição tributária não se aplica:

II - às transferências interestaduais promovidas entre estabelecimentos do remetente, exceto quando o destinatário for estabelecimento varejista;

Pontuam, ainda, o seguinte: “No presente PAF a empresa embora saiba da incidência, já que destaca em outras Notas Fiscais, inclusive foi autuada no PAF 2986240015/23-7, onde na informação fiscal anexamos como exemplo, notas fiscais do mesmo protocolo 11/91 com destaque. Opta pela não retenção”.

Ao final, opinam pela procedência da Notificação Fiscal.

VOTO

A presente Notificação Fiscal, formaliza a exigência de ICMS acusando a falta de retenção do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais, envolvendo bebidas, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Inicialmente, não acolho a arguição de nulidade, pois verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Dessa forma, a Notificação Fiscal atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/BA/99, indefiro o pedido de diligência formulado pelo impugnante, tendo em vista que os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes para deslinde da questão.

Na sua Petição defensiva o contribuinte argumentou que o trabalho fiscal incorreu em alguns equívocos, uma vez que as mercadorias que fazem parte da Notificação não foram objeto de venda, mas sim de transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, não sendo, portanto, passíveis de incidência do ICMS, a teor do disposto da Súmula 166 do STJ e do julgamento pelo STF do Tema 1.099 da Repercussão geral.

Entretanto, a presente Notificação Fiscal não está exigindo o imposto relativo à transferência das mercadorias. O imposto ora exigido, se refere à antecipação relativa as operações posteriores de venda a serem realizadas pelos destinatários do notificado.

Verifico que os Estados envolvidos na operação em comento (Bahia e Sergipe) são signatários do Protocolo ICMS nº 11/91, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo.

A cláusula terceira do referido Protocolo determina que, no caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista (Notificado) com as mercadorias a que se refere este protocolo a substituição caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

Ademais, como foi bem destacado pelos Notificantes, todos os destinatários das mercadorias em exame são varejistas, de acordo com os seus CNAEs. E mesmo tratando-se de transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, a substituição tributária se aplica, conforme disposição do inciso II da cláusula nona do Convênio 142/18:

Cláusula nona: Salvo disposição em contrário, o regime de substituição tributária não se aplica:

II - às transferências interestaduais promovidas entre estabelecimentos do remetente, exceto quando o destinatário for estabelecimento varejista; (grifo não original).

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **298624.0017/23-0**, lavrada contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimada a Notificada para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 20.628,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

