

PROCESSO	- A. I. N° 298624.0024/23-6
RECORRENTE	- CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0093-04/24-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 17.09.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0213-11/24-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NA BAHIA. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOR. O sujeito passivo limitou-se a repetir as argumentações defensivas, já apreciadas na primeira instância. Indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 4ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0093-04/24-VD), que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/03/2023 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 3.114.789,18, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação do cometimento da irregularidade assim descrita pelo órgão da instância originária:

“Infração 01 – 008.035.001 – 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”, nos meses de janeiro de 2020 a novembro 2022, acrescido de multa de 100%, prevista no inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96”.

A JJF apreciou a lide no dia 24 de abril de 2024, tendo decidido unanimemente pela Procedência, nos seguintes termos (fls. 87 a 96):

“VOTO

O presente Auto de infração, lavrado em 25/03/2023, diz respeito ao cometimento da seguinte infração: “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.”

No que concerne ao pedido de realização de diligência a ser realizado por auditor estranho ao feito, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99. Ademais, a diligência julgada necessária foi realizada pelo fiscal autuante, cujo resultado o contribuinte tomou ciência, e se manifestou a respeito.

O defendente questiona o lançamento fincado em três argumentos:

- (i) *houve o recolhimento do imposto mediante compensação de créditos de ICMS excedente, objeto de pedidos de restituição junto ao Estado;*
- (ii) *diversas operações autuadas, realizadas com os CFOPs 6102, 6108, 6152 e 6411 não possuem destaque de ICMS por substituição tributária, o que torna indevida a exigência;*
- (iii) *grande parte das operações são relativas a transferências entre filiais da mesma pessoa jurídica, não havendo incidência do imposto.*

Em relação ao referido item (i) alegou o autuado que o imposto devido foi integralmente quitado mediante compensação na escrita fiscal, com créditos provenientes de excedente de ICMS em operações que não se realizaram ou com base de cálculo menor do que aquela prevista na Margem de Valor Agregado. Asseverou que requereu ao Estado da Bahia o reconhecimento do direito aos referidos créditos, mediante o ingresso dos processos administrativos que indicou à fl. 19. Para comprovar sua assertiva informou estar anexando arquivos txt das declarações bem como os débitos de transmissão das EFDs.

Os autuantes ao prestarem a Informação Fiscal, em relação a este questionamento, assim se pronunciaram: “Em relação a compensação de créditos, notamos outra incongruência, não houve nenhum lançamento a crédito na GIA ST de janeiro 2020 a janeiro de 2021, as GIAs ST estão zeradas. No que tange a valores de fevereiro de 2021 a novembro de 2022, as GIAs ST não registraram nenhum crédito excedente para

compensação, houve sim uma cobrança de diferença mês a mês.

Assim é que o processo foi convertido em diligência no sentido de que os autuantes se pronunciassem em relação aos processos administrativos indicados pelo sujeito passivo, e, esclarecessem se os mesmos tinham ou não alguma repercussão em relação aos valores ora exigidos, com as devidas justificativas.

Em atendimento ao quanto solicitado foi afirmado de que após pesquisa no sistema INC /Sefaz observaram inexistir os processos listados na defesa relacionados a Inscrição do autuado, conforme lista de todos os processos relacionados a inscrição do autuado, que anexou aos autos às fls. 63 a 68.

Ao ser cientificado o sujeito passivo reiterou os argumentos defensivos, e para comprovar os seus argumentos anexou aos autos mídia eletrônica contendo os arquivos txt, dos processos administrativos por ele indicados, assim como os recibos de transmissão das EFDs

Da análise da referida mídia observo que foram anexadas cópias dos processos administrativos apontados pelo defendant na sua peça impugnatória, sendo que todos eles se referem a PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO EXCEDENTE DO ICMS - ST.

Sobre o tema observo que de acordo com a legislação baiana existe a previsão de restituição de valores de ICMS-ST, quando restar comprovado que o valor do preço de venda praticado pelo contribuinte foi inferior à base de cálculo utilizada para fins de antecipação ou substituição tributária. É o que está previsto no art. 9º A da Lei 7.014/96:

Art. 9º-A. - O contribuinte que praticar preço de venda inferior ao valor adotado como base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária poderá apresentar pedido de restituição.

Ocorre que os mencionados processos são referentes a solicitações efetuadas por Inscrições Estaduais distintas da empresa autuada a saber.

[Planilha de fl. 94].

Além disso, observa-se que nos referidos pedidos estão indicados os números das inscrições estaduais e composição dos valores pleiteados a restituir e também não se visualiza o número da inscrição estadual da ora autuada.

Outro ponto relevante é que não foram trazidas comprovações de que os pleitos foram deferidos, e, sua utilização ocorreu conforme previsto no parágrafo 4º do artigo anteriormente citado, que assim prevê: “Deferido o pedido, a restituição do valor do indébito será realizada em parcelas mensais e sucessivas em número igual ao de meses em que ocorreram os pagamentos indevidos”.

Consequentemente não pode de ser acatado o argumento do autuado de que os valores ora exigidos foram quitados através de compensação.

A título de segundo argumento foi alegada a inexistência do fato gerador do ICMS, por se tratar de transferências interestaduais da mesma pessoa jurídica, com fundamento na SÚMULA 166 do Superior Tribunal de Justiça.

Acerca desta questão a Procuradoria Fiscal do Estado através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, firmou entendimento que: “Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”, com a seguinte 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”.

Ainda sobre o tema, informo que a PGE/Profis, através do Parecer nº PGE20221122021 - emitido em 10 de abril de 2022 já se manifestou em outros autos de infração de natureza semelhante a que ora se analisa, a exemplo do processo de nº 278904.0008/19-0, em que foi solicitada a interpretação em relação a não incidência do ICMS, em deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa em face de julgamento pelo STF de recurso repetitivo, quando se posicionou no sentido de que: “Assim sendo, diante do acórdão da ADC 49, restou definido que não há incidência do ICMS a título de diferencial de alíquota na transferência de bens entre estabelecimentos da mesma pessoa, sendo que os efeitos da decisão terão eficácia pró-futuro a partir do exercício financeiro de 2024, ressaltando-se os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito.”.

Portanto, acompanho o entendimento da PGE/Profis no citado Parecer, e concluo que a fiscalização observou integralmente o que determina a legislação do Estado da Bahia, no sentido de que as operações de transferências interestaduais, são tributadas, conforme previsão normativa expressa da Lei Complementar nº

87/96 - art. 12, inc. I e da Lei estadual nº 7.014/96 – art. 4º, inc. I, não cabendo a este órgão julgador se pronunciar em relação a alegada constitucionalidade dos referidos dispositivos legais, em obediência ao disposto no art. 167, I, do RPAF/BA.

No que se refere ao terceiro argumento de que diversas operações autuadas, realizadas com os CFOPs 6102, 6108, 6152 e 6411 não possuem destaque de ICMS por substituição tributária, o que torna indevida a exigência destaco que, a presente exação trata de ICMS-ST retido indicados nas notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte e declarados na GIA ST, contidos no demonstrativo suporte que confronta tais valores com os efetivamente recolhidos, estabelecendo as diferenças ora exigidas.

Tomando por exemplo a NF 6264221 e 6264223, emitidas em 29/11/2022, CFOP 6108, inserido no demonstrativo denominado “NOTAS FISCAIS COM DESTAQUE DE ICMS ST”, fl. 09, cujo inteiro teor encontra-se inserido no CD de fl.12 dos autos, vê-se que foram inseridos nos referidos documentos os valores de R\$ 205,49 e R\$ 84,89, respectivamente, a título de ICMS-ST. Tais valores adicionados as demais operações realizadas no mês de novembro de 2022 totaliza o montante de R\$ 295.591,21, fl. 10, que comparado com o valor recolhido de R\$ 288.863,78 apura-se uma diferença a recolher de R\$ R\$ 6.727,43, como se visualiza no Demonstrativo de fl. 07.

Assim, caso de fato as notas fiscais questionadas tivessem sido emitidas erroneamente, com destaque indevido do ICMS - ST, caberia ao sujeito passivo trazer comprovações de que foram tomadas as providências estabelecidas no art. 92 do RICMS/BA, o que não ocorreu:

Art. 92. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá cancelar o respectivo documento eletrônico em prazo não superior a 24 (vinte e quatro) horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria ou vinculação à Duplicata Escritural.

§ 1º Após o prazo máximo referido no caput e desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria, fica admitida a emissão de Nota Fiscal de entrada ou saída para regularização do quantitativo da mercadoria em estoque, com destaque do imposto, se for o caso, desde que emitida no prazo de sessenta dias da emissão da nota fiscal incorreta.

§ 2º A NF-e referida no § 1º deve conter, no campo “Chave de acesso da NF-e referenciada”, a chave de acesso da NF-e que foi cancelada por incorreção, bem como o motivo da incorreção no campo “Informações complementares”.

Da mesma forma, não foram apontados quaisquer equívocos, cometidos pela defendant, inseridos na GIA -ST, enviadas a esta secretaria, razão pela qual não acato o argumento defensivo. O fato concreto que se observa é que as notas fiscais indicam a retenção do ICMS, o que demandaria o respectivo recolhimento.

Em assim sendo entendo ter restado comprovado que os recolhimentos efetuados pelo sujeito passivo relativo ao ICMS-ST foram inferiores aos inseridos nas notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte e declarados na GIA ST enviadas a esta secretaria, restando totalmente subsistente o presente lançamento.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 106 a 121.

Aduz a tempestividade do apelo, sintetiza o ocorrido e argumenta que houve o recolhimento do imposto mediante compensação de créditos de ICMS excedente, objeto de pedidos de restituição junto ao Estado. Tal excedente seria originário de operações que não se realizaram ou que foram realizadas com bases de cálculo inferiores às previstas na margem de valor adicionado.

Para comprovar os fatos alegados, trouxe aos autos arquivos “.TXT” das declarações, bem como recibos de transmissão das EFDs, os quais alega devem ser analisados em sede de diligência fiscal, cuja efetivação foi indeferida pela JF, cerceando o seu direito de defesa.

Nos termos do art. 10, § 1º da LC 87/96, tendo o contribuinte feito prova do ingresso dos pedidos de restituição e não tendo a autoridade administrativa deliberado sobre eles no prazo de 90 dias, surge a autorização para a utilização na escrita, o que ocorreu no presente caso.

Além disso, foi exigido o imposto sobre operações não sujeitas à substituição tributária. É que diversas operações autuadas, realizadas com os CFOPs 6102, 6108, 6152 e 6411, não possuem destaque de ICMS por substituição tributária, o que torna indevida a exigência.

Como terceiro argumento do Recurso, fundamentado em doutrina, na Súmula nº 166 do STJ e no julgamento do Tema 1.099 da Repercussão Geral ocorrido em 15/08/2020 no STF, assinala que grande parte das operações fiscalizadas são relativas a transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade, não havendo incidência do imposto.

Solicita a realização de diligência fiscal e pede deferimento.

VOTO

O presente lançamento de ofício foi lavrado sob a acusação de falta de 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.

Todos os elementos necessários para julgar estão contidos nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência, com fulcro no art. 147, I, "a" do RPAF/99.

O recorrente questiona o Auto de Infração baseado nos mesmos três argumentos apresentados em sede de defesa: **(i)** houve o recolhimento do imposto, mediante compensação de créditos de ICMS excedente, objeto de pedidos de restituição junto ao Estado; **(ii)** diversas operações autuadas, realizadas com os CFOPs 6102, 6108, 6152 e 6411, não possuem destaque de ICMS por substituição tributária, o que torna indevida a exigência e **(iii)** grande parte das operações são relativas a transferências entre filiais da mesma pessoa jurídica, não havendo incidência do tributo.

Em relação ao primeiro item, alegou que o ICMS-ST foi integralmente quitado, mediante compensação na escrita fiscal com créditos provenientes de excedente de ICMS em operações que não se realizaram, ou que se realizaram com base de cálculo menor do que aquela prevista na margem de valor adicionado.

Asseverou que requereu ao Estado da Bahia o reconhecimento do direito aos referidos créditos, mediante o ingresso dos processos administrativos que indicou às fls. 19 e 109. Para comprovar sua assertiva, informou ter anexado arquivos ".TXT" das declarações, bem como os comprovantes de transmissão das EFDs.

Os autuantes, ao prestarem a informação fiscal, em relação a este questionamento, assim se pronunciaram:

"Em relação à compensação de créditos, notamos outra incongruência, não houve nenhum lançamento a crédito na GIA ST de janeiro 2020 a janeiro de 2021, as GIAS ST estão zeradas. No que tange aos valores de fevereiro de 2021 a novembro de 2022, as GIAS ST não registraram nenhum crédito excedente para compensação, houve sim uma cobrança de diferença mês a mês".

O PAF foi convertido em diligência pela JJF, para que os autuantes se pronunciassem em relação aos processos administrativos indicados pelo sujeito passivo e esclarecessem se esses tinham ou não alguma repercussão em relação aos valores ora exigidos.

Restou assinalado que, após pesquisa no sistema INC/SEFAZ, foi observado inexistirem os processos listados na defesa, os mesmos do Recurso, relacionados à inscrição do recorrente, conforme lista de todos os processos relacionados à inscrição do autuado de fls. 63 a 68.

Ao ser cientificado, o sujeito passivo reiterou os argumentos defensivos e, para comprovar as suas alegações, anexou aos autos mídia eletrônica contendo os arquivos ".TXT" dos processos administrativos por ele indicados, assim como os recibos de transmissão das EFDs.

Foi constatado pela i. relatora *a quo* que os mencionados processos são referentes a solicitações efetuadas por inscrições estaduais distintas da empresa autuada. Portanto, não pode ser acatado o argumento recursal de que os valores ora exigidos foram quitados por meio de compensação.

Outro argumento é a alegada inexistência do fato gerador do ICMS, por se tratar de transferências interestaduais da mesma pessoa jurídica.

Acerca desta questão, a Procuradoria Fiscal do Estado, por intermédio do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, firmou o entendimento de que *"não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular"*, com a seguinte ressalva: *"Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular (...)"*.

O STF já se posicionou, no julgamento da ADC 49, no sentido de que não há incidência do ICMS na transferência de bens entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, sendo que os efeitos da Decisão foram modulados a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito.

No que diz respeito à assertiva de que diversas operações autuadas, realizadas com os CFOPs

6.102, 6.108, 6.152 e 6.411, não possuem destaque de ICMS por substituição tributária, o que torna indevida a exigência, a Fiscalização tomou por base os montantes indicados nas notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte e declarados na GIA-ST, contidos no demonstrativo suporte, que confronta tais valores com os efetivamente recolhidos, estabelecendo as diferenças ora exigidas.

Em relação a esta argumentação e à da suposta não incidência, cumpre ressaltar que o tributo sob exigência se refere à substituição tributária e não à operação própria, que são institutos diferentes. O gravame da operação própria corresponde ao valor de venda ou transferência do produto, enquanto o da substituição tributária corresponde à cifra que o sujeito passivo paga por toda cadeia de circulação jurídica, menos o montante da operação própria.

Os próprios documentos fiscais trazidos como exemplo pelo sujeito passivo à fl. 112 (peça de Recurso) possuem destaque de ICMS-ST (nímeros 4.941.137 e 5.412.928).

Concordo com a JJF, na medida em que:

"Tomando por exemplo as NFs 6264221 e 6264223, emitidas em 29/11/2022, CFOP 6108, inserido no demonstrativo denominado "NOTAS FISCAIS COM DESTAQUE DE ICMS ST", fl. 09, cujo inteiro teor encontra-se inserido no CD de fl.12 dos autos, vê-se que foram inseridos nos referidos documentos os valores de R\$ 205,49 e R\$ 84,89, respectivamente, a título de ICMS-ST. Tais valores adicionados às demais operações realizadas no mês de novembro de 2022, totaliza o montante de R\$ 295.591,21, fl. 10, que comparado com o valor recolhido de R\$ 288.863,78 apura-se uma diferença a recolher de R\$ R\$ 6.727,43, como se visualiza no Demonstrativo de fl. 07.

Assim, caso de fato as notas fiscais questionadas tivessem sido emitidas erroneamente, com destaque indevido do ICMS - ST, caberia ao sujeito passivo trazer comprovações de que foram tomadas as providências estabelecidas no art. 92 do RICMS/BA, o que não ocorreu:

(...)

Da mesma forma, não foram apontados quaisquer equívocos, cometidos pela defendant, inseridos na GIA -ST, enviadas a esta secretaria, razão pela qual não acato o argumento defensivo. O fato concreto que se observa é que as notas fiscais indicam a retenção do ICMS, o que demandaria o respectivo recolhimento".

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do 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 o Auto de Infração nº 298624.0024/23-6, lavrado contra CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 3.114.789,18, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, V, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS