

A. I. N°
AUTUADO
AUTUANTES
ORIGEM
PUBLICAÇÃO

- 298624.0024/23-6
- CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
- WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
- INTERNET: 07/05/2024

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0093-04/24-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NA BAHIA. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Considerações da defesa não são capazes de elidir a autuação. 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. Indeferido o pedido de realização de diligência a ser realizada por auditor estranho ao feito. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração em lide, lavrado em 25/03/2023, exige ICMS no valor total de R\$ 3.114.789,18, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

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.

O sujeito passivo, através de representante legal, apresentou defesa às fls. 17 a 37, falando inicialmente sobre a tempestividade da apresentação da mesma.

Faz uma síntese da autuação afirmando que se trata de Auto de Infração lavrado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia sob alegação de retenção a menor de ICMS, no montante histórico de R\$ 3.114.789,18 (três milhões, cento e quatorze mil setecentos e oitenta e nove reais e dezoito centavos), acrescido de multa e atualização monetária. O período autuado é relativo aos fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2020 a novembro de 2022 (Doc. 02).

Diz que o Agente Fiscal fundamentou a exigência na suposta ocorrência de infração à legislação do ICMS, a qual foi fundamentada, basicamente, na alegação de ter deixado de reter o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Ocorre que o trabalho fiscal incorreu em alguns equívocos, uma vez que:

- houve o recolhimento do imposto mediante compensação de créditos de ICMS excedente, objeto de pedidos de restituição junto ao Estado;
- 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;
- grande parte das operações são relativas a transferências entre filiais da mesma pessoa jurídica, não havendo incidência do imposto.

Dessa forma, discorda integralmente da autuação ora combatida e passa a tecer suas razões de defesa, conforme tópicos a seguir.

RECOLHIMENTO DO IMPOSTO MEDIANTE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE ICMS

EXCEDENTE: Diz que ao contrário do que afirma a acusação fiscal, o imposto devido foi integralmente quitado mediante compensação na escrita fiscal da Contribuinte, com créditos provenientes de excedente de ICMS em operações que não se realizaram ou foram realizadas com base de cálculo menor do que aquela prevista na margem de valor agregado.

Assevera que a Impugnante requereu ao Estado da Bahia o reconhecimento do direito aos referidos créditos, mediante o ingresso dos processos administrativos abaixo indicados:

| Nº PROCESSO/ PROTOCOLO | UF | IFEP | Nº PROCESSO/ PROTOCOLO | REQUERIMENTO (PEDIDO) | VALOR REQUERIMENTO | PERÍODO |
|--------------------------|----|------------|--------------------------|-----------------------|--------------------|-------------------|
| 520101/2019-9 | BA | IFEP NORTE | 520101/2019-9 | Excedente do ICMS ST | 9.025.551,99 | 11/2016 a 09/2019 |
| 520099/2019-7 | BA | IFEP SUL | 520099/2019-7 | Excedente do ICMS ST | 2.153.840,91 | 11/2016 a 09/2019 |
| 512450/2019-1 | BA | IFEP METRO | 512450/2019-1 | Excedente do ICMS ST | 8.462.057,50 | 11/2016 a 09/2019 |
| 013.1408.2022.0004600-00 | BA | IFEP METRO | 013.1408.2022.0004616-41 | Excedente do ICMS ST | 5.085.987,66 | 2019 a 2021 |
| 013.1410.2022.0005108-95 | BA | IFEP SUL | 013.1410.2022.0005108-95 | Excedente do ICMS ST | 2.019.977,89 | 2019 a 2021 |
| 013.1409.2022.0004896-31 | BA | IFEP NORTE | 013.1409.2022.0004896-31 | Excedente do ICMS ST | 4.190.211,07 | 2019 a 2021 |

Explica que a quitação mediante compensação se deu na escrita fiscal da Impugnante, o que pode ser atestado mediante a análise dos lançamentos destes créditos no registro E220 das EFDs dos períodos, conforme relação indicada a seguir:

| Número HASH | PERÍODO | REGISTRO | CÓDIGO | DESCRIÇÃO | VALOR (R\$) |
|----------------------------------|---------|----------|----------|-------------------------|-------------|
| 3A506ED3E11948DB96A8C84389CDDDF | jan/20 | E220 | BA129999 | CREDITO EXCEDENTE DE ST | 176.312,17 |
| 34E03157F186FDE7961D26E710A7D8E1 | fev/20 | E220 | BA129999 | CREDITO EXCEDENTE DE ST | 178.283,03 |
| 72C6762134C0B4D4A4E80BC748B6E131 | mar/20 | E220 | BA129999 | CREDITO EXCEDENTE DE ST | 268.883,39 |
| 6002C1F83A37E9B263805ED87EAB9483 | abr/20 | E220 | BA129999 | CREDITO EXCEDENTE DE ST | 146.233,20 |
| E3DB822A3F8FDA74563237005DA19D4E | mai/20 | E220 | BA129999 | CREDITO EXCEDENTE DE ST | 329.297,37 |
| F086083DAC23B9D927396FCC9AD92079 | jun/20 | E220 | BA129999 | CREDITO EXCEDENTE DE ST | 211.004,47 |
| 4A875316F49AE34587B2DBE277ED43AA | jul/20 | E220 | BA129999 | CREDITO EXCEDENTE DE ST | 275.534,21 |
| 0779E327A91E108A4A5DF4BC66358A15 | ago/20 | E220 | BA129999 | CREDITO EXCEDENTE DE ST | 245.604,48 |
| 20A0B1DD4C15E730BF56306155921F9D | set/20 | E220 | BA129999 | CREDITO EXCEDENTE DE ST | 181.370,69 |
| E924315776311F9CA8B2CEE87AA7D45B | out/20 | E220 | BA129999 | CREDITO EXCEDENTE DE ST | 207.088,41 |
| A545ACCF072F9BFB346F5A31EB5E9F10 | nov/20 | E220 | BA129999 | CREDITO EXCEDENTE DE ST | 220.403,14 |
| 37C3C12BCEAEEC4D7FD4587306B7A1CE | dez/20 | E220 | BA129999 | CREDITO EXCEDENTE DE ST | 227.646,85 |
| 07EBEA121F4C8A18D945222770CF4B53 | jan/21 | E220 | BA129999 | CREDITO EXCEDENTE DE ST | 173.103,85 |

Para comprovar as suas alegações informa estar trazendo aos autos os arquivos .txt das declarações bem como os recibos de transmissão das EFDs, os quais devem ser analisados em diligência fiscal, o que desde já se requer, de modo que não parem dúvidas acerca da improcedência do lançamento.

Ainda que a demonstração da quitação do tributo exigido no lançamento mediante compensação não fosse suficiente para fulminar toda a exigência fiscal, há outros pontos que também demonstram a improcedência do lançamento, conforme a seguir.

EXIGÊNCIA DE IMPOSTO EM OPERAÇÕES QUE NÃO ESTÃO SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: Aduz que da análise dos demonstrativos do auto de infração, depreende-se que está sendo exigido o imposto supostamente devido em operações realizadas com Códigos Fiscais de Operações e Prestações – CFOPs, que não estão sujeitos a retenção do imposto por substituição. E sendo assim, as operações realizadas com esses códigos devem ser excluídas do lançamento. São eles:

- **CFOP 6102** - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros;
- **CFOP 6108** - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, destinada a não contribuinte;
- **CFOP 6152** - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros e;
- **CFOP 6411** - Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita

ao regime de substituição tributária.

Visando comprovar a utilização dos CFOPs acima indicados em diversas das operações autuadas, a Impugnante anexa à presente defesa, cópia de documentos fiscais por amostragem.

Assim, a medida que se impõe, é a exclusão do lançamento de todas as operações realizadas com os CFOPs 6102, 6108, 6152 e 6411.

Ainda que as demonstrações elencadas nos tópicos anteriores não fossem suficientes a fulminar todo lançamento, o que se admite apenas por amor ao debate, é importante destacar que diversas operações que compõem o lançamento são atinentes a transferências entre estabelecimentos filiais da mesma pessoa jurídica, as quais estão fora do campo de incidência do ICMS, o que será exposto no item a seguir.

INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ICMS -TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE: Ressalta que através do auto de infração ora combatido, o Estado da Bahia pretende cobrar da Impugnante, ICMS decorrente de operações de transferências de mercadorias realizadas entre estabelecimentos filiais da mesma pessoa jurídica. Todavia, tais operações entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo não guardam identidade com o fato gerador do ICMS previsto no ordenamento jurídico.

Aduz 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”, cuja redação copiou.

Assim, verifica-se que a Constituição Federal traçou a regra matriz de incidência do ICMS, determinando, expressamente, seu campo de incidência e disponde 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.

Acrescenta que em seu artigo 155, §2º, inciso XII, a Carta Magna atribui 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. Como 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.

Transcreve o teor do artigo 146, incisos I e III, alínea “a” da Constituição para afirmar que o legislador constitucional, prevendo a possibilidade de existirem conflitos de competência entre os Estados, indicou a Lei complementar como adequado para solucionar estes eventuais conflitos, bem como para estabelecer as normas gerais em matéria tributária.

Assim, 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 (“LC 87/96”), norma geral no tocante ao ICMS.

Portanto, resta patente 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.

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.

No presente caso, verifica-se a ausência de circulação de mercadoria, requisito imprescindível para ensejar a incidência do ICMS, razão pela qual inexistiu o fato gerador da exação.

Diz que 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. Transcreve doutrina sobre o tema.

Assim, 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.

Lembra que tal entendimento encontra arrimo na Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça e acrescenta que em julgamento do Tema 1099 da Repercussão Geral, ocorrido em 15/08/2020, o Supremo Tribunal Federal julgou a matéria e fixou a tese que copiou.

Dessa forma, analisando-se o caso concreto, observa-se que 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.

Pelo exposto, ante a inexistência do fato gerador do ICMS, eis que o Estado da Bahia pretende, confessadamente, 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, há de se reconhecer 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.

Fala sobre o princípio da Busca pela verdade material e solicita o deferimento de diligência informando que a Impugnante apresentará seus quesitos na ocasião da elaboração da revisão do trabalho fiscal.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- a) A realização de Diligência Fiscal, através de Auditor Fiscal alheio ao feito;
- b) Após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que compõem as alegações de defesa aqui expostas, requer seja dado integral provimento à presente Impugnação Administrativa, com o consequente cancelamento do Auto de Infração e da exigência nele contida.

Os auditores prestam Informação Fiscal, fls.49 a 51, e após transcreverem o teor da infração dizem que o contribuinte argumenta que:

- Houve o recolhimento do imposto mediante compensação de créditos de ICMS excedente, objeto de pedidos de restituição junto ao estado.
- 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.

- Grande parte das operações são relativas a transferências entre filiais da mesma pessoa jurídica, não havendo incidência do imposto. (fl.18)

Contudo, ao contrário do que afirma a acusação fiscal, o imposto devido foi integralmente quitado mediante compensação na escrita fiscal da Contribuinte, com créditos provenientes de excedente de ICMS em operações que não se realizaram ou foram realizadas com base de cálculo menor do que aquela prevista na margem de valor agregado, (fl.19).

Ainda que a quitação do tributo exigido no lançamento mediante compensação não fosse suficiente para fulminar toda exigência fiscal, há outros pontos que também demonstram a improcedência do lançamento, (fls. 20 a 26).

Cita súmula 166/STJ e tema 1.099 da repercussão do Geral – STF (fls. 22 e 26).

Solicita diligência fiscal (fl.29) de auditor alheio ao feito (fl.30).

Passam a se pronunciar dizendo que, embora o contribuinte discorra na sua defesa (fl.18), sobre a isenção de tributação, entendem descabida qualquer pretensão de isentar essa operação.

O contribuinte cita súmula 166/STJ e STF.

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, 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, 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.

Sobre a incidência debatida transcrevem o teor do Art. 4º da Lei 7.014/96 e afirmam que no PAF todos os CNAE's são de destinatários varejistas e transcreve dispositivo 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;

Dizem que no PAF ora combatido observaram uma completa falta de lógica na defesa, ao tempo que comenta que as operações são isentas, faz destaque. Nas folhas número 20 e 21 as três notas fiscais citadas possuem destaque.

Em relação a compensação de créditos, notam outra incongruência, não houve nenhum lançamento a crédito na GIA ST de janeiro de 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 registram nenhum crédito excedente para compensação, houve sim uma cobrança de diferença mês a mês.

No relatório da defesa não há referência a valores de 2022 (vide folha 19).

Opinam pela procedência do Auto de Infração.

Considerando que os autuantes não se manifestaram acerca dos processos administrativos indicados pelo sujeito passivo à fl. 19, na sessão suplementar realizada em 26 de outubro de 2023 os membros desta 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiram pela conversão do processo à INFRAZ de origem, no sentido de que os autuantes se manifestem em relação aos mesmos e esclareçam se têm ou não alguma repercussão em relação aos valores ora exigidos, com as devidas

justificativas.

Após a realização da diligência, a repartição fazendária deveria intimar o contribuinte concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias, para se manifestar, querendo, fornecendo-lhes photocópias de todos os documentos juntados pelo autuantes, inclusive desta solicitação.

Havendo manifestação do autuado fosse dada ciência aos autuantes a fim de prestarem nova Informação Fiscal.

Os autuantes às fls. 60 a 62 transcrevem o resumo das alegações defensivas inseridas na Informação Fiscal e em seguida dizem que após pesquisa no sistema INC /Sefaz observaram inexistir os processos listados na defesa relacionados a Inscrição do autuado e informam estar anexando lista de todos os processos relacionados a inscrição do autuado, que também se encontra na mídia que foi enviada ao autuado.

Em relação aos créditos excedentes, estes devem estar vinculados e autorizados a serem utilizados com algum processo vinculado a essa inscrição estadual, como também lançado analiticamente na GIA ST. Como já observado na Informação Fiscal não há esse vínculo, nem nenhum lançamento na GIA ST.

Em relação ao ICMS ST, a empresa observa que há operações que não geram imposto, o que não procede, já que a planilha em anexo só cobra ICMS ST lançado, está em mídia e foi enviada via DTE.

Observam que a defesa afirma existir diferença dos créditos excedentes, os quais não sabem a procedência, como as diferenças estão sempre a menor do que o retido deveria haver algum recolhimento, o que não há.

O sujeito passivo foi cientificado e se manifesta às fls. 72 a 77 faz um resumo dos seus argumentos inseridos na peça inicial e o entendimento dos diligentes e assevera que, como será demonstrado nas linhas abaixo, a conclusão da Diligência Fiscal não se coaduna com a melhor análise do auto de infração, haja vista ser esse absolutamente improcedente. É o que se passa a demonstrar.

INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ICMS - TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ TEMA 1.099 DA REPERCUSSÃO GERAL – STF: Observou que o Agente Fiscal responsável pela diligência manifestou entendimento diverso, alegando que o STF teria alterado o entendimento quanto a vigência da não incidência, no julgamento da ADC 49, deslocando a aplicação da jurisprudência até então pacificada para o exercício financeiro de 2024.

Todavia, tal premissa se mostra equivocada, pois a Contribuinte possui diversos processos administrativos em trâmite junto ao Estado da Bahia, discutindo exatamente essa tese, o que afasta o entendimento defendido na Diligência, pois a decisão do STF é expressa ao ressalvar os Contribuintes que tenham discussão administrativa ao judicial sobre a matéria que estavam pendentes de decisão até a publicação da ata de julgamento da decisão de mérito, a qual ocorreu em 02/03/2023.

Quanto a alegação de que há tributação pelo ICMS de parte da autuação que se refere a operação própria e não a substituição tributária, mais uma vez a Contribuinte discorda da conclusão da diligência, pois não há operação de mercancia. Logo, não há incidência de ICMS.

QUITAÇÃO DO IMPOSTO MEDIANTE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE ICMS EXCEDENTE: A Fiscalização acusa a Impugnante de ter deixado de recolher o ICMS devido por substituição tributária, destacado em documentos fiscais de operações para contribuintes sediados no Estado da Bahia. Contudo, ao contrário do que afirma a acusação fiscal, o imposto devido foi integralmente quitado mediante compensação na escrita fiscal da Contribuinte, com créditos provenientes de excedente de ICMS em operações que não se realizaram ou foram realizadas com base de cálculo menor do que aquela prevista na margem de valor agregado.

Em que pese a Contribuinte ter informado os números dos processos administrativos, a Fiscalização, tanto no momento da autuação quanto na realização da diligência fiscal, simplesmente ignorou tal comprovação, com o intuito específico de manter a acusação fiscal sem considerar a verdade dos fatos.

Por essa razão, novamente a Contribuinte informa que requereu ao Estado da Bahia o reconhecimento do direito aos referidos créditos, mediante o ingresso dos processos trouxe aos autos os arquivos txt bem como os recibos de transmissão das EFDs, comprovando a higidez das operações.

EXIGÊNCIA DE IMPOSTO EM OPERAÇÕES QUE NÃO ESTÃO SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: Quanto a esse argumento, o Agente Fiscal responsável pela Diligência se limitou a dizer que a defesa alega que as operações são isentas e apresenta notas fiscais com destaque.

No entanto, ainda que a nota fiscal contenha destaque do imposto, tal fato não legaliza a exigência. O fato é que da análise dos demonstrativos do auto de infração, depreende-se que está sendo exigido o imposto supostamente devido em operações realizadas com Códigos Fiscais de Operações e Prestações – CFOPs, que não estão sujeitos a retenção do imposto por substituição. E sendo assim, reitera-se que as operações realizadas com esses códigos devem ser excluídas do lançamento. São eles:

- **CFOP 6102** - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros;
- **CFOP 6108** - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, destinada a não contribuinte;
- **CFOP 6152** - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros e;
- **CFOP 6411** - Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária

Assim, a medida que se impõe, é a exclusão do lançamento de todas as operações realizadas com os CFOPs 6102, 6108, 6152 e 6411.

Dessa forma, estando a Diligência em desacordo com a apuração correta do ICMS, haja vista que o Contribuinte observou todas as obrigações legais atinentes ao imposto, requer a realização de nova diligência, de modo que sejam considerados todos os argumentos tecidos em sua peça de defesa.

Os autuante se manifestam à fl. 82, dizendo que a diligência foi efetuada detalhadamente, e que a manifestação da autuada nada acrescenta ao PAF, razão pela qual nada têm a acrescentar.

VOTO

O presente Auto de infração lavrado em 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 credito 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.

| PROCESSO N° | INSCRIÇÃO | IFEP |
|---------------------------|-------------|-------|
| 520101/2019-9 | 11.731.665 | NORTE |
| 520099/2019-7 | 12.808.263 | SUL |
| 512450/2019-1 | 102.946.189 | METRO |
| 013.1408.2022.0004600-00 | 68.833.574 | METRO |
| 013.1408.2022.0005108-95 | 87.989.892 | SUL |
| 013.1408.2022.00046896-31 | 11.731.665 | NORTE |

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转移ência de bens entre estabelecimentos da mesma pessoa, sendo que os efeitos da decisão terão eficácia pró-futuro 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.*”.

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 inconstitucionalidade 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 S T enviadas a esta secretaria, restando totalmente subsistente o presente lançamento.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298624.0024/23-6, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.114.789,18**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR