

PROCESSO - A. I. Nº 298624.0019/23-2
RECORRENTE - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0253-03/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/07/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0209-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS PARA ESTABELECIMENTOS VAREJISTAS DO CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO (ICMS-ST). Restou com comprovado que o lançamento exige o imposto do estabelecimento remetente das mercadorias, enquadradas no regime de substituição tributária, na condição de substituto tributário, previsto no Protocolo ICMS nº 53/2017. Infração subsistente. Rejeitado a nulidade suscitada por falta de amparo legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata se de Recurso Voluntário, interposto contra a decisão proferida pela 3ª JFJ, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 25/03/2023, que acusa o cometimento da seguinte infração:

Infração 008.034.003. *Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo as operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia (2020 a 2022) - R\$ 97.606,77. Multa de 60%.*

Na decisão proferida (fls. 53 a 59) foi apreciado que:

Embora não tenham sido suscitadas pelo defendente, nulidades relativamente a questões formais, após a análise dos elementos constantes nos autos, verifico que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato, que é a constituição do crédito tributário não recolhido integralmente aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que obteve as peças necessárias à sua defesa, demonstrativos fls.07/08, contidos no CD fl.10 e entregues ao impugnante via DTE fl. 09; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Saliento, por conseguinte, que o PAF está revestido das formalidades legais, não havendo violação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal. Dessa forma, constato não ter ocorrido quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquirar de nulidade o lançamento de ofício.

O defendente requereu que esta Junta de Julgamento Fiscal convertesse o presente processo em diligência, determinando que toda a documentação acostada aos autos fosse analisada de forma completa e objetiva.

Rejeito o referido pedido formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de convicção por estes Julgadores, de acordo com o artigo 147, incisos I e II, do RPAF/99. Não vislumbro necessidade da realização de diligência fiscal, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo Autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito à falta de retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referentes a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia nos exercícios de 2020 a 2022.

Imprescindível inicialmente mencionar, o que está previsto nos artigos 8º, inc. II, 10 e 11 da Lei nº 7.014/96, in verbis:

Art. 8º. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

(...)

Art. 11. Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento.

Por seu turno o RICMS/2012, determina no art. 298 que “Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.”

Em sua defesa, o impugnante rebateu a acusação fiscal, afirmando que o Agente Fiscal realizou a exigência fiscal na suposta ocorrência de infração à legislação do ICMS, a qual foi fundamentada, basicamente, na alegação de ter retido a menor ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados dentro deste Estado.

Acrescentou que o trabalho fiscal incorreu em alguns equívocos, uma vez que as mercadorias que fazem parte da autuação 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 na Súmula 166 do STJ e do julgamento pelo STF do Tema 1.099 de Repercussão Geral.

Destacou 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. Porém, 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.

Analizando-se o caso concreto, a defendente observa que grande 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.

O Auto de Infração em lide é composto de uma única imputação fiscal referente à cobrança do ICMS-Substituição Tributária (ICMS-ST), retido nas notas fiscais e não recolhido aos cofres públicos, nas remessas interestaduais de mercadorias do estabelecimento da empresa Cencosud Brasil Comercial Ltda., na condição de substituto tributário e responsável pelo pagamento do ICMS no destino das mercadorias.

As operações autuadas envolveram transferências de mercadorias enquadradas no regime da ST, por força de Convênios e Protocolos, para as filiais varejistas da empresa estabelecidas neste Estado. As operações objeto deste lançamento, foram acobertadas por notas fiscais emitidas pela empresa autuada, em outros estados da Federação, que envolveram saídas de mercadorias para estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, localizados no Estado da Bahia, envolvendo transferências de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, sujeitas ao regime de substituição tributária.

O contribuinte contestou inicialmente as cobranças lançadas neste Auto de Infração, ao argumento de que as mesmas não estão submetidas à incidência do ICMS, por envolverem saídas por transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica. Nesse contexto, segundo a impugnante, não se verificou mudança de titularidade ou de propriedade dos produtos, não havendo que se falar em negócio jurídico a caracterizar o fato gerador do imposto de circulação de mercadorias.

Em respaldo a essa linha de entendimento, a defesa fez referência ao posicionamento dos Tribunais Superiores do país, através da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça (STJ); o Julgamento do Tema 1099, com repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, firmada na tese de que: “Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em Estados distintos, visto não haver a transferência de titularidade ou a realização de ato de mercancia”; e também em precedentes judiciais reproduzidos na petição defensiva.

Todavia, no caso em exame, a situação se reveste de algumas circunstâncias que não se amoldam exatamente às decisões e precedentes judiciais mencionadas pelo contribuinte na sua peça de defesa.

Do exame dos elementos que compõem o presente processo, saliento que o próprio contribuinte, ao emitir as notas fiscais listadas na autuação, destacou o ICMS da operação própria, a ser recolhido em favor do Estado Emissor (Sergipe) e o ICMS-ST, a ser recolhido em favor do Estado da Bahia, este último, relacionado às operações de vendas subsequentes das mercadorias que seriam realizadas pelas filiais da empresa no território baiano.

Observo que o ICMS que deixou de ser recolhido em favor do Estado da Bahia, não se refere ao imposto da operação de transferência debitado em favor do Estado de Sergipe e sim, ao tributo incidente nas operações subsequentes de vendas das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, de responsabilidade do estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, por força de acordos interestaduais (Convênios e Protocolos) firmados entre as Unidades Federadas envolvidas nas operações (Bahia e Sergipe).

E mais: no caso concreto, o estabelecimento autuado efetuou a sua inscrição no cadastro de contribuintes substitutos no Estado da Bahia, para promover a retenção e recolhimento do ICMS, de forma antecipada, em favor do Erário baiano. Portanto, a autuação objeto desta lide fiscal, conforme já destacado linhas acima, não alcançou as saídas por transferências, cujo imposto destacado nas notas fiscais à alíquota interestadual de 12%, é da competência do Estado de Sergipe.

Os valores lançados pelas autoridades fiscais da SEFAZ-Ba, abrangeram exclusivamente as operações subsequentes com mercadorias enquadradas no regime da ST, tributadas pela alíquota interna do Estado da Bahia, nos valores, que segundo a apuração da Auditoria, deixaram de ser recolhidos em favor do Erário baiano. As cobranças estão sustentadas em normas de substituição tributária em que a Bahia e Sergipe são signatários.

Trata-se da substituição tributária “para frente”, relacionada aos fatos geradores futuros, incidentes sobre as saídas que ocorreriam após as transferências das mercadorias. A discussão em torno da incidência ou não do ICMS nas operações de transferência, diz respeito ao imposto devido ao Estado de Sergipe. Não se aplica às operações subsequentes às transferências, sujeitas ao pagamento do ICMS por substituição tributária, a tese sustentada pela defesa de não incidência do imposto por inocorrência do fato gerador desse tributo.

Examinando os elementos que compõem o presente processo, verifico que o ICMS exigido em ação fiscal, se refere a operação própria. Verifico no levantamento fiscal, que todos os CNAE's são para destinatários varejistas. Trata-se do imposto referente as subsequentes operações internas a serem realizadas no estado da Bahia 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.

Sobre a matéria, assim estabelece o inciso II, da Cláusula Nona do Convênio 142/18, in verbis:

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;

Neste contexto, ressalto que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame.

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

No Recurso Voluntário interposto (fls. 69/72) o recorrente inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre a infração e decisão proferida pela 3ª JF julgando procedente o lançamento, que entende deva ser reformada conforme passou a expor.

NULIDADE. Suscita a nulidade da autuação sob alegação de que o princípio da verdade material é basilar no processo administrativo fiscal, que deve ser considerado como instrumento de garantia à efetivação dos direitos fundamentais do contribuinte relacionados à Administração Pública perante os conflitos de interesses entre ambos.

Afirma que na situação presente o auto de infração foi lavrado para exigir ICMS de operações cujas regras de tributação foram seguidas fielmente pelo contribuinte, culminando em exigência indevida do tributo o que macula a autuação, por não considerar fatos e provas apresentadas.

Discorre sobre o lançamento, dever da administração de promover correções de ofício, na busca da verdade material e como o procedimento adotado pela fiscalização não teve como base a

realidade dos fatos, impõe-se a decretação de nulidade do auto de infração.

Requer que de acordo com as razões impostas que seja dado provimento ao Recurso Voluntário declarando a nulidade do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração acusa falta de retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Na decisão proferida pela 3ª JF foi fundamentado que o lançamento obedece a prescrição da legislação do ICMS, afastado o pedido de realização de diligência fiscal e julgado procedente.

No Recurso Voluntário interposto o recorrente não apresentou qualquer razão de mérito, se restringindo a alegar que o Auto de Infração é nulo, manifestando que a exigência é indevida em razão de ter seguido fielmente as regras de tributação do ICMS pertinente às operações realizadas.

Observo que não foi indicado qualquer situação quanto aos atos praticados por autoridade, órgão ou servidor, bem como de incorreção na decisão proferida em primeira instância do CONSEF, e ainda qualquer incorreção no lançamento de ofício, nos termos do disposto no art. 18 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/1999).

De pronto, fica rejeitada a nulidade suscitada em razão de ausência de fundamento do pedido.

No que se refere ao pedido de nulidade sob o argumento de que procedeu em conformidade com as disposições contidas na legislação do ICMS, que se confunde com as razões de mérito, observo que:

- A) A exigência fiscal recai sobre operações realizadas no período de janeiro/2020 a dezembro/2022, pelo estabelecimento autuado localizado no município de Nossa Senhora do Socorro/Sergipe tendo como destinatário contribuintes do ICMS localizados no Estado da Bahia;
- B) O demonstrativo de fls. 7 e 8 (gravado na mídia de fl. 10) indica operações com espaguete, massa, lasanha, parafuso, macarrão, argola, entre outros, tendo sido registrado que deixou de reter o ICMS-ST previsto no Protocolo ICMS 53/2017;

Conforme apreciado na decisão recorrida, a responsabilidade pela retenção do ICMS-ST é prevista nos artigos 8º, II, 10 e 11 da Lei nº 7.014/96, relativo às mercadorias constantes do Anexo I da Lei, sendo que nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária depende de acordo específico celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

Por sua vez, o Protocolo ICMS 53/2017 dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos alimentícios relacionados no Anexo XVII do Convênio ICMS 142/2018, que tem como signatários os Estados da Bahia e Sergipe.

Ressalte-se que as mercadorias relacionadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização, são classificadas nos Códigos Especificadores da Substituição Tributária - CEST 17.049.02 a 17.053.02, inexistindo os códigos CEST 17.031.01, 17.053.00, 17.053.01, 17.053.02, 17.056.00, 17.056.02, 17.057.00 e 17.058.00, que são excetuados no Parágrafo Único da Cláusula Primeira do citado Protocolo.

Pelo exposto, restou comprovado que o lançamento de ofício foi efetuado com base em Acordo Interestadual celebrado entre a Bahia e a unidade Federada que deu origem às operações (Estado de Sergipe), cujas regras não foram cumpridas pelo estabelecimento autuado, deixando de proceder a retenção e o recolhimento do ICMS-ST exigido, ao contrário do que foi alegado no recurso interposto de que em relação às operações praticadas, tinha procedido em conformidade com a legislação tributária.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 298624.0019/23-2, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$ 97.606,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “e”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de junho 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS

