

**PROCESSO** - A. I. N.º 2813320010/11-6  
**RECORRENTE** - FUJIOKA ELETRO IMAGEM S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0093-02/12  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 26.12.2012

### **3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACORDÃO CJF Nº 0084-13/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES COM REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS. O benefício está restrito às vendas destinadas à contribuinte inscrito no cadastro de ICMS do Estado da Bahia. Condição não atendida. Infração subsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Demonstrada a falta de retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para não contribuintes localizados neste Estado. Infração caracterizada. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Não acolhidas as arguições de inexistência de tributação nas transferências. Infração caracterizada; **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O impugnante não apresentou qualquer elemento de direito ou de fato que elida a exigência. Infração caracterizada. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Não acolhidas as arguições de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 21/12/2011 para exigir o crédito tributário no valor de R\$23.821,14, foram imputadas ao sujeito passivo as infrações que seguem:

INFRAÇÃO 1 – recolheu a menos o ICMS no valor de R\$16.083,15 em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 - deixou de proceder à retenção do ICMS no valor de R\$ 7.332,00 e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para não contribuintes localizados neste Estado. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 - falta de recolhimento do imposto relativo constatado pela apuração de diferenças tanto de saídas como entradas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS no valor de R\$ 222,71, multa de 70%;

INFRAÇÃO 4 – falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 177,37. Multa de 70%;

INFRAÇÃO 5 – falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. ICMS no valor de R\$5,91, multa de 60%.

Em Primeira Instância, assim restou decidido pela ilustre 2ª JF:

*A infração 01, imputa ao autuado recolhimento a menos o ICMS no valor de R\$16.083,15 em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.*

*Quanto à arguição do autuado de que atende às condições estabelecidas no Art. 1º e Art. 7º do Decreto 7799/00 e que “quanto à condição a ser observada pelo adquirente, simplesmente não é razoável que as autoridades fiscais imputem tal verificação ao fornecedor. É absolutamente impraticável que ele verifique a situação de todo e qualquer cliente.”, não tem o efeito de elidir a presente imputação, na medida em que o benefício previsto no Art. 1º está restrito às vendas destinadas à contribuinte inscrito no cadastro de ICMS do Estado da Bahia. A inobservância dessa condição, conforme ocorreu na presente exigência não elidida, gerou a infração nº 01.*

*Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:*

*A infração 02 - deixou de proceder à retenção do ICMS no valor de R\$ 7.332,00 e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes inapto localizados neste Estado.*

*Quanto a essa infração, conforme descreve o autuante, tem como base legal o Inciso I do Art. 353 que prevê a responsabilidade do recolhimento do imposto na condição de sujeito passivo por substituição, ao contribuinte que efetuar saída de mercadoria a outro não inscrito no Cadastro de Contribuinte.*

*Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

*I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto;*

*Verifico que a arguição de dificuldades do contribuinte para cumprir os dispositivos e a razoabilidade das determinações contidas na legislação pertinente à matéria, não são suficientes para elidir a exigência, que carece, para tanto, de elementos matérias que demonstrem o recolhimento ou que os aludidos destinatários são contribuintes. O autuado, contudo, não trouxe aos autos tais elementos, restando a manutenção da exigência.*

*Cabe a manutenção da infração 02.*

*Em relação à infração 04, “falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado”, o impugnante não apresentou qualquer elemento de direito ou de fato que elida a exigência, comprovando a incorreção do levantamento ou mesmo demonstrando o recolhimento do imposto.*

*Cabe a manutenção da infração 04.*

*Em relação às infrações 03 e 05, em consonância com o autuante, o Art. 2º inciso I do RICMS estabelece como fato gerador a saída do estabelecimento do contribuinte inclusive em caso de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular.*

*O contribuinte alega que no caso, por ser uma operação de “transferência de bens entre estabelecimentos da mesma empresa”, “trata-se de mera circulação física, não de circulação jurídica, assim sendo, não houve*

*ocorrência do fato gerador e consequentemente, não há tributação.”*

*Verifico que o Art. 2º inciso I do RICMS estabelece como fato gerador a saída do estabelecimento do contribuinte inclusive em caso de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular. Destaca o autuante que o próprio autuado faz em regra, o recolhimento do imposto quando da transferência da sua matriz em Goiânia para a filial em Salvador. No caso das omissões encontradas no roteiro de estoque, o valor simplesmente deixou de ser recolhido.*

*Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:*

*I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular;*

*Quanto às decisões do STJ, alinhadas pelo autuado, não obstam a aplicação da Legislação Tributária Estadual ou vinculam os atos administrativos desse Estado.*

*As infrações 03 e 05, assim, são procedentes.*

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário. Requer a nulidade da Decisão recorrida, por carência de fundamentação e por não ter enfrentado a argumentação trazida pelo contribuinte na impugnação.

No mérito, quanto às infrações 1 e 2, sustenta que não cabe a verificação da condição de todos os seus clientes, não sendo razoável que as autoridades fiscais imputem tal verificação ao fornecedor. Reproduz os artigos 1º e 7º do Decreto nº 7.799/00, para concluir, em relação à infração 1, que é possuidora do benefício previsto no aludido ato normativo e atende a todas as suas condições.

Quanto às infrações 3 e 5, faz considerações sobre o significado jurídico tributário da expressão “operação de circulação de mercadoria”. Traz Decisão do STJ, sobre a necessidade de mudança de titularidade do bem comercializado para se configurara o fato gerador do ICMS, aduzindo que no presente caso as mercadorias jamais deixaram de ser de titularidade do recorrente, uma vez que se trata de meras transferências de bens entre estabelecimentos da mesma empresa. Afirma que as divergências entre entradas e saídas, infração 3, e o ínfimo aumento verificado nos estoque, desacobertos de notas fiscais, (infração 5) são absolutamente irrelevantes para a Fazenda Estadual. Trata-se de mera circulação física, não de circulação jurídica, assim, sendo, não houve ocorrência de fato gerador e consequentemente, não há tributação.

Requer a improcedência total do Auto de Infração, no entanto, não impugna diretamente a infração 4.

## **VOTO**

Quanto à preliminar de nulidade da Decisão recorrida, não assiste qualquer razão ao Recorrente, uma vez que o acórdão de primeira instância enfrentou, um a um, todos os argumentos defensivos, fundamentando o porquê da sua não acolhida. Rejeito, portanto, a preliminar suscitada.

No mérito, há de se observar que, apesar de requerer genericamente a improcedência total do Auto de Infração, o Recorrente não traz qualquer argumento pertinente à infração 04, limitando as suas arguições às infrações 1, 2, 3 e 5. Assim, resta subsistente a infração 4.

A infração 1 faz referência a recolhimento a menos o ICMS, em decorrência de erro da aplicação indevida da redução da base de cálculos prevista artigo 1º do Decreto nº 7.799/00, nas operações de vendas a contribuintes inaptos no cadastro fazendário.

Já a infração 2, diz respeito à falta de retenção do ICMS devidos nas operações de vendas de mercadorias a contribuintes inaptos sobre os mesmos documentos fiscais do item anterior.

Ou seja, o fulcro da autuação das duas infrações é a de redução indevida da base de cálculo, com base no Decreto nº 7.799/00, e a falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas nas vendas realizadas para contribuintes do ICMS com inscrição estadual na situação INAPTO.

Note-se que, no que se refere à infração 1, a obrigação de conferir a regularidade da inscrição do contribuinte adquirente, além de estar prevista na legislação, é requisito para fruição do benefício

fiscal a que o Recorrente tem direito. Assim, o Recorrente deveria ter observado que os adquirentes estavam irregulares no momento da realização da venda e não ter aplicado a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, haja vista que ela está condicionada à venda realizada para contribuinte do imposto, e contribuinte em situação irregular é considerado como não contribuinte.

Por sua vez, a infração 2 trata de responsabilidade solidária, prevista no art. 34, IV, da Lei nº 7.014/96, em razão do Recorrente não ter observado a irregularidade da situação cadastral do adquirente de suas mercadorias no momento da realização do negócio jurídico.

*Art. 34. São obrigações do contribuinte:*

*IV - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do comprovante de inscrição, sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido, calculado na forma estabelecida em regulamento, se do descumprimento desta obrigação decorrer o não recolhimento do imposto, total ou parcialmente.*

Portanto, as infrações 1 e 2 restam subsistentes.

No que se refere às infrações 3 e 5, nota-se que o Recorrente alega, exclusivamente, que não é cabível a cobrança de ICMS em transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Contudo, há de se observar que as infrações 3 e 5 não se referem a transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Veja-se que a infração 3 se refere à cobrança de imposto por presunção de saídas omitidas de mercadoria, em razão da falta de registro da entrada de mercadorias (presunção legal de que o contribuinte adquiriu tais mercadorias com receitas provenientes de saídas anteriormente realizadas e que não foram oferecidas à tributação), logo não está se cobrando imposto sobre transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Por sua vez, a infração 5 decorre de um levantamento quantitativo de estoque onde se verificou, em razão da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, que o contribuinte deixou de recolher o imposto incidente, a título de antecipação parcial, das mercadorias adquiridas de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, logo, também não guarda relação com cobrança de imposto sobre transferência entre estabelecimentos do mesmo titular.

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2813320010/11-6**, lavrado contra **FUJIOKA ELETRO IMAGEM S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$23.821,14**, acrescido das multas de 60% sobre R\$23.421,06 e 70% sobre R\$400,08, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO - PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS