

**PROCESSO** - A. I. N° 279462.0001/13-9  
**RECORRENTE** - CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0024-02/14  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 26/11/2014

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0349-11/14

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Existência de Mandado de Segurança. Recurso prejudicado quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário deve ficar suspensa. Fica mantida a Decisão quanto à procedência da multa por descumprimento da obrigação principal e dos acréscimos moratórios relativos ao período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos artigos 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra à cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte. Recurso **PREJUDICADO**, em relação à obrigação principal, e **PROCEDENTE**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. ATIVO IMOBILIZADO. DESINCORPORAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não apresentados fatos novos ou fundamentos de direito capazes de reformar a Decisão recorrida quanto às infrações 3 e 7, que ficam mantidas. Não acolhido o pedido de cancelamento ou redução da multa em razão de ausência de amparo legal. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime quanto à infração 7 e, unânime em relação às infrações 1 e 3.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Voluntário interposto nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida pela 2ª JFJ, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 18/06/13, para exigir ICMS no valor de R\$1.937.026,68, relativo a treze infrações, na sua maioria reconhecidas, exceto as de nºs 1, 3 e 7, que acusam:

1. Deixou de recolher, por antecipação tributária, o ICMS, relativo a ajuste de estoque, existente em 31/12/10, de mercadorias (tampo para pia inox e tampo de vidro para mesa) incluídas no regime de substituição tributária, listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09 - R\$5.787,50.
3. Recolheu a menor ICMS, em razão de erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2010 e 2011 - fls. 42 a 51) - R\$210.610,43.
7. Deixou de recolher ICMS, nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo

imobilizado do estabelecimento, nos meses de dez/10 e jan a abr/11, (fls. 92 a 103) - R\$24.894,29.

A 2ª JF na Decisão da lide, inicialmente ressalta que as infrações 2, 4, 5, 6, 8, 9 10, 11, 12 e 13 foram reconhecidas (fls. 145/147; 359/377 e 637/670) e que aprecia apenas as infrações 1, 3 e 7.

Considerou prejudicadas as alegações acerca das infrações que foram reconhecidas e pagas, extinguindo os créditos tributários correspondentes que declarou procedente.

Afastou às preliminares de nulidade do Auto de Infração, no que se refere as infrações reconhecidas e recolhidas, com renúncia de defesa, por ato voluntário de confissão de dívida.

Registrou que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, possibilitando o exercício do direito de defesa, com suporte em demonstrativos que fundamentam as acusações fiscais, cujas cópias foram entregues ao autuado, inexistindo qualquer cerceamento.

Ressaltou que a ausência do Termo de Início de Fiscalização foi suprida com a intimação para apresentar livros e documentos fiscais (fls. 11 e 12), cujo resultado de fiscalização culminou em infrações apuradas, fundamentadas e vinculadas à legislação, devidamente reconhecidas em parte e impugnadas outras, ficando rejeitada as preliminares de nulidades arguidas.

Indeferiu o pedido de realização de perícia, diligência (art. 147, I, "a", e II, "b", do RPAF/99) e dilação de prazo para produzir prova, visto que pode ser feito a qualquer momento no processo.

Também, ressaltou que nos termos do art. 108 do RPAF, a intimação poderá ser feita ao sujeito passivo ou a pessoa interessada, quando não for prevista forma diversa pela legislação.

No mérito, apreciou que com relação à:

*Infração 1, a exigência do ICMS é por antecipação tributária relativo ao ajuste de estoque de "Tampo de Vidro para Mesa" e "Tampo para Pia Inox". Saliento que a obrigação da antecipação tributária sobre os estoques destes produtos foi instituída pelo art. 3º do Decreto 12.470/10, em decorrência da inclusão de tais mercadorias na substituição tributária, conforme previsto no Anexo Único do Protocolo 104/09, respectivamente nos itens "49" (vidro – NCM/SH 70.05) e "69" (artefatos de higiene ou de toucador, e suas partes, de ferro ou aço – NCM/SH 73.24), cujas NCM/SH se confirmam através das notas fiscais de nº 1748234 e 18615586 (fls. 249 e 252), emitidas em 2011, as quais consignam ICM-ST no próprio documento fiscal emitido pelo autuado, cujos códigos dos produtos (2810336 – TP VD; 9000135 e 9000143 TP P/ PIA), a título de exemplo, são os mesmos dos elencados à fl. 30 do PAF, numa prova inequívoca da obrigatoriedade da antecipação do ICMS sobre o estoque de 31/12/2010, ainda que os tampos de vidro sejam destinados a simples encaixe nas mesas comercializadas, conforme alega o autuado, conforme se manifestou a DITRI em seu Parecer nº 148.222/2011-2, à fl. 348 dos autos. Assim, procede a exigência fiscal.*

*Inerente à infração 3, na qual se exige o ICMS de R\$ 210.610,43, em razão de erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de dezembro de 2010 e janeiro a abril de 2011, conforme planilha às fls. 42 a 51 dos autos.*

*Alega o defendente que se trata de operações predominantemente com código 5.949, referente à troca de mercadorias defeituosas, cuja nota fiscal, sem destaque do imposto, acompanha a nova mercadoria, já que não se credita do ICMS na entrada de mercadoria defeituosa, o que anularia o débito anterior, inexistindo qualquer lesão ao erário estadual. Diz, ainda, que a fiscalização não solicitou a cópia das notas fiscais em questão e que a natureza da operação de troca de mercadoria é desprovida de atividade comercial, inibindo o destaque e cobrança do ICMS.*

*Da análise das razões de defesa, há de se destacar que caberia ao apelante comprovar sua alegação de que todas as operações, objeto desta exação, derivam de trocas, pois, ao fisco, a prova que fundamenta a acusação fiscal é a relação resumo das notas fiscais, às fls. 42 a 47 dos autos, e a correspondente relação em mídia (fl. 140), cujas cópias foram fornecidas ao autuado conforme recibo à fl. 141 dos autos, na qual consigna número das notas fiscais, mercadorias, data, código e valor da operação, as quais se encontram sem tributação.*

*Contudo, admitindo-se a comprovação da operação de devolução (troca de mercadoria defeituosa), não poderia o contribuinte agir ao arrepio da legislação, a qual prevê rito processual próprio para a ocorrência, conforme previsto à época no art. 653, § 2º, do RICMS (Dec. nº 6.284/97), a seguir:*

*"Art. 653. O estabelecimento que receber, em virtude de garantia, troca, inadimplemento do comprador ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de Nota Fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução."*

*[...]*

*§ 2º Nas hipóteses deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:*

*I - emitir Nota Fiscal, na entrada das mercadorias, mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso;*

*II - obter, na Nota Fiscal (entrada) referida no inciso anterior ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade;*

*III - lançar a Nota Fiscal referida no inciso I no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto", quando for o caso.*

*Por fim, ao enviar outra mercadoria em substituição à operação anterior, deveria o autuado emitir outra nota fiscal, com débito do ICMS, inclusive para regularizar seu estoque e para efeito de garantia do produto.*

*Portanto, a alegação da defendente não elide a acusação fiscal e não justifica as operações sem débito do imposto, cujo crédito fiscal só poderia ser utilizado dentro das condições legais previstas, não sendo pertinente sua pretensão de que a correta tipificação seria "NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS", haja vista que sequer houve destaque do imposto a ser recolhido.*

*Assim, considero subsistente a infração.*

*Quanto à infração 7, em que pese o sujeito passivo não ter a mencionada nas demais interpelações, acolho o argumento da autuante, em sua informação fiscal, de que "Se considerarmos que este estabelecimento iniciou atividades em Nov/10 e encerrou atividades em abr/11, portanto 06 meses de atividade, obviamente toda desincorporação de ativo imobilizado ocorreu com menos de um ano de uso.", fato este não refutado pelo contribuinte.*

*Assim sendo, nos termos do art. 83, I, do RICMS, vigente à época dos fatos geradores, quando a desincorporação do ativo imobilizado ocorrer em prazo inferior ou igual a um ano de uso do bem no próprio estabelecimento, a base de cálculo é reduzida em 95% do valor da operação, tratando-se de máquinas e aparelhos, conforme se apurou às fls. 92 a 103 dos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, conforme recibo às fls. 136, 138 e 141 dos autos.*

*Assim, subsiste a infração.*

*Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo-se homologar os valores recolhidos.*

No Recurso Voluntário interposto (fls. 743/767), o sujeito passivo reapresenta parte dos argumentos da defesa inicial, ressaltando que efetuou o pagamento relativo a 10 infrações, tendo apresentado razões de defesa inerentes às infrações 1, 3 e 7, que foram julgadas procedentes.

Discorda da Decisão proferida pela 2ª JF, com relação aos motivos e fundamentos da defesa, e por outro lado o não enfrentamento da redução do débito da infração 12, reconhecido pela autuante o que implicado em crédito a seu favor.

No mérito, quanto à infração 1, insiste que os produtos:

- a) TAMPO DE VIDRO - o item 49 do Anexo I, do Protocolo ICMS 104/09 que relaciona "vidro – NCM 70.05". Questiona que o item do Protocolo indica apenas vidro que entende ser vidro simples e não tampo, vidro trabalhado ou embutido. Discorre sobre o princípio da legalidade, tipicidade cerrada, cita texto de doutrinadores para reforçar o seu posicionamento de que o produto autuado não se enquadra no regime de substituição tributária;
- b) PIA INOX – o item 69 do referido Anexo e Protocolo indica "artefatos de higiene ou de toucador, e sua partes, de ferro ou aço – NCM 7324". Afirma que o termo artefatos de higiene é genérico, o citado Anexo não menciona pia inox e não engloba pia, da mesma forma que vaso sanitário não pode ser caracterizado como um "artefato de higiene", assim como toucador significa uma espécie de cômoda e não guarda relação com pia inox.

Ressalta que a planilha da fiscalização relaciona "material de construção", e de fato o "item 16", faz alusão à material de construção, cujos produtos não comercializa, por não exercer tal atividade, conforme código de atividade (CNAE). Transcreve ementa do julgamento do AI 09218513/01b de 31/01/02 acerca de piso esmaltado que não estava incluído no regime de substituição tributária (NCM 6908.90.00).

Entende que os produtos: *tampo de vidro* e *pia inox* são materiais de uso doméstico, que não constam nominalmente no Anexo I do Prot. ICMS 104/09.

Neste contexto, com a denominação de Via Varejo (incorporou a Nova Casa Bahia), impetrou Mandado de Segurança 0370999-33.2013.8.05.0001 na 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, obtendo sentença favorável para suspender a cobrança de ICMS antecipação sobre os referidos produtos, visto que não tem como objetivo social a venda de material de construção, cuja sentença acostou às fls. 769/773. Conclui que os produtos com NCM 7005.1.00 (chapa de vidro flotado) e 7324.1.00 (Artefatos de higiene ou toucador), por força de Sentença Judicial da 3ª Vara da Fazenda Pública da Bahia, não estão enquadradas no regime de ICMS-ST, motivo pelo qual, a presente infração também deve ser afastada.

Relativo à infração 3, argumenta que a Decisão manteve a acusação de que deveria utilizar os CFOPs 1202, 1411, 2202, 2411, 5202, 5411, 6202 ou 6411. Diz que inconformada insiste em suas razões, de que no seu ramo de atividade (varejo), prevalece como fato gerador à venda da mercadoria e os códigos apontados pela fiscalização não guardam relação com as suas práticas comerciais.

Esclarece que utiliza o CFOP 5.949 como código das mercadorias que anteriormente foram retiradas do domicílio do cliente (NF de entrada – CFOP 1949), por motivo de troca ou conserto.

Diz que a fiscalização afirma que houve destaque de ICMS em operações com o CFOP 5949, mas não procede, a vista da planilha correspondente, que indica o seguinte:

- A) A planilha engloba 2617 lançamentos, sendo que apenas 6 tiveram destaque de ICMS e nenhum com o CFOP 5949 (98%), existindo outros códigos em número muito pequeno.
- B) As alíquotas estão ZERADAS, ou seja, sequer teria recolhido ICMS.

Entende que a correta tipificação seria NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS e não ERRO NA DETERMINAÇÃO DE ALÍQUOTA, como constou, fato que não ocorreu, porque não houve destaque de ICMS, nem recolhimento do tributo, visto que a operação de troca de mercadoria é desprovida de atividade econômica.

Informa que as operações descritas no CFOP 5.949, relativo à troca de mercadorias defeituosas, obedece as seguintes sequência: 1. Venda ao cliente com destaque do ICMS, quando devido; 2. Ocorrendo problema com a mercadoria, o cliente solicita troca da mercadoria; 3. Casa Bahia emite nota fiscal com CFOP 1.949, sem crédito do imposto, com natureza de Outras Entradas, com a finalidade de retirar a mercadoria defeituosa da casa do cliente; 4. Para substituir a mercadoria defeituosa, é emitida nota fiscal com CFOP 5.949 “sem destaque do imposto” com natureza de operação outras saídas. Esta nota fiscal acompanhará a nova mercadoria até a casa do cliente.

Pondera que não destacou o ICMS na saída para troca, mas também não se creditou pela entrada de mercadoria defeituosa, inexistindo qualquer lesão ao Erário Público e mesmo com esses esclarecimentos, a fiscalização efetuou o lançamento acusando recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação de alíquota cabível pelas **saídas regularmente escrituradas**.

Destaca que após os esclarecimentos por escrito, não houve solicitação das cópias das notas fiscais em questão, tendo a fiscalização se baseado nos arquivos magnéticos enviados, acusando escrituração das notas com código CFOP 5.949, sem destaque do ICMS (troca de mercadoria).

Entende que a escrituração das notas fiscais no livro de Saída, sem destaque de ICMS, com o CFOP 5.949, referem-se a operação de troca de mercadoria que *NÃO tem incidência do ICMS*.

Manifesta que houve descumprimento de obrigação acessória e não de obrigação principal, cuja multa prevista no art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, prevê que poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Insiste que não houve descumprimento da obrigação principal, cita texto de doutrinadores acerca da matéria, discorre sobre princípio reserva legal, a tipicidade cerrada, ressalta a tipificação errada da fiscalização e requer reforma pela insubsistência da infração 3.

Relativamente à infração 7, que trata de desincorporação do ativo imobilizado, cuja incidência é suspensa quando ocorre com prazo superior a um ano (art. 624 do RICMS/97), ressalta que a

questão que se apresenta é ter ocorrido em prazo inferior ou igual a um ano de uso do bem.

Destaca que apesar do RICMS prever esse prazo, desrespeita posição definitiva do Superior Tribunal de Justiça que já pacificou que a transferência de ativo imobilizado entre estabelecimento do mesmo contribuinte, caracteriza “*como operação isenta de tributação*”, inclusive com a publicação da Súmula 166 que **dispõe**: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Transcreve parte da Decisão contida no REspRC 1.125.133-SP e REsp 1116792/PB, ambos de relatoria do Ministro Luiz Fux, fundamentando que a desincorporação do ativo imobilizado, por transferência para estabelecimento **da mesma empresa**, não configura fato gerador do ICMS nos termos do art. 1º, I da Lei nº .014/96 que define as operações relativas a circulação de mercadorias.

Conclui que por medida de justiça o lançamento deve ser anulado, visto que a Decisão contraria Decisões judiciais uniformizadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

No tocante à infração 12, ressalta que o valor histórico é de R\$197.621,16 e dentro do prazo legal da defesa, apresentou DAE de recolhimento do ICMS dos produtos para ajuste de estoque do ICMS antecipação e na informação fiscal a autuante em 20/08/13, acolheu “a guia de recolhimento” e reduziu o valor histórico desta infração no valor de R\$50.753,76, reduzindo em R\$146.867,40.

Esclarece que aderiu ao parcelamento da Lei nº 12.903/13 e pagou no dia 29/11/13, conforme DAE e confissão de dívida protocolizada, o valor de R\$ 168.245,79.

Pondera que mesmo o Estado tendo reconhecido por escrito tal redução, cobrou o valor histórico de R\$197.621,16, quando o correto seria emitir DAE com base no valor histórico reduzido de R\$50.753,76, visto que o benefício da Lei nº 12.903/13 deve incidir as reduções de 95% sobre os acréscimos legais e multa, já que o pagamento foi realizado em uma única parcela.

Destaca que pagou quantia superior a devida e faz jus ao ressarcimento ou compensação até o limite integral do crédito, mantendo procedente em parte esta infração.

Por fim, requerer reforma do julgamento, anulando-se o lançamento das infrações 1, 3 e 7, devolução do crédito da infração 12, protesta pela juntada de provas documentais, indica endereço para encaminhamento de intimação.

A PGE/PROFIS no Parecer às fls.806/809, quanto ao Mandado de Segurança acerca de tampo de vidro e pia inox, se estão contemplados no Prot. 104/09, afirma que sua interposição acautelatória não impede a lavratura do Auto de Infração para prevenir a decadência.

No mérito, quanto à infração 1, afirma que os produtos “*vidro*” e “*artefatos de higiene ou de tocador, e sua partes, de ferro fundido, ferro ou aço*” são gêneros da espécie prevista no citado Protocolo, conforme quadro apresentado à fl. 807, o qual inclui vidro flotado, desbastado ou polido; e também, pias e lavatórios de aço inoxidável. E que, não há como acolher a tese recursiva.

Com relação à infração 3, assevera que conforme posicionamento firmado na Decisão ora recorrida, o sujeito passivo deveria proceder a descrição da operação na nota fiscal de forma que comprovasse se tratar de uma operação de devolução, de acordo com o disposto na legislação.

Atenta que houve operações com destaque do imposto (fls. 50/51).

No tocante à infração 7, diz que diferentemente do que aduz o recorrente, a desincorporação de bens de ativo [menos de um ano de uso] configura fato gerador do ICMS, de acordo com o disposto na LC 87/96, mesmo em operação de transferência para o mesmo titular.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

No que se refere à infração 1, verifico que o recorrente ingressou em Juízo com o Mandado de Segurança de nº 037099-33.2013.8.05.0001, o qual foi deferido o pedido de liminar para não ser exigido o ICMS-ST referente à operação de entrada de mercadorias com as NCMs 7005.1.00, 7324.1.00 e 6802.9390, nem realize apreensões dos mesmos produtos comercializados, sob o

fundamento de não recolhimento do ICMS-ST.

Observo que os valores exigidos se referem ao estoque final destes produtos em 31/12/00, conforme demonstrativo à fl. 30, ou seja, pia inox e tampo de vidro de diversos tamanhos, cuja obrigação de antecipar o ICMS foi instituída pelo art. 3º do Dec. 12.470/10, em razão de aquelas mercadorias terem sido incluídas no regime de substituição tributária (Prot. 104/09). Constatado que a Decisão recorrida (fl. 730), Parecer da Getri (fl. 348) e da PGE (fl. 807) demonstram que os mencionados produtos integram o Anexo I do Prot. 104/09, estando sujeitos ao pagamento antecipado do ICMS.

Já o objeto do Mandado de Segurança (fls. 769/773) cuja medida cautelar que foi deferida pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia, determina que o Estado da Bahia suspenda a exigibilidade sobre o crédito tributário relativo às mesmas mercadorias, bem como se abstenha de fazer apreensões de tais mercadorias sob fundamento de não recolhimento do ICMS-ST.

Pelo exposto, a concessão de medida liminar é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Entretanto, nada impede que seja efetuado o lançamento pelo Fisco, para assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de Decisão judicial desfavorável ao contribuinte.

Relativamente à escolha da via judicial pelo sujeito passivo, o art. 117, do RPAF-BA estabelece:

*Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto.*

Assim, verifico que o processo judicial está relacionado ao lançamento do ICMS correspondente às mercadorias existentes no estoque de 31/12/10, sem julgado de Decisão final. Dessa forma, em relação ao mérito da questão, sua análise fica prejudicada pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário.

Saliento, ainda, que em relação ao argumento defensivo quanto aos acréscimos moratórios, de que somente ocorreriam após a notificação referente à Decisão judicial desfavorável ao contribuinte, essa alegação não pode ser acatada, haja vista que se a Decisão for favorável ao Estado, ficará caracterizado que não houve o pagamento do imposto no prazo regulamentar, e neste caso, é devido o imposto com os acréscimos previstos em Lei, cabendo ao defendente requerer a dispensa dos acréscimos ora questionados, se a Decisão judicial lhe for favorável.

Face ao exposto, fica mantida a Decisão pela procedência da infração 1, ficando suspensa a exigibilidade do crédito até Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

No que se refere à infração 3, que acusa erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, o recorrente esclarece que se trata de operações de troca de mercadorias defeituosas, em operações de venda.

Reapresenta o argumento defensivo de que tributou a operação de venda (saída), deu entrada das mercadorias devolvida (defeituosa) mediante emissão de nota fiscal de entrada, sem crédito do ICMS (CFOP 1.949) e emitiu nota fiscal de entrega da nova mercadoria (CFOP 5.949), “*sem destaque do imposto - outras saídas*”.

Alega que não destacou o ICMS na saída para troca, que é o objeto da autuação, mas também não se creditou pela entrada de mercadoria defeituosa, inexistindo qualquer lesão ao Erário Público.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que:

- 1) Nos demonstrativos às fls. 42/47 foi indicada a alíquota aplicada pela empresa em cada operação e confrontado com a alíquota prevista na legislação, apurando as diferenças devidas. Em seguida intimou a empresa em 24/04/13 para esclarecer o procedimento, tendo sido informado (fls. 48/49) que não destacou o ICMS no momento da entrada (defeituosa) e da saída da mercadoria (nova), por motivo de troca.
- 2) Na informação fiscal, a autuante afirmou que as notas fiscais de entrada por devolução deveria indicar os CFOPs correspondentes, com destaque do ICMS e emitir nota fiscal de saída, também, com destaque do ICMS. E ainda que para estas operações foram listadas saídas com o CFOP 5152 e 6910 e que em muitas operações houve destaque do ICMS para o CFOP 5449

conforme relatórios às fls. 50 e 51 (fls. 349/351).

- 3) Na Decisão proferida pela primeira instância, foi fundamentado que o autuado não comprovou “*sua alegação de que todas as operações, objeto desta exação, derivam de trocas, pois, ao fisco, a prova que fundamenta a acusação fiscal é a relação resumo das notas fiscais, às fls. 42 a 47 dos autos, e a correspondente relação em mídia (fl. 140)*”.

Conforme fundamentado na Decisão da Primeira Instância, o art. 653, § 2º, do RICMS/97, prevê que na operação de devolução de mercadoria o contribuinte deve emitir nota fiscal de entrada das mercadorias devolvida, calculando “*o imposto a ser creditado*”, indicando o motivo da devolução, com identificação do cliente e registrar no livro de Registro de Entradas, com creditamento do ICMS. Da mesma forma, deve emitir *nota fiscal de saída com destaque do ICMS*, que deve ser lançado a débito no livro de Registro de Saída de Mercadorias.

Também foi fundamentado que foram fornecidas cópias dos demonstrativos do levantamento fiscal (fl. 141), consignando número das notas fiscais, mercadorias, data, código e valor da operação, as quais se encontram sem tributação.

Pelo exposto, considero correta a Decisão proferida pela primeira instância, na qual foi fundamentado que o contribuinte não procedeu ao registro das operações de troca em conformidade com o que determina a legislação do ICMS.

Admitindo-se que tenha ocorrido erro meramente formal, diante da informação fiscal contestando que as operações com o CFOP 5949 foram tributadas, conforme relatório às fls. 50/51, e Decisão da primeira instância, constato que o contribuinte não comprovou a alegação de que as operações de devolução por troca de mercadoria defeituosa, não houve destaque do imposto tanto na entrada como na saída.

Logo, diante dos demonstrativos elaborados pela fiscalização às fls. 42 a 47 e mídia à fl. 140, que indicam erro na aplicação de alíquota, não foi comprovados nos autos que houve aplicação correta das alíquotas. Por isso, não acato tal alegação.

Ressalte-se que, ao contrário do que foi afirmado de que a operação de troca de mercadoria “*NÃO tem incidência do ICMS*”, o ICMS incide sobre a operação de circulação de mercadoria, na saída do estabelecimento a qualquer título (art. 1º e 2º do RICMS/97). E, ainda, que o RICMS/97 estabelece procedimentos a serem adotados para as operações de devolução de mercadorias, que se não cumpridos podem provocar outras saídas que possam se confundir com as devoluções, inclusive quanto à regularização dos estoques e controle de recebimentos e pagamentos.

Quanto ao pedido de redução da multa, conforme apreciado anteriormente, no momento que aplicou alíquotas diferentes das que são previstas na legislação do ICMS, conforme indicado nos demonstrativos às fls. 42 a 47 e CD à fl. 140, resultou em recolhimento a menos do imposto do que o devido, o que implica em descumprimento de obrigação principal. Assim sendo, não pode ser acolhido o pedido de redução ou cancelamento da multa prevista no art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, visto que a infração praticada implica em falta de recolhimento do imposto.

No que se refere à infração 7, referente a exigência de ICMS pela desincorporação de ativo imobilizado em prazo inferior a um ano de uso, o recorrente reapresenta a alegação defensiva de que se trata de transferência de ativo imobilizado entre estabelecimento do mesmo contribuinte, e que não constitui fato gerador do ICMS, como tem decidido os Tribunais Superiores, conforme Súmula 166 do STJ.

Observo que de acordo com o disposto no art. 146, III da Constituição Federal:

*Art. 146. Cabe à lei complementar:*

*III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*

*a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes.*

Por sua vez, o art. 2º da Lei Complementar nº 87/96 prevê que o ICMS incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e no seu art. 12, repetido no art. 4º, I da Lei Estadual nº

7.014/96, prevê que:

*Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;*

Da mesma forma, o art. 624 do RICMS/97 prevê que são suspensas as saídas interestaduais de bens integrados ao ativo imobilizado, desde que retorne ao estabelecimento no prazo de 180 dias.

O parágrafo único do mesmo artigo determina que *não se aplica a suspensão de que cuida este artigo quando os bens forem remetidos em caráter definitivo*, observando que se tratando de bens de ativo com *mais de um ano de uso* no estabelecimento, *não há incidência do ICMS*.

Pelo exposto, de acordo com a legislação tributária que rege a matéria, as saídas de bens de ativo do estabelecimento em caráter definitivo e com prazo inferior a um ano de uso, há incidência do ICMS.

Constato que conforme relatado no voto da Decisão ora recorrida, o art. 83, I, do RICMS/97 prevê redução da base de cálculo em 95% do valor da operação de desincorporação de bens do ativo (máquinas e aparelhos), como foi aplicado nos demonstrativos às fls. 92 a 95.

Ressalte-se ainda que embora o recorrente tenha apresentado alegações relativas a operações de transferências, os citados demonstrativos indicam, também, saídas relativas as vendas de ativos imobilizados com o CFOP 6551 e não só a operações de transferências.

Pelo exposto, concluo que é legal e constitucional a exigência do ICMS nas operações de vendas e transferências de bens do ativo imobilizado, com uso inferior a um ano no estabelecimento.

No que se refere ao argumento de que a exigência do ICMS sobre as operações de transferências vai de encontro às decisões dos Tribunais Superiores, observo que a definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à lei complementar, como aplicada no presente caso.

Também, que a Súmula nº 166 do STJ não é vinculante, além de ser anterior à LC 87/96, que em atendimento à delegação de poderes proporcionada pela Constituição Federal, dispõe sobre normas gerais do imposto em enfoque, cujas operações interestaduais, inclusive de transferências, há previsão de incidência do ICMS, para promover a partilha do montante do imposto entre os Estados membros da Federação. Fica mantida a Decisão pela Procedência da infração 7.

No que se refere ao argumento de que efetuou pagamento dos valores exigidos relativo à infração 12, mediante parcelamento com respaldo na Lei nº 12.903/13 e que a autuante acolheu “a guia de recolhimento” e reduziu o valor histórico desta infração, verifico que esta infração não foi objeto de impugnação e nem apreciado na Decisão da Primeira Instância.

Portanto, se houve pagamento em quantia superior a devida, o contribuinte deve formular pedido de restituição de indébito, conforme previsto nos artigos 73 a 78 do RPAF/BA, que se comprovado deve ser restituído na forma regulamentar. Entretanto, o valor supostamente pago a mais, não pode ser ressarcido ou compensado no presente lançamento, no que se refere à infração 12, cujo pagamento correspondente consta no extrato às fls. 637 a 663, sendo extinta esta infração, diante da confissão de dívida do sujeito passivo (fls. 665 a 723), renunciando de qualquer defesa ou Recurso, no que se refere a esta infração, com os Benefícios Fiscais da Lei nº 12.903/2013.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, homologando a Decisão quanto à Procedência das infrações 1, 3 e 7.

#### **VOTO EM SEPARADO (Quanto à fundamentação da infração 7)**

Apesar de concordar com a conclusão do Nobre Relator quanto à procedência da exigência consubstanciada no item 7 do Auto de Infração, profiro o presente voto em separado com objetivo de evidenciar que discordo da fundamentação que a norteou.



No meu entendimento a procedência do lançamento decorre tão somente da incompetência deste órgão julgador para declarar a inconstitucionalidade de norma legal em face do quanto previsto no artigo 167, inciso I do RPAF/BA.

É que apesar de me alinhar ao entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e mais recentemente das duas turmas que integram a sessão de direito público do Supremo Tribunal Federal, no sentido da não incidência do ICMS sobre as operações de transferência realizadas entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, bem como que os termos da Súmula nº 166 não restaram superados após o advento da Lei Complementar nº 87/96, já que esta norma em nada alterou o aspecto material da regra matriz de incidência do ICMS em relação à legislação pretérita, não vislumbro meios de sobrepujar o quanto previsto no artigo 167 do RPAF que nega competência a este Conselho para declarar a inconstitucionalidade/ilegalidade de Leis.

Ocorre que no caso dos autos para concluir pela improcedência do lançamento em razão de se tratar de operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular este Conselho de Fazenda haveria, necessariamente, de afastar a disposição contida no inciso I do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 em face da sua patente incompatibilidade com os comandos extraídos do inciso II do artigo 155 da Constituição Federal e do inciso I do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96, que prescrevem como hipótese de incidência do ICMS as operações reativas à circulação de mercadorias, assim entendidas aquelas em que se constate o ato de mercancia, cuja consequência jurídica é a transferência de propriedade, gênero do qual as operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular não são espécies.

Não se trata aqui, ressalte-se, de conferir a uma norma natureza infra legal uma interpretação conforme a Lei a quem esta deve guardar obediência, procedimento que, a meu ver, é inerente ao controle da legalidade do ato de lançamento, atividade que se insere nas atribuições deste órgão julgador, mas sim de reconhecer e declarar a inconstitucionalidade/ilegalidade de determinada disposição contida em Lei Ordinária regularmente promulgada pelo Poder Legislativo Estadual.

Nestes termos, NEGOU PROVIMENTO ao apelo do Recorrente, com fulcro, contudo, em fundamento de direito diverso daquele externado pelo voto condutor do presente acórdão.

#### **VOTO DIVERGENTE (Quanto à infração 07)**

Em que pese o voto do n. Conselheiro Relator, peço vênia para discordar do seu entendimento quanto a aplicação da Súmula nº 166 do STJ.

Compulsando os autos, vejo que infração 7 está lançada diante da transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, ou seja, entre unidades de uma mesma empresa, situadas em outros Estados da Federação.

Nessa esteira, como bem apontado no Recurso Voluntário, existem Pareceres de inúmeros juristas, diversos Acórdãos prolatados por Tribunais de Justiça Estaduais, inclusive pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e, sobretudo, do Superior Tribunal de Justiça, que resultaram na edição da sua Súmula nº 166, que entende não existir fato gerador de ICMS quando houver mera transferência física de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo proprietário, pois não ocorre o ato jurídico de aquisição da mercadoria, ou seja, não houve mudança de titularidade, o que corresponde a circulação jurídica do bem.

Tenho como certo que, neste caso, não pode haver a cobrança do ICMS, haja vista que a exação se condiciona à circulação da mercadoria, o que não se subsume à ocorrência apenas e tão-somente da circulação física.

Com efeito, é cediço que a atividade tributária do Estado se condiciona, por força da capacidade contributiva, a gravar situações que revelem riqueza, ou seja, dirige-se apenas aos signos presuntivos de riqueza. Nesse sentido, o ICMS só pode incidir quando haja signo presuntivo de riqueza indicativo de circulação da mercadoria que, evidentemente, não pode ser a circulação física, mas a circulação econômica que, naturalmente, resulte de uma circulação jurídica, refletindo a capacidade contributiva do adquirente.

A circulação jurídica de mercadoria decorre de operações que envolvam a translação da propriedade da mercadoria, o que não ocorre se há mera circulação de um estabelecimento para outro da mesma sociedade empresarial.

Portanto, alinho-me com esta vertente jurídica, que encontra eco no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado na Súmula nº 166, segundo a qual o simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não constitui-se fato gerador do ICMS. Transcrevo a seguir a íntegra do seu teor

*“Súmula 166: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte(...)”.*

Apenas com a mudança de titularidade pode-se conceber a circulação para efeitos jurídicos capaz de ensejar o fator gerador do ICMS. Tal entendimento ainda se mantém firme nos julgados mais recentes, mesmo após a edição da Lei Kandir, como se vislumbra abaixo:

*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ.*

*DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.*

*1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-07 PP-01589; AI 693714 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13 PP-02783.*

*Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008) 2. "Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ).*

*3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;" 4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.*

*5. "Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias.*

*É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS.*

*(...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais." (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37) 6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica do recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.*

*(Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994)*

*7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um,*

*os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a Decisão.*

8. *Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.*

*(REsp 1125133/SP, Rel. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010)*

Portanto, acolho o solicitado pelo Recorrente em sua peça recursal, devendo ser excluídos todos os valores referentes às transferências entre os estabelecimentos comerciais, pertencentes ao mesmo grupo empresarial.

Infração 7 Improcedente.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279462.0001/13-9**, lavrado contra **CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.865.026,68**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.175.571,70 e 100% sobre R\$689.454,98, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”; III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$72.000,00**, prevista no inciso IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos. Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário no valor de R\$5.787,50 referente a infração 1, até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Caso a decisão seja desfavorável ao contribuinte, ou cassada a liminar, deverá o autuado ser intimado à recolher o débito, no prazo de 20 (vinte) dias sem incidência da multa. Não havendo o pagamento, incidirá normalmente a penalidade.

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 7) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Rosany Nunes de Mello Nascimento.

VOTO EM SEPARADO (Quanto à fundamentação da infração 7) – Conselheira: Rosany Nunes de Mello Nascimento.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à infração 7) – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel e Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/VOTO EM SEPARADO  
(Quanto à infração 7)

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - VOTO DIVERGENTE  
(Quanto à infração 7)

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