

A. I. Nº - 129712.0007/13-5
AUTUADO - UNIÃO DE LOJAS LEADER S/A
AUTUANTE - MARIA CRISTINA ALVES CORREIA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 23.07.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0144-04/14

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o valor de maior expressão monetária. No presente caso, o das saídas tributáveis. Infração comprovada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração procedente. 3. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALIQUOTA. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração comprovada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Ocorre o fato gerador do imposto na entrada de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a consumo do próprio estabelecimento, sendo irrelevante, para caracterizar o fato gerador, a natureza jurídica da operação. Infração mantida. 5. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS SAÍDAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Infração improcedente. 6. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Vedada a utilização do crédito fiscal em tais casos, consoante determinação do art. 97, IV, "b" do RICMS/97. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/2013 exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação principal, no valor de R\$171.295,13, mais os acréscimos legais, em razão das seguintes irregularidades:

1 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis. ICMS no valor de R\$ 2.001,28 e multa de 100%.

2 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas

com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$ 136.703,43.

3 – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 2.751,40 e multa de 60%.

4 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 7.185,50 e multa de 60%.

5 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. ICMS no valor de R\$ 540,59 e multa de 60%.

6 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária. ICMS no valor de R\$ 22.112,84 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 732 a 753 e aduz que o Auto de Infração ora impugnado merece ser declarado nulo de pleno direito, eis que, desde a sua lavratura, encontra-se eivado de vícios capazes de aniquilar a sua validade e respectiva legitimidade.

Desta forma, antes de serem tecidos os argumentos de mérito, aduz ser imprescindível a análise dos vícios constantes da autuação fiscal em tela, os quais, espera e confia, serão reconhecidos para fins de anular o lançamento levado a efeito pela fiscalização estadual.

Como visto na descrição dos fatos (Infração 01), a Autoridade Fiscal Autuante afirma categoricamente que a Impugnante teria promovido a saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. São alegações graves, com cominação de pesada penalidade (100% do valor do ICMS supostamente devido). Diante disto, indaga *“como lograram as Sras. Fiscais autuantes alegar que houve saídas sem a devida documentação fiscal? Somente por presunção decorrente da movimentação extraída dos seus arquivos magnéticos em comparação com o Livro Registro de Inventário?”*

Questiona se *“poderia haver erros na geração dos arquivos magnéticos ou na escrituração do Livro Registro de Inventário da Impugnante”*. Outrossim, se não *“deveriam as Sras. Fiscais Autuantes proceder à contagem física do estoque da Impugnante ou, pelo menos, de indagá-la acerca das diferenças em seu estoque?”*.

Assevera que uma presunção que não deriva de Lei e que não está fulcrada em indícios profundos é repudiada em matéria tributária, sem que se haja provada – por quem tem o poder-dever de fazê-lo (o sujeito ativo da relação tributária).

Lembra que nos termos do art. 142, do Código Tributário Nacional, o lançamento é o *“procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível”* (grifos não constantes do original).

Pontua que teriam ocorrido sucessivos vícios, como a existência de uma planilha genérica, de difícil entendimento, que serviu como embasamento para objeto da exigência fiscal ora questionada. Portanto a auditoria teria sido realizada sem a transparência necessária a dar liquidez e certeza ao débito fiscal.

Destaca que o levantamento quantitativo das saídas de mercadorias apresenta-se de forma extremamente genérica e obscura, eis que o referido demonstrativo não faz nenhuma menção aos códigos dos produtos comercializados pela ora Impugnante, o que contamina todo o auto de infração, tornando-o nulo de pleno direito.

Ademais, as autuantes jamais poderiam ter relacionado em seu levantamento as mercadorias comercializadas pela Impugnante da forma como foi feita, sem particularizar cada produto, seja

por meio de descrição e/ou código de mercadoria. Consequentemente, argumenta que os dados fornecidos pelo contribuinte, relativos ao seu estoque, foram burocraticamente imputados em uma planilha, que “concluiu” pela entrada e saída de mercadorias sem documentação fiscal.

De fato, isso fica patenteado no relato do Auto de Infração, onde resta claro que ficou a cargo do contribuinte a obrigação de fazer a busca de elementos tendentes a alicerçar o lançamento de ofício, atividade de responsabilidade exclusiva e intransferível da autoridade competente, situação totalmente incompatível com o comando do já citado art. 142 do CTN, do que resulta a nulidade do lançamento.

Traz a doutrina que referenda o seu posicionamento quanto ao acima mencionado, bem como julgamento na esfera da Fazenda Federal, tal como o Acórdão nº 105-7.435, do Conselho de Contribuinte do Ministério da Fazenda (DOU de 23/10/96), cuja ementa transcreve.

Assim, aduz que não restam quaisquer dúvidas, acerca da nulidade da autuação fiscal tendo em vista a total ausência de provas acerca da suposta “*saída de mercadorias sem nota fiscal*”, que ensejou a lavratura do item 01 do Auto de Infração fulcrado em presunção simples, baseada em meras movimentações de estoque, através do livro Registro de Inventário, sem qualquer verificação física, tendo como suporte uma planilha genérica e inconsistente.

Pede que o AI seja declarado nulo de pleno direito, para que não produza quaisquer efeitos.

No mérito reforça o argumento de que uma diferença de estoques verificada nos dados constantes nos arquivos magnéticos poderia, no máximo, indicar que haveriam indícios de saídas sem nota fiscal, mas nunca servir como base para a autuação. Assim, caberia à fiscalização efetuar um levantamento, detalhado, nota a nota, para verificar, se efetivamente, o indício detectado representava um fato concreto. Deve, portanto, ser considerada insubstancial esta infração.

Na infração 02, a penalidade aplicada foi pesada, 60% do valor do imposto não recolhido. Certamente tal penalidade destina-se ao contribuinte que deixa de recolher o imposto devido por antecipação e que também não recolhe o imposto por ocasião da efetiva saída da mercadoria, o que não ocorreu, conforme declarado pela própria autuante. Todas as notas fiscais foram devidamente registradas na escrita fiscal, e as saídas posteriores de todas as mercadorias foram tributadas normalmente. Assim, não há base para a cobrança da multa lançada na autuação.

Na infração 03 entende a Impugnante que possa ter havido um erro na geração dos arquivos magnéticos, levando a Fiscalização à equivocada conclusão de que o estabelecimento teria promovido a saída de mercadorias, acobertada por Cupom Fiscal, com destaque do ICMS inferior ao devido ou mesmo sem destaque do imposto.

Com efeito, a ação fiscal que culminou com a autuação ora combatida foi marcada por inúmeros contratemplos, que impediram a autuada de atender às intimações a contento.

Tais contratemplos, explica, decorreram de inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos, as quais somente foram detectadas por ocasião do atendimento à ação fiscal, e que apontaram para as supostas diferenças lançadas no Auto de Infração.

Contudo, entende que os erros verificados na geração dos arquivos magnéticos não configuram o fato gerador do imposto, e que no máximo, poderia ser imputada a penalidade formal pelo erro no cumprimento da obrigação acessória.

Diz que as saídas foram devidamente tributadas, o que pode ser comprovado através de uma simples análise dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS da Impugnante, nos quais se verifica que nas saídas registradas no CFOP 5.102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros - o valor da base de cálculo do ICMS é idêntico ao valor contábil e que o imposto debitado corresponde exatamente à aplicação da alíquota de 17% sobre o referido montante (DOC. 02).

Portanto, deve a infração ser considerada totalmente insubstancial, eis que foi apurado com base em arquivos magnéticos inconsistentes, conforme reconhecido pela própria Fiscalização.

A infração 04 não pode subsistir eis que não existe operação econômica na operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, e que esse tipo de saída sequer comportaria incidência do DIFAL. Explica que, a fim de abastecer suas lojas, realiza transferências de bens do ativo imobilizado e material de uso/consumo entre seus estabelecimentos. Ademais, para que haja a circulação jurídica da mercadoria, é imprescindível que ocorra a transferência da propriedade, não basta a mera circulação física. Traz o entendimento doutrinário por meio de Roque Antonio Carazza, consolidado no STJ, Súmula 166, além da jurisprudência pátria.

Pede a improcedência da autuação.

Na infração 05, as auditoras elaboraram o quadro denominado “MAPA PERCENTUAL PARA CÁLCULO DA APROPRIAÇÃO DO CRÉDITO DE EMBALAGEM”, com o objetivo de apurar a proporção entre as saídas isentas e não tributadas e as saídas totais realizadas pela Impugnante. O percentual apurado seria então aplicado sobre o crédito relativo às aquisições de material de embalagem, para fins de estorno.

Ocorre que, na elaboração do quadro, a autuante cometeu o equívoco de considerar, dentre as operações isentas ou não tributadas, as saídas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição tributária, cujo imposto é pago antecipadamente, não sendo destacado por ocasião das saídas das mercadorias.

Assim sendo, o crédito tributário relativo à Infração 05 deve ser cancelado, por ser o mesmo totalmente improcedente.

Na infração 06, esclarece que muito embora tenha se creditado do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto pelo regime de S/T, ao realizar as saídas das mesmas mercadorias, também, indevidamente, mas agora a favor do fisco, debitou e recolheu o imposto. Aduz que o procedimento adotado não ocasionou qualquer prejuízo ao erário e deve ser considerada improcedente a infração.

A autuante presta a informação fiscal, fls. 792 a 799 e quanto à infração 01, a título de esclarecimento para a empresa, a base da autuação não está simplesmente na comparação entre o arquivo Sintegra e o livro de Inventário. O levantamento fiscal se baseou nos dados contidos no inventário (declarado no livro e no Registro 74 do SINTEGRA), como também nos livros de Entrada de Mercadorias, de Saídas, e nos demais arquivos SINTEGRA (Registro 74, 50, 54, 75, 60 M, 60 R) enviados pelo contribuinte, que discriminam as operações de entradas e saídas de mercadorias com notas fiscais e cupons fiscais. Ademais, estes dados foram confrontados durante o decorrer dos trabalhos com as Notas Fiscais e os dados contidos na memória fiscal, - MDF dos ECF, que foram também arrecadados pela fiscalização, vide intimações, fls. 17 a 19.

Os referidos arquivos magnéticos foram conferidos pela fiscalização e corrigidos pelo contribuinte, conforme intimação de fl. 19, portanto a aventada hipótese de erro nos arquivos é vazia.

Ressalta que procedeu ao levantamento de estoques em exercício fechado e não de contagem de estoque em aberto.

Quanto à indagação sobre as diferenças de estoque, foi dado conhecimento ao contribuinte, com antecedência, dos resultados encontrados, inclusive com prazo para manifestação e esclarecimentos antes da lavratura do Auto de Infração, consoante e-mails, fl. 20.

Salienta que a SEFAZ se modernizou, e hoje dispõe de instrumentos e sistemas de fiscalização informatizados que permitem o levantamento e análise de todos os itens de estoque e o cruzamento de dados que identificam as omissões, mesmo de um grande número de itens, como é o caso da fiscalizada.

Ressalta que todos os demonstrativos do levantamento de estoque, no total de 06, discriminam claramente e de forma detalhada, os valores das omissões dos produtos analisados, por denominação e códigos, aponta os números das notas fiscais, a data de emissão, a base de cálculo, o ICMS dentre outras informações. Isto pode ser verificado no CD entregue ao autuado, cópia na fl. 16, recibo na fl. 15, bem como cópia das primeiras e últimas páginas de todos os demonstrativos, fls. 38 a 128.

Salienta que todo o trabalho de fiscalização foi realizado com lisura, tendo o acompanhamento do preposto da empresa.

Na infração 02, a tributação na saída não elide a aplicação da multa, como quer a empresa porquanto o imposto foi recolhido intempestivamente, e trouxe prejuízos ao erário. Os demonstrativos estão nas fls. 138 a 332, cujas cópias das notas fiscais foram anexadas.

No que concerne à infração 03, os arquivos magnéticos foram analisados pela fiscalização, confrontados com os livros fiscais e não havia inconsistências. O que ocorreu foi a falta de entrega de alguns Registros, como o 60 R, em alguns meses, tendo sido intimada a autuada a apresentar, conforme documento de fl. 19.

Por outro lado, a aplicação de alíquota zero, ao invés de 17%, nas saídas de produtos tributados está plenamente comprovada pelos Cupons Fiscais, anexos, fls. 337 a 339. Há produtos tributados saindo com o código F1 (não tributados). Estes cupons foram extraídos dos arquivos da memória fiscal (MFD) dos Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal (ECF), entregues pela empresa.

Na infração 04, ressalta que o autuado é uma filial com CNPJ e inscrição própria, estabelecido no Estado da Bahia, e como tal, obriga-se a cumprir a legislação do ICMS, com destaque do art. 2º, inciso IV da Lei nº 7.014/96.

Recorre aos artigos 5º, inciso I e 624, II do RICMS/97, para sustentar a autuação.

Quanto à infração 05, reconhece as razões da defesa, haja vista que as mercadorias sujeitas à substituição tributária foram consideradas, indevidamente.

Na infração 06, as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, objeto da cobrança do crédito indevido, a exemplo de sapatos, sandálias, chinelos, mochilas, tapetes, brinquedos, dentre outras, relacionadas no demonstrativo de fls. 407 a 726, tiveram as saídas registradas nos ECF, com alíquota zero, conforme demonstram os arquivos da memória fiscal (MFD) dos Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal e o Registro 60 R do Sintegra, gerados pela empresa, transmitidos e validados.

Reafirma a procedência da autuação, com exceção da infração 05.

VOTO

Constatou que o presente Auto de Infração foi lavrado com estrita obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, na infração 01, está sendo exigido ICMS em razão de ter sido realizada a Auditoria de Estoques, em exercício fechado, no exercício de 2010, na qual restou apontada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, tendo sido levado em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis.

O procedimento adotado obedeceu ao estatuído na Portaria 445/98, que dispõe sobre o seu alcance no levantamento quantitativo de estoques e esclarece sobre as disposições contidas no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os

inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. Pode ser efetuado em exercício fechado ou em exercício em aberto, sendo que o primeiro é realizado quando o exercício financeiro da empresa já se encontra encerrado e o outro quando ainda se encontra em curso ou quando não se disponha dos dados relativos ao estoque final. Nesta hipótese, o fisco efetua a contagem física das mercadorias existentes no estabelecimento, na data escolhida, o que não foi o caso na presente Auditoria.

Ademais, é necessário um criterioso rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento, com o cuidado de se atentar para a unidade de medida a ser adotada que deve corresponder à mesma utilizada pelo contribuinte.

Na presente autuação as mercadorias estão codificadas e sua itemização foi considerada, em conformidade com os arquivos magnéticos entregues à SEFAZ, devidamente validados.

Quanto aos questionamentos trazidos pela defendant, a autuante esclareceu na ação fiscal que, a base da autuação não está simplesmente na comparação entre o arquivo Sintegra e o livro de Inventário. O levantamento fiscal se baseou nos dados contidos no inventário (declarado no livro e no Registro 74 do SINTEGRA), como também nos livros de Entrada de Mercadorias, de Saídas, e nos demais arquivos SINTEGRA (Registro 74, 50, 54, 75,60 M, 60 R) enviados pelo contribuinte, que discriminam as operações de entradas e saídas de mercadorias com notas fiscais e cupons fiscais. Ademais, estes dados foram confrontados durante o decorrer dos trabalhos com as Notas Fiscais e os dados contidos na memória fiscal, - MDF dos ECF, que foram também arrecadados pela fiscalização, conforme intimações, fls. 17 a 19.

Os referidos arquivos magnéticos foram conferidos pela fiscalização e corrigidos pelo contribuinte, conforme intimação de fl. 19, portanto a aventureira hipótese de erro nos arquivos não restou mais comprovada após a auditoria realizada.

Quanto à indagação sobre as diferenças de estoque, foi dado conhecimento ao contribuinte, com antecedência, dos resultados encontrados, inclusive com prazo para manifestação e esclarecimentos antes da lavratura do Auto de Infração, o que pode ser constatado nos e-mails, fl. 20.

Outrossim, a SEFAZ dispõe de instrumentos e sistemas de fiscalização informatizados que permitem o levantamento e análise de todos os itens de estoque e o cruzamento de dados que identificam as omissões, mesmo de um grande número de itens, como é o caso da empresa fiscalizada.

Constatou que todos os demonstrativos do levantamento de estoque, no total de 06, discriminam claramente e de forma detalhada, os valores das omissões dos produtos analisados, por denominação e códigos, apontam os números das notas fiscais, a data de emissão, a base de cálculo, o ICMS, dentre outras informações. Isto pode ser verificado no CD entregue ao autuado, cópia na fl. 16, recibo na fl. 15, bem como cópia das primeiras e últimas páginas de todos os demonstrativos, fls. 38 a 128.

Por estas razões, e por ter sido o trabalho da fiscalização realizado com lisura, tendo o acompanhamento do preposto da empresa, como indicou o autuante, e por estar embasado em procedimento fiscal pertinente à Auditoria de Estoques, com critérios estabelecidos na Portaria 445/98, mantenho a acusação fiscal.

Aplico o art. 140 do RPAF/99: “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Sendo a omissão de saídas detectada um fato constatado, e não uma presunção legal prevista no art. 4º § 4º da Lei nº 7.014/96, as comprovações necessárias e suficientes para elidir a infração não foram apresentadas pelo sujeito passivo.

Infração procedente.

Na infração 02, a exigência fiscal está centrada na multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial.

Embora as saídas das mercadorias tenham sido tributadas, com o imposto devidamente lançado nos competentes livros fiscais, este fato não elide a cobrança da multa prevista no art. 42, inciso II alínea “d” da Lei nº 7.014/96, pois a norma já dispõe que mesmo devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente, se não houve o pagamento da antecipação parcial no momento previsto na legislação, incidirá a multa percentual ali referida.

Quanto ao pedido de redução da multa aplicada, este órgão julgador não possui competência para apreciá-la, haja vista a disposição contida no art. 159 do RPAF/99, devendo o pleito ser requerido à Câmara Superior do CONSEF, qual seja a dispensa ou a redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

Fica mantida a multa originariamente indicada na infração.

A infração 03 decorreu do recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, cujo demonstrativo encontra-se nas fls. 334 a 370 do PAF.

O defendente tenta desqualificar o trabalho da fiscalização, indicando que teriam erros nos arquivos magnéticos fornecidos pela empresa, e que a auditoria teria sido realizada de forma sumária. Contudo não trouxe qualquer comprovação de sua assertiva, tais como quais teriam sido os equívocos cometidos pela sociedade empresária na transcrição de suas operações mercantis para os arquivos em questão. De outra ponta, a autuante rebate que os arquivos magnéticos foram analisados na ação fiscal, confrontados com os livros fiscais e não havia inconsistências. Esclarece ainda a autuante que ocorreu apenas a falta de entrega de alguns Registros, como o 60 R, em alguns meses, tendo sido intimada a impugnante a apresentar, conforme documento de fl. 19.

Por outro lado, prossegue a autuante, em sua informação fiscal, a aplicação de alíquota zero, ao invés de 17%, nas saídas de produtos tributados está plenamente comprovada pelos Cupons Fiscais, anexos, fls. 337 a 339. Há produtos tributados saindo com o código F1 (não tributados). Estes cupons foram extraídos dos arquivos da memória fiscal (MFD) dos Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal (ECF), entregues pela empresa.

De fato, compulsando os documentos colacionados ao PAF, constato que assiste razão à autuante, e que o contribuinte não trouxe nenhum documento capaz de elidir a infração.

Fica mantida.

A infração 04 deveu-se à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Consoante o demonstrativo de fls. 371 a 379, as mercadorias são bobinas, etiquetas, sacos de lixo, uniformes, papel toalha Lâmpadas, etc.

O argumento trazido pela defendant de que teria havido mera transferência de mercadorias, logo, não caberia a incidência do ICMS não encontra respaldo na legislação aplicável, posto que mesmo em tais casos, ocorre a incidência do ICMS, tal como prevista na legislação do ICMS do Estado da Bahia, em conformidade com a Lei Complementar nº 87/96, que prevê a incidência do referido imposto nas transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa.

Para fins do ICMS, os diversos estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular são considerados autônomos entre si, conforme o princípio da autonomia dos estabelecimentos, delineado no artigo 11, §3º, II, da LC nº 87/96 – é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular. Em perfeita consonância com esse princípio, a LC nº 87/96, no seu artigo 12, I, prevê que ocorre o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

A Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu art. 12, I, seguindo as normas estabelecidas na LC nº 87/96, ao dispor sobre o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, assim prevê:

Art. 4º 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;

Por sua vez, o RICMS-BA, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, assim dispõe:

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;

Portanto, por estarem expressamente previstas na Lei nº 7.014/96, as transferências efetuadas entre esses estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular estão sujeitas à incidência do ICMS, sendo que não cabe a este órgão julgador administrativo discutir a constitucionalidade desse dispositivo legal, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Infração procedente.

A infração 05 é improcedente conforme reconheceu a autuante haja vista que foram inclusos no levantamento fiscal mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cuja fase de tributação encontrava-se encerrada.

Na infração 06 consta que o sujeito passivo teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Tal prática é vedada pelo ICMS, consoante o art. 97, IV, “b” do RICMS/97.

O demonstrativo da infração está anexo nas fls. 544 a 607.

O sujeito passivo não trouxe em sua defesa elementos capazes de desconstituir o lançamento.

Aplico o disposto no art. 143 do RPAF/99: “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 129712.0007/13-5, lavrado contra **UNIÃO DE LOJAS LEADER S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 34.051,11**, acrescido da multa de 100% sobre R\$ 2.001,28 e de 60% sobre R\$ 32.049,83 previstas no art. 42, III, II, “a”, “f” VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação principal no valor de **R\$ 136.703,43**, prevista no art. 42, inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – JULGADOR