

A. I. N° - 276473.0901/14-0
AUTUADO - COMERCIAL SUPERAUDIO LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAC TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25/11/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0233-03/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. **a)** ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo relativo à antecipação parcial e antecipação tributária, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa. Infração subsistente. **b)** FALTA RECOLHIMENTO. Infração não impugnada. 2. BASE DE CÁLCULO ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração mantida. 3. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não impugnada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. CUPOM FISCAL. CANCELAMENTO NÃO COMPROVADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração subsistente. Não acatadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/09/2014, refere-se à exigência de ICMS e multa no valor total de R\$458.924,93, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - **07.01.03.** Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Sendo exigida a multa no valor de R\$11.608,40, decorrente da aplicação do percentual de 60%, sobre os valores não recolhidos tempestivamente. Conforme Demonstrativo às fls. 13 a 19.

Infração 02 - **03.02.05.** Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escritura das, no mês de dezembro de 2011. Sendo exigido o valor de R\$15.451,96, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 21 e 22;

Infração 03 - **01.02.06.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no meses de janeiro, maio, outubro e dezembro de 2011. Sendo exigido o valor de R\$1.024,67, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fl. 24;

Infração 04 - **09.04.04.** Omissão de saídas de mercadorias tributáveis por cancelamento de Cupom Fiscal em desacordo com as normas em vigor, a nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Sendo exigido o valor de R\$409.459,43, acrescido da multa de 100%. Demonstrativo às fls. 26 a 102;

Infração 05 - **03.02.02.** Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro, março e agosto a dezembro de 2011. Sendo exigido o valor de R\$3.178,01, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fl. 104;

Infração 06 - **07.01.01.** Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Sendo exigido o valor de R\$18.202,46, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 106 a 115.

O autuado apresenta impugnação, fls. 123 a 150, depois de demonstrar a tempestividade da defesa e reproduzir o teor das infrações, com o objetivo de refutar a acusação fiscal, alinha os seguintes argumentos.

Ressalva seu direito de apresentar documentos e informações complementares a esta impugnação, até mesmo em homenagem ao princípio da verdade material que deve permear o processo administrativo fiscal, pois, como bem concluiu a Terceira Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda no julgamento ao proferir o Acórdão nº 103-22512, no processo administrativo nº 10768.031161/97-79, “(...) A verdade material, como princípio informador do processo administrativo fiscal e como corolário da legalidade, sobrepõe-se, pelo valor axiológico que conserva, ao formalismo (...)”.

Reproduz o art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF-BA/99, para salientar a importância do princípio da verdade material.

Ao cuidar da à infração 01 sustenta a improcedência da acusação fiscal e indevido o ICMS exigido, pelas razões que enuncia: a) - porque não se está diante de aquisições de mercadorias e, portanto, não se deve aplicar as disposições contidas no art. 371, combinado com os artigos 125 e 61 do RICMS-BA/97; b) - porque nas simples operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, ainda que em operações interestaduais, não se realiza o fato gerador do imposto de competência estadual (ICMS), como já pacificaram os tribunais; e c) - porque o imposto foi integralmente recolhido quando das saídas internas que promoveu, de forma que nenhum prejuízo sofreu o Erário.

Assegura que as operações alcançadas pela fiscalização se referem a meras transferências de mercadorias entre seus estabelecimentos. Revela que opera com seu CD - Centro de Distribuição, que é o estabelecimento responsável por receber as mercadorias de seus fornecedores, localizado no Estado do Espírito Santo, promovendo as transferências das mercadorias para os seus estabelecimentos varejistas que promovem as vendas aos consumidores, conforme a necessidade de cada loja, como é o caso do seu estabelecimento autuado, ora autuado.

Informa que sua principal atividade, conforme consta do seu cartão CNPJ, fl. 129, é o “Comércio varejista especializado de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo”, seguida de diversas outras atividades secundárias, em sua maior parte, voltada para o comércio varejista. Sustenta que nas atividades de simples remessas de mercadorias entre estabelecimentos desta mesma empresa não há aquisição (compra), pois não pode comprar algo de si mesma. Arremata firmando ser inaplicável o disposto no art. 371 do RICMS-BA/97 e, por consequência, os demais artigos invocados pela fiscalização para manter a autuação fiscal descrita neste item da autuação, logo se apresenta insubstancial.

Afirma haver que se considerar que as operações referidas na infração 01, de simples transferências de mercadorias entre estabelecimentos de sua empresa, não podem ser tributadas

pelo ICMS, face à inocorrência do fato gerador do tributo, conforme Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça.

Enfatiza que nas simples operações de transferências de mercadorias entre os estabelecimentos de um mesmo contribuinte há apenas o deslocamento físico das mercadorias, não havendo qualquer negócio jurídico, mesmo que os estabelecimentos estejam localizados em unidades federativas diferentes. Arremata destacando que, caso se entenda diferente, estar-se-á descumprindo o inciso II, do art. 155, da CF/88.

Ressalta que, no caso em comento, a circulação é meramente física, não há qualquer mudança de titularidade da mercadoria não ocorreu a circulação, em seu sentido jurídico tributário, para efeitos de tributação da mercadoria pelo ICMS.

Com o intuito de demonstrar que a questão já se encontra pacificada, trás a colação ementas de diversos julgados do Supremo Tribunal Federal - STF sobre a matéria.

Assinala que, de acordo com o art. 356, do RICMS-BA/97, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias. Sustenta ser procedimento padrão dos contribuintes promoverem a tributação das operações internas subsequentes quando não tributadas por antecipação ou substituição tributária. Revela que se tivesse cometido o equívoco de não levar à tributação por antecipação ou substituição tributária as mercadorias descritas nas operações a que se refere à infração 01, foi promovido o recolhimento do imposto ao tributar as operações internas subsequentes com as mercadorias, do que se conclui que nenhum prejuízo sofreu o Erário do Estado da Bahia, pois, o que deveria ter sido recolhido sob a forma de antecipação acabou sendo recolhido quando da revenda das mercadorias. Registra que inexiste motivo para se exigir o imposto agora, sob pena de enriquecimento sem causa do Erário, principalmente em razão do fato de que a restituição do imposto recolhido nas saídas que promoveu internamente é medida contraproducente.

Revela que o §1º do art. 42 da própria Lei nº 7.014/96 prevê a dispensa do recolhimento do imposto por antecipação quando recolhido na operação ou operações de saída posteriores.

Por fim pugna pela insubsistência da acusação fiscal contida nesse item da autuação.

No tocante à infração 02, afirma ser nula, haja vista que os dispositivos da legislação tributária em que se fundamenta a acusação fiscal e apontados como infringidos não guardam relação com a descrição dos fatos considerados infrações, como determina o art. 39, inciso V, do RPAF-BA/99.

Observa que a descrição do fato considerado infração diz respeito à suposta redução indevida de base de cálculo de produtos. Contudo, frisa que foram apontados como dispositivos infringidos, conforme enquadramento apontado no auto de infração, os artigos 56 e 124, inciso I, do RICMS-BA/97, cujo teor reproduz. Assinala que o art. 56 do RICMS-BA/97 não trata de redução de base de cálculo, além do que possui dez incisos e três parágrafos, do que se infere que a sua indicação genérica como dispositivo legal supostamente infringido não é suficiente para o correto e adequado atendimento ao disposto no art. 39, inciso V, alíneas “a” e “b”, do RPAF-BA/99, no que diz respeito aos requisitos do Auto de Infração.

Assevera que, por sua vez, o art. 124, inciso I, do RICMS-BA/97, apenas determina a data de recolhimento do tributo ICMS, ou seja, também não diz respeito à redução de base de cálculo do imposto.

Arremata sustentando que, não atendido o disposto no art. 39, inciso V, alíneas “a” e “b”, do RPAF-BA/99, a acusação fiscal em questão não merece prosperar. Conclui requerendo que seja declarado nulo este item da autuação.

Em relação à infração 04, sustenta ser este item da autuação improcedente.

Inicialmente destaca que no curso da fiscalização, lhe foram solicitados os cancelamentos dos cupons fiscais de todo o período fiscalizado exercício de 2011, ao que foi respondido que tais cancelamentos, em meio físico (impresso), foram extraviados, mas que estavam (assim como estão) disponíveis em meio magnético através da Mémoria Fiscal Digital - MFD dos equipamentos emissores de cupons fiscais, informação esta passada ao autuante.

Friza que desde o momento em que foi dada a informação do extravio de tais cancelamentos de cupons fiscais, o autuante sugeriu que o autuaria sob a acusação fiscal de venda sem a emissão de documento fiscal, o que veio a se concretizar quando da emissão do Auto de Infração, do qual constou a acusação, conforme infração 04, de que “Omitiu saídas de mercadorias tributáveis por cancelamento de Cupom Fiscal em desacordo com as normas em vigor.”

Afirma que não omitiu saídas, inclusive sujeitando-se a diligências e perícias, e que, se algum equívoco cometeu, tal equívoco foi apenas, tão-somente, o de não ter dado a importância necessária aos cancelamentos de cupons fiscais e, com isso, de tê-los conservado juntamente com os demais milhares de documentos fiscais que já são conservados, de forma simultânea, física e digitalmente (equívoco perfeitamente normal, haja vista a complexidade e extensão da legislação tributária deste país, sendo oportuno o levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributária - IBPT e divulgado em seu site de que “Normas tributárias em vigor equivalem a livro de 112 milhões de páginas”).

Explica que o estabelecimento autuado opera com venda a varejo de produtos diversos, dentre eles, os principais, eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo, de telefonia e comunicação, bem como de produtos de informática, conforme consta do seu cartão CNPJ, cuja cópia acosta a fl. 140.

Observa que no exercício da sua atividade, o cancelamento de cupons fiscais num universo de milhares de cupons emitidos durante um ano inteiro é perfeitamente normal, até porque, se cancelamentos não pudessem ser feitos, tal funcionalidade não deveria estar disponível nos equipamentos emissores de cupons - ECFs.

Informa que são variados os motivos que levam ao cancelamento de cupons fiscais, dentre os quais, os mais comuns são a devolução de produtos por consumidores e o erro de seus funcionários deste contribuinte que, no fechamento de vendas, acabam deixando de repassar corretamente ao operador de caixa as condições pactuadas. Cita a título de exemplo, que é muito comum a venda parcelada de produto que acaba sendo registrada pelo operador de caixa, no ato da emissão do cupom, como se venda à vista fosse, o que é corrigido imediatamente mediante o cancelamento do cupom e a emissão de outro tão logo tal erro é constatado, quase sempre, pelo próprio consumidor no ato do pagamento.

Registra que não se presta a omitir vendas/saídas e impugna a acusação fiscal em questão de que “Omitiu saídas de mercadorias tributáveis por cancelamento de Cupom Fiscal em desacordo com as normas em vigor”, como consta do auto de infração. Diz que a acusação não resistirá a um simples levantamento quantitativo do movimento de mercadorias (estoque inicial + estradas – saídas = estoque final), o que requer seja feito por meio de diligência, especialmente em homenagem à verdade material, como princípio informador do processo administrativo fiscal e como corolário da legalidade, sobrepoê-se, pelo valor axiológico que conserva, ao formalismo...” (Acórdão nº 103-22512, PAF nº 10768.031161/97-79, 1º CC, 3ª Câmara) e que também se faz presente no caput do art. 2º do próprio RPAF-BA/99, cujo teor reproduz.

No que diz respeito à infração 05, sustenta que, assim como no caso da infração 02, este item da autuação também não merece subsistir, por não ter sido atendido o disposto no art. 39, inciso V, alíneas ‘a’ e ‘b’, do RPAF-BA/99, já que desta acusação fiscal não constou o correto enquadramento legal dos dispositivos legais supostamente infringidos.

Observa que nesta infração, foram apontados como dispositivos legais supostamente infringidos, no caso da alegada infração 05, os artigos 50, 51 e 124, inciso I, todos do RICMS-BA/97, cujo teor reproduz integralmente.

Ressalta que os artigos 50 e 51, apesar de versarem sobre as alíquotas do ICMS, possuem inúmeras normas sobre uma quantidade quase incontável de produtos e sua indicação genérica, como constou do auto de infração, se traduz em nulidade do lançamento, por violação ao disposto no art. 39, inciso V, alíneas 'a' e 'b', do RPAF-BA/99.

Registra que o art. 124, inciso I, do RICMS-BA/97, apenas determina a data de recolhimento do tributo ICMS, ou seja, em nada se refere à alíquota do tributo.

Arremata requerendo a nulidade da infração 05.

Conclui reiterando seus pleitos aduzidos ao longo da peça defensiva: **a)** que lhe possibilite a juntada ulterior de documentos que julgue necessários à comprovação de suas alegações, conforme os argumentos trazidos no item III desta peça; **b)** insubsistência das acusações fiscais, seja por sua nulidade, seja por improcedência, conforme razões expostas; **c)** realização de diligência para a comprovação do exposto nos parágrafos anteriores (em especial, a tributação das operações de saídas subsequentes nas hipóteses em que a acusação fiscal tenha se dado por falta ou recolhimento a menos de imposto por antecipação ou substituição tributária e, principalmente, a comprovação de que não houve a omissão de saída apontada na infração 04 face o exposto no título V desta impugnação), diligência esta que se mostra necessária em homenagem ao princípio da verdade material que deve nortear o processo administrativo fiscal, conforme caput do art. 2º do RPAF-BA/99; e **d)** comunicação deste contribuinte quando da inclusão do feito em pauta de julgamento, para que possa se fazer presente com vistas e realizar sua sustentação oral.

O autuante presta informação fiscal, fls. 163 a 165, ressaltando de inicio que a fiscalização foi realizada dentro dos prazos legais e dentro da legalidade. Observa que nenhuma peça foi ocultada e todos os demonstrativos relativos às infrações foram anexados e entregues ao contribuinte, conforme se verifica à fls. 117. Afirma que o Auto de Infração possui todos os cálculos dos impostos cobrados: Discriminação das mercadorias, base de cálculo, alíquota e todos elementos necessários a sua compreensão.

Assinala que nenhum fato novo que altere os levantamentos foi apresentado.

No que diz respeito à infração 01, destaca que o contribuinte alega que esta infração não existe porque acredita que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, mesmo entre entes de diferentes unidades da Federação, não caracteriza uma aquisição de mercadorias, citando o art. 371 do RICMS-BA/97.

Esclarece que o fato da empresa localizada no Estado do Espírito Santo ser um CD (Centro de Distribuição e efetuar tais transferências não desobriga o contribuinte a seguir a legislação de cada Estado onde tais transações acontecem. Prossegue frisando que a empresa deve seguir a legislação estadual, no caso acima, em relação ao ICMS, em todas as sua nuances, inclusive com relação aos produtos elencados, pelo Estado da Bahia, como sujeitos à antecipação ou substituição tributária.

Afirma que na defesa apresentada o contribuinte incorre em outro erro, pois não foi cobrado o imposto sobre a antecipação tributária, e sim, uma multa de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago.

Observa que verificou durante a fiscalização, deste ano, que a empresa considerava algumas mercadorias sujeitas à antecipação tributária, no Estado da Bahia, como entradas e saídas tributadas normalmente, para evitar prejudicar o contribuinte cobrou apenas esta multa.

As mercadorias que sofreram este tipo de tributação foram discriminadas pelos códigos como se verifica às fls. 13 a 19. Acrescenta explicando que outras mercadorias também sujeitas a

antecipação tributária que não utilizaram o crédito e tiveram o ICMS antecipado foram cobradas na infração 06, fls. 106 a 115.

Ao cuidar da infração 02 revela que a empresa quando se estabelece em uma unidade da Federação deve conhecer a legislação estadual com relação aos produtos nela comercializados. Assevera que o autuado comercializa produtos de informática que possuem redução de Base de Cálculo determinadas pelo art. 87 e anexo 5-A do RICMS-BA/97. Registra que tal referência, até foi feita, fl. 02, na discriminação das irregularidades apresentadas durante a fiscalização. Explica que ocorreu um erro de sua parte, ao indicar o Anexo 87 e não o art. 87. Continua destacando que, a seu ver, isto não prejudicou o contribuinte, pois as mercadorias sujeitas a redução foram corretamente tributadas. Arremata ponderando que incorreu no erro devido a inclusão de outras mercadorias não sujeitas a esta redução nas suas saídas realizadas através de ECF.

Conclui ressaltando que as planilhas constantes às fls. 21 a 22, detalham tais mercadorias e que o contribuinte não se manifestou em relação a nenhuma destas mercadorias com provas ou fatos concretos que possam modificar ou descharacterizar a infração.

Quanto à infração 03, informa que nada foi alegado.

Em relação à infração 04, observa que durante a fiscalização verificou-se um alto montante de cancelamento, indicado na leitura da memória fiscal de cada equipamento ECF. Diz que constatou um volume de cancelamento de cerca de 20% por mês do valor referente às saídas. Valor bastante elevado para tal setor varejista. Informa que o contribuinte foi, então, intimado a apresentar as vias dos documentos fiscais cancelados, no caso os cupons da ECF como demonstrado à fl. 11.

Observa que o autuado apresentou apenas arquivos MFD e, na defesa, afirma que houve extravio das primeiras vias dos cupons. Ressalta que nos arquivos MFD apresentados aparece apenas o cupom cancelado. Não há qualquer referência quanto ao motivo.

Assevera que torna-se difícil atestar a veracidade dos referidos cancelamento, uma vez que as primeiras vias dos cupons fiscais cancelados não foram apresentadas.

Informa que foi feita a proporcionalidade mensal das saídas tributáveis da empresa, conforme se verifica às fls. 26 a 102 e cobrado o ICMS referente aos cancelamentos.

Destaca que a avaliação via estoque proposta pelo contribuinte torna-se impossível pelo vasto volume de mercadorias da empresa e mistura de códigos e tributações.

Registra que o autuado, mais uma vez, não apresentou qualquer demonstrativo que provocasse modificação dos valores desta infração.

No tocante à infração 05 informa que esta infração está bem exemplificada. Assevera que se as mercadorias foram cadastradas no ECF, pressupõe-se que o contribuinte lançou as alíquotas pertinentes às mercadorias com erro, uma vez que lançou mercadorias tributáveis com alíquota 0%.

Arremata sustentando que o autuado não apresentou demonstrativo algum que comprovasse modificação dos valores desta infração.

Informa que em relação à infração 06, o autuado nada alegou em sua defesa.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Em pauta suplementar, esta 3ª JJF decidiu converter os autos em diligência, fl. 168, para que o autuado fosse intimado a apresentar a efetiva comprovação das operações canceladas apuradas na infração 04, concedendo o prazo de trinta dias para o atendimento e, caso carreadas aos autos as aludidas comprovações que fossem promovidas as exclusões e elaborado novo demonstrativo de débito.

Intimado para atendimento da diligência, fl. 173 e 174, o autuado apresentou cópias de uma operação de devolução, fls. 175 a 180.

Diligente designado informa, à fl. 181, que o autuado foi devidamente intimado para apresentação das cópias dos cupons fiscais cancelados extraídos da MFD, no entanto, não apresentou a documentação solicitada na intimação, enviando apenas de documentos fiscais relativos a devolução ou troca de mercadorias, fls. 175 a 180, documentação esta que não tem qualquer vínculo com a infração 04 do Auto de Infração. Sustenta que pela falta de apresentação dos cupons fiscais extraídos da MFD não foi possível fazer a análise solicitada na diligência.

Concluiu registrando que pela mesma infração o impugnante já foi autuado, consoante Auto de Infração nº 232903.0319/13-5, julgado procedente com decisão prolatada no Acórdão JJF Nº 0073-03/14.

VOTO

No que diz respeito a nulidade argüida pelo impugnante em relação às infrações 02 e 05, por existência de vícios no lançamento, em razão de não constar a precisa indicação dos dispositivos legais infringidos o que resultou em cerceamento de seu direito de defesa e víncio do lançamento, certamente que não pode prosperar a pretensão defensiva.

Constatou que não carece de qualquer reparo a descrição das irregularidades imputadas no Auto de Infração, haja vista que, claramente, identifica que o contribuinte cometera: “Recolheu a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas” - infração 02; e “Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas” - infração 05.

O lançamento de ofício afigura-se plenamente válido, pois observadas as prescrições legais, havendo indicação dos dispositivos infringidos, bem como o detalhamento das infrações, diante da evidente clareza e completude das informações explicitadas acerca da ocorrência do fato gerador e dos demonstrativos de débito que identificam e discriminam a base de cálculo e a alíquota aplicada, bem como indicando de forma unívoca o enquadramento legal.

Nestes termos, resta evidenciado o atendimento o quanto determina o inciso V, do art. 39 do RPAF-BA/99. Diante disso, rejeito a nulidade argüida, pois, inexistente qualquer víncio ou falha capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício, eis que não ocorreu quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF-BA/99.

No mérito, de acordo com as razões de defesa, o autuado impugnou as infrações 01, 02, 04 e 05. Não se manifestou acerca das infrações 03 e 06, assim diante da inexistência de lide em torno desses itens da autuação resta mantida a exigência a eles atinentes.

A infração 01 trata da exigência de multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Consoante expresso teor do §1º do art. 42, da Lei 7.014/96, no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II deste art. 42, ou seja, a multa de 60% do valor do imposto que deveria ter sido recolhido.

O defendente alegou ser indevida a exigência pelo fato das operações arroladas no levantamento fiscal serem transferências de mercadorias entre seus estabelecimentos, e que por isso, não se

constitui fato gerador do ICMS, uma vez que não se trata de aquisições interestaduais como previstas no art. 371 do RICMS-BA/97.

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 art. 11, §3º, inciso 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 art. 12, inciso 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*. Sendo autônomos os estabelecimentos pertencentes à mesma empresa no âmbito do ICMS, as transferências interestaduais se equiparam a aquisições, assim, não há que se falar em não ocorrência do fato gerador do imposto.

No tocante à jurisprudência emanada de tribunais superiores pátrios, citada na defesa, ressalto que as decisões deste órgão julgador administrativo ficam delimitadas ao previsto na legislação tributária estadual, não lhe cabendo a discussão acerca de sua constitucionalidade. Logo, a jurisprudência citada pelo defendant não vincula a presente decisão.

Aduziu também a inexistência de prejuízo ao Erário em face ao recolhimento do imposto quando das saídas internas das mercadorias, não acato a alegação do autuado, considerando que a legislação estabelece multa específica como a que foi aplicada para o caso em exame, estando a exigência da penalidade em total consonância com os já citados dispositivos da Lei 7.014/96.

Concluo pela subsistência deste item da autuação, haja vista que, estando comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa.

Logo, resta caracterizada a infração 01.

As infrações 02 e 05 tratam do recolhimento a menos nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em decorrência de erro, respectivamente, na determinação da base de cálculo do imposto e na aplicação da alíquota cabível, conforme demonstrativos acostados às fls. 40 a 45.

O impugnante não apontou qualquer inconsistência, equívoco ou falta de clareza nos demonstrativos de apuração e de débito desses dois itens da autuação.

Requeru a nulidade de ambas as infrações, com base no inciso V do art. 39 do RPAF-BA/99, sob a alegação de que os dispositivos apontados como infringidos não guardam relação com a descrição dos fatos considerados infrações.

Da análise conjunta da descrição desses dois itens da autuação, do enquadramento legal constante das fls. 02 e 03 do Auto de Infração, bem como dos demonstrativos de apuração as fls. 40 a 45, onde constam nos campos “Observação” todo o detalhamento do roteiro e da origem dos elementos que compõem a apuração, constato que não prospera a alegação defensiva de que não ocorreu o correto enquadramento legal, uma vez que além de devidamente explicitado os dispositivos legais infringidos o autuado não identificou de forma inequívoca a suposta discrepância.

Logo, restam também caracterizadas as infrações 02 e 05.

Quanto à infração 04, que trata da omissão de saída por cancelamento de cupom fiscal em desacordo com as normas em vigor, o autuado também não contestou os valores apurados e discriminados nos demonstrativo colacionados às fls. 26 a 102, cujas cópias foram entregues ao autuado, fl. 117.

O defendant confessou que extraviou a documentação fiscal comprobatória dos cancelamentos apurados no levantamento fiscal.

Alegou que em seu ramo de atividade o cancelamento de cupons fiscais é perfeitamente normal, e que são variados os motivos que levam ao cancelamento de cupons fiscais, citou que dentre os

quais, os mais comuns são a devolução de produtos por consumidores e o erro de funcionários deste contribuinte que, no fechamento de vendas, acabam deixando de repassar corretamente ao operador de caixa as condições pactuadas. Citou como exemplo, ser muito comum a venda parcelada de produto que acaba sendo registrada pelo operador de caixa, no ato da emissão do cupom, como se venda à vista fosse, o que é corrigido imediatamente mediante o cancelamento do cupom e a emissão de outro tão logo tal erro é constatado, quase sempre, pelo próprio consumidor no ato do pagamento.

Ressalto que o presente caso é semelhante ao cancelamento de notas fiscais, sendo previsto na legislação: “quando o documento fiscal for cancelado, conservar-se-ão no talonário, formulário contínuo ou jogos soltos todas as suas vias, com declaração do motivo que houver determinado o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido”, conforme art. 210, do RICMS-BA/97.

Em se tratando de cancelamento de Cupom Fiscal, a legislação estabelece que, conservar-se-ão todas as vias dos documentos fiscais, inclusive o emitido para cancelamento.

É fato que havendo desistência ou desfazimento do negócio, no caso de troca, inadimplemento do comprador, se houve devolução da mercadoria, pelo comprador, caracterizando-se mercadoria devolvida por pessoa não obrigada à emissão de Nota Fiscal ou não considerada contribuinte do ICMS, o autuado deve apresentar prova idônea da devolução devendo ser emitida Nota Fiscal na entrada da mercadoria, fazendo menção ao documento fiscal originário (Cupom Fiscal, Nota Fiscal ou Nota Fiscal de Venda a Consumidor), obtendo, na Nota Fiscal de Entrada 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.

Em diligência deliberada por esta 3^a JJF, para que fosse intimado a apresentar as cópias extraídas da MFD das operações ditas que foram canceladas juntamente com as emitidas logo em seguida com a mesma mercadoria e valor coincidente, ou qualquer outra comprovação que demonstrasse o efetivo cancelamento das operações realizadas e objeto da autuação.

O impugnante em atendimento ao pedido de diligência apresentou, tão-somente, fls. 175 a 182, cópias de uma devolução, sem demonstrar qualquer vinculação com as operações arroladas na acusação fiscal, incapaz, portanto, de elidir a acusação fiscal.

Assim, haja vista a necessidade imperiosa da comprovação de que não houve a saída efetiva da mercadoria, ou que o negócio não foi efetuado, e tais comprovações não foram apresentadas pelo deficiente, resta caracterizado o cometimento pelo autuado desse item da autuação.

Ante o exposto, resta patente nos autos a omissão de saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento de cupom fiscal em desacordo com a legislação.

Concluo pela subsistência da exigência fiscal atinente à infração 04.

No que diz respeito ao pedido do impugnante para intimação específica para sustentação oral na assentada do julgamento, observo que inexiste previsão legal para o atendimento do pleito. Entretanto, destaco que a publicidade e convocação para as sessões de julgamento deste Conselho é publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia e no sítio da Secretaria da Fazenda que devem ser acompanhados pelos interessados.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 276473.0901/14-0, lavrado contra **COMERCIAL SUPERAUDIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$447.316,53**, acrescido das multas de 60% sobre R\$37.857,10, e 100% sobre R\$409.459,43, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, VII, “a” “f” e III da Lei nº 7.014/96,

além da multa percentual no valor de **R\$11.608,40**, prevista no inciso II, “d”, §1º, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA