

A. I. - 115484.0001/14-3
AUTUADO - UNIÃO DE LOJAS LEADER S/A
AUTUANTES - GISÉLIA RIBEIRO GUIMARÃES e MARIA DAS GRAÇAS LEMOS FERREIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO / DAT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 11/02/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0016-03/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Acatadas parcialmente as razões defensivas. Contribuinte não se desincumbiu do ônus processual de evidenciar o pagamento do imposto exigido. Infração parcialmente elidida; **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. As autuantes demonstram, na informação fiscal, que a apropriação indevida aconteceu sob o manto de outros códigos. Infração caracterizada; 2. MULTA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO NA ENTRADA. i) MERCADORIAS SUJEITAS A ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA; Infrações caracterizadas; ii) MERCADORIAS SUJEITAS A ANTECIPAÇÃO PARCIAL. A norma legal é cristalina ao prever a aplicação da multa para a hipótese em que não houve descumprimento de obrigação principal, sendo inquestionável a legitimidade do lançamento. Acatadas parcialmente as razões defensivas. Infração parcialmente elidida; **iii)** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. INCONSISTÊNCIAS. A IN 55/2014 é explícita no sentido de que as divergências detectadas no Registro 74 devem ensejar a aplicação da multa disposta no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei 7.014/96. Infração caracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MATERIAL DE USO OU CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. A transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica (circulação física) não se encontra fora do campo de incidência do ICMS, pois foi o próprio legislador complementar que assim interpretou a matriz constitucional, ao editar o art. 12. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2014, exige créditos tributários no valor histórico de R\$571.070,56, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

“Infração 01: 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, e abril, junho a outubro e dezembro de 2012. Valor do ICMS: R\$ 28.249,71. Multa de 60%. Consta que “Conforme Demonstrativos anexo II”;

Infração 02: 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para o uso e consumo do estabelecimento, nos meses de março e abril de 2011, janeiro,

julho a outubro e dezembro de 2012. Valor do ICMS: R\$ 1.456,28. Multa de 60%. Consta que “Conforme Demonstrativos anexo III”;

Infração 03: 07.01.03 - Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, 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 e fevereiro de 2011, e fevereiro, agosto e outubro de 2012. Valor da multa: R\$ 15.241,49. Consta que “Conforme Demonstrativo anexo IV”;

Infração 04: 07.15.03 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às 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, nos meses de janeiro a março, e maio a dezembro de 2011, e janeiro, fevereiro, junho a outubro e dezembro de 2012. Valor da multa: R\$ 141.094,38. Consta que “Conforme Demonstrativos anexo V”;

Infração 05: 06.02.01 - 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, no mês de dezembro de 2012. Valor do ICMS: R\$ 412,26. Multa de 60%. Consta que “Conforme Demonstrativo anexo VI”;

Infração 06: 16.12.24 - Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações divergentes, no mês de fevereiro de 2014. Valor da multa: R\$ 384.616,44. Consta que “Anexamos cópias dos Livros de Apuração de ICMS comprovando que os valores totais das Entradas e das Saídas não ultrapassam o percentual de 1%, razão porque indicamos a multa prevista no art. 41, inciso 1, art. 42, inciso 13, letra i da Lei 7.014/09 [sic] 1) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes dos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso; ANEXO VII”.

A autuada apresenta impugnação às folhas 248 a 353, mediante a qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Quanto à infração 01, destaca que identificou mercadorias que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, tais como “Travessa Chilli P” e “Óculos natação bichi”, conforme imagem que acosta à folha 251. Pugna pela exclusão de todas as mercadorias que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária da Infração 01 e, consequentemente, a retificação do Auto de Infração. Argumenta que, muito embora tenha se creditado do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto pelo regime de substituição tributária, ao realizar a saída das mesmas mercadorias, também indevidamente, mas, agora a favor do Fisco, debitou e recolheu o imposto. Deste modo, argumenta que o procedimento adotado pela impugnante não ocasionou qualquer prejuízo ao Erário estadual, posto que o imposto devido na operação foi, ao final, recolhido. Conclui, portanto, que a adoção do procedimento acima não trouxe prejuízo algum ao Estado da Bahia, devendo o crédito tributário lançado referente à Infração 01 do Auto de Infração, ser considerado improcedente.

Quanto à infração 02, alega que a acusação não merece prosperar, haja vista que a Impugnante nos períodos autuados não se utilizou de crédito de ICMS nas operações com o CFOP 1556 (Compra de material para uso ou consumo) e CFOP 2556 (Compra de material para uso ou consumo), conforme se verifica no Livro Registro de Apuração (RAICMS) que anexa (DOC.02).

Nesse sentido, pede que se confira o Livro RAICMS referente ao mês de janeiro de 2012, cuja cópia acosta à folha 253. Conclui, assim, que deve ser considerada insubsistente a infração 02, por entender que está plenamente descaracterizado o seu objeto.

Destaca, ainda, que a Fiscalização não informou sobre quais notas fiscais e produtos que foi apurado o crédito tributário em questão.

Quanto à infração 03, alega que a penalidade de 60% imposta 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. Argumenta, contudo que todas as Notas Fiscais foram devidamente registradas na escrita fiscal, e as saídas posteriores de todas das mercadorias foram tributadas normalmente.

Afirma que é flagrante a irrazoabilidade e a desproporcionalidade da multa imposta à ora Impugnante. Isto porque, argumenta, o lapso temporal entre a data que o ICMS antecipado deveria ter sido pago pela Impugnante e a data em que o ICMS normal foi efetivamente recolhido aos Cofres Públicos é inferior a um mês. Com isso, a aplicação da multa de 60% (sessenta por cento) não tem proporcionalidade, eis que não estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição da infração e o grau de realização do objetivo, sendo certo que no caso em tela apenas caberia a exigência de juros e acréscimos monetários em relação a este lapso temporal.

Conclui, portanto, que sendo a penalidade aplicável sobre o montante do imposto não recolhido e, restando reconhecido pela própria Fiscalização que não há imposto a recolher, não há base para a cobrança da multa lançada na autuação. Deve, por isso, o crédito tributário lançado referente à Infração 03 da autuação ser considerado improcedente, segundo a autuada.

Quanto à infração 04, deduz as mesmas alegações colacionadas para a infração 03. Alega, ademais que, conforme declarado pelas próprias Sras. Auditoras Fiscais autuantes, no seu relato, todas as Notas Fiscais foram devidamente registradas na escrita fiscal, sendo certo que a Impugnante não recolheu o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual na entrada da mercadoria no seu estabelecimento, mas também não se creditou de tal valor. Todavia, as saídas posteriores de todas das mercadorias foram tributadas normalmente com a aplicação integral da alíquota interna (17%).

Logo, novamente não houve prejuízo algum aos Cofres Públicos do Estado da Bahia, sendo desproporcional a aplicação de multa de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido no momento da entrada da mercadoria no estabelecimento da Impugnante, porém recolhido normalmente na saída das mercadorias.

Informa que verificou que no período de 03.2011, a Fiscalização se equivocou no cálculo do ICMS apurado, o que resultou na majoração do valor exigido. Tal equívoco se deu na soma do ICMS devido do mês de 03.2011, que no seu total é R\$ 36.609,86 (=SOMA(L3389:L5096)), entretanto, a Fiscalização apurou o montante de R\$ 88.846,96 (=SOMA(L3386:L5096)). Apresenta um demonstrativo, à folha 256, explicitando a sua argumentação.

Alega que a Fiscalização somou três linhas a mais do que deveria no Demonstrativo Anexo V. E ao corrigir este erro, percebe-se que a Impugnante recolheu ICMS a maior e, portanto, não cabe a cobrança de multa de R\$ 28.146,77, no período de 03.2011.

Conclui, assim, que não restam dúvidas do equívoco cometido pela Fiscalização, devendo o Auto de Infração ser retificado. Cita o Demonstrativo Anexo V.

Quanto à infração 05, destaca que a grande maioria das operações elencadas no Anexo VI, do Auto de Infração, referem-se a operações de transferências de bens do Ativo Imobilizado e de material de uso/consumo, recebido pela Impugnante, de outros estabelecimentos da Empresa, localizados em outras unidades da Federação. Alega que a referida cobrança é totalmente insubsistente, uma vez que por não existir operação econômica na operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, esse tipo de saída física sequer

comportaria incidência do ICMS, e, nessa mesma linha de raciocínio, também não comportaria a incidência do DIFAL.

Explica que, a fim de abastecer suas lojas, a Empresa União de Lojas Leader S.A. realiza transferências de mercadorias, inclusive bens do Ativo Imobilizado e material de uso/consumo entre seus estabelecimentos.

Argumenta que o fato gerador do ICMS ocorre, necessariamente, com o acontecimento de uma operação mercantil que, em regra, corresponde a uma saída física de mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, com a intenção de comercializá-la a outra pessoa jurídica. A operação mercantil (não verificada no presente caso) é, portanto, o fato imponível da hipótese de incidência tributária do ICMS. Ou seja, é o fato concreto que, acontecido efetivamente, dá nascimento à obrigação tributária e obriga o contribuinte a proceder ao recolhimento do imposto. Assim, conclui que para que haja a circulação jurídica da mercadoria, é imprescindível que ocorra a transferência da propriedade, não bastando, para atrair a incidência do ICMS, a mera circulação física, tal como se verificou no caso concreto. É fundamental, frisa, que haja a mudança de titularidade, de modo que o repasse de mercadorias do centro de distribuição do contribuinte para as lojas varejistas jamais poderia resultar na cobrança da exação estadual.

Traz à colação a doutrina de Roque Antônio Carrazza, em apoio ao seu ponto de vista. Afirma que o entendimento sustentado pelo autor está definitivamente consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que, após inúmeros julgados nesse sentido, editou a Súmula nº 166, cujo enunciado reproduz.

Argumenta que o teor da súmula 166 do STJ não deixa pairar qualquer dúvida em relação à inocorrência do fato gerador do ICMS quando realizada a transferência de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular. Transcreve ementas de recentes julgados emanados de ambas as Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça, que mostram que tal posicionamento segue sendo referendado.

Argumenta que tal entendimento se aplica também às hipóteses de remessa de bens do ativo imobilizado de um para outro estabelecimento. Colaciona argestos que prevêem que a transferência de “bens ou mercadorias” entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não devem ensejar o recolhimento do ICMS.

Assim sendo, arremata alegando que as operações que deram ensejo à autuação e posterior cobrança fiscal sequer deveriam estar sujeitas à incidência do ICMS, por se tratarem de meras transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa. Afinal, não poderia realizar operação consigo própria. Não é possível, desta forma, caracterizar como circulação de mercadoria saída física que não tenha dois sujeitos de direito, defende a autuada.

Desta forma, não ocorrendo a transferência de titularidade dos bens transferidos, não se aperfeiçoa o fato gerador do ICMS, pois não há realização de “operações jurídicas”, mas simples circulação física de bens.

Portanto, conclui pelo total descabimento da exigência do DIFAL relativo às entradas, por transferências de bens do Ativo Imobilizado e de material de uso/consumo, realizadas pela Impugnante, porque sequer as saídas a tal título deveriam sofrer qualquer tipo de tributação do ICMS, razão pela qual é imperioso o cancelamento da Infração 05 do Auto de Infração.

Quanto à infração 06, alega que 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. Explica que tais contratemplos decorreram de inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos, as quais somente foram detectadas por ocasião do atendimento à ação fiscal. Assegura que tais distorções apontaram para as supostas diferenças verificadas pela fiscalização.

Contudo, argumenta que os erros verificados na geração do Registro 74 dos arquivos magnéticos de 2012 não podem imputar à ora Impugnante a aplicação da penalidade prevista na alínea ‘i’, do

inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96. Isto porque, tal penalidade se aplica às hipóteses em que o contribuinte comete erro na prestação de informações referentes ao valor das entradas e saídas de mercadorias, situação diversa àquela relatada na Infração 06, do Auto de Infração em tela. Reproduz o texto legal em apoio ao seu ponto de vista.

Afirma que a penalidade estabelecida na alínea ‘i’, do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, não se aplica ao caso ora combatido, uma vez que não versa sobre erro na prestação de informação do valor dos estoques, e não das entradas e saídas no Livro Registro Inventário (Infração 06). Portanto, a penalidade combinada à Impugnante não se aplica ao caso em questão, devendo o Auto de Infração também neste quesito, ser considerado insubsistente.

Por todo o exposto, requer que seja acolhida a presente Impugnação, para i) retificar as Infrações 01, 04 e 06 e ii) considerar totalmente improcedente as demais Infrações do Auto de Infração lavrado, cancelando-se o crédito tributário decorrente do Auto de Infração lavrado, com a consequente determinação do arquivamento do feito.

Finalmente, requer e também que seja convertido o auto de infração em diligência fiscal, atitude que poderá dar à Impugnante a possibilidade de demonstrar inequivocamente a impropriedade do lançamento, bem como a sua total lisura perante o Fisco Estadual.

Nestes Termos, pede Deferimento.

Às folhas 358 a 361, o contribuinte apresenta uma nova manifestação em que, referindo-se à infração 06, presta novos esclarecimentos e acosta novos documentos, tecendo as seguintes considerações.

Explica que, por ocasião da apresentação da impugnação, no dia 30.04.2014, apontou que houve um erro na geração dos arquivos magnéticos, mais especificamente no Registro 74, que induziu a Fiscalização a concluir equivocadamente que o estabelecimento teria promovido a saída de mercadorias, acobertadas por Cupom Fiscal, com destaque do ICMS inferior ao devido ou mesmo sem destaque do imposto.

Com o intuito de comprovar sua alegação, a impugnante requer a juntada do arquivo correto do Sintegra referente aos meses de 02/2009 e 02/2010, nos quais consta o Registro 74. Afirma que, da análise dos novos arquivos, percebe-se, que o valor total do inventário é bem mais próximo do valor indicado no Livro Registro de Inventário. Acosta tabela demonstrativa, à folha 359.

Conclui, assim, que ficou provado que os arquivos magnéticos entregues por ocasião do atendimento à ação fiscal e que culminaram na lavratura do AI em tela, estavam com erro, devendo a análise fiscal ser realizada a partir dos novos documentos fiscais juntados aos autos, nos quais se pode verificar que a divergência entre os valores escriturados em livro e aqueles lançados em arquivo magnético é bastante inferior aqueles valores apurados pela Fiscalização.

Com isso, entende que a Infração 06, do Auto de Infração em voga deve ser, ao menos, retificada de forma que a multa de 5% (cinco por cento) seja calculada a partir da divergência encontrada com os novos valores dos arquivos magnéticos, como demonstrado do quadro acima.

Diante do exposto, requer que os documentos ora apresentados passem a constar como parte integrante do processo em referência, assegurando, assim, à impugnante, o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como retificar a Infração 06, do Auto de Infração ora combatido.

Nestes Termos, pede Deferimento.

As autuantes prestaram informação fiscal às folhas 363 a 392, tecendo as considerações a seguir.

Quanto à infração 01, informam que os produtos apontados pela Impugnante sobre os equívocos constantes no Demonstrativo, apensos às fls.69 a 80, referentes ao exercício de 2011, foram devidamente retificados e elaborado um novo demonstrativo anexo as fls. 367 a 375. Com relação ao exercício de 2012, afirmam que nada foi contestado em virtude deste estar rigorosamente correto, devendo permanecer em sua totalidade por se tratarem de produtos da ST.

Quanto à argumentação deduzida pela autuada, no sentido de que "... ao realizar a saída das mesmas mercadorias, também indevidamente, mas, agora a favor do fisco, debitou e recolheu o imposto", afirmam que tal alegação não invalida o procedimento fiscal adotado visto que houve uma redução do pagamento do ICMS nos meses em que ocorreu o lançamento indevido do crédito causando prejuízo do Erário; além do que, asseguram, essa afirmativa não revela a verdade material dos fatos conforme cópias de Cupons fiscais que retratam o tratamento tributário como F (fonte) até mesmo com relação a outros produtos que não pertencem ao rol das mercadorias com Substituição Tributária.

Concluem, assim, que a infração 01 é parcialmente procedente.

Quanto à infração 02, admitem que a Impugnante de fato não se apropriou no seu Livro RAICMS do crédito fiscal referentes as mercadorias com o CFOP 1556 e 2556 (compras de material de uso e consumo), mas o fez através de outros CFOP (6557, 2152 e 2557), conforme comprovaram por amostragem através na NF 3695, 4088 e 317463, e seus respectivos lançamentos nos LRE, com o destaque do crédito do ICMS. Informam que, por um lapso, deixaram de anexar cópias das NF envolvidas nesta infração, o que fazem na informação fiscal, apresentando inclusive novo levantamento em virtude de ter detectado um erro ao incluir o crédito fiscal referente a mercadoria lençol, ora excluído, conforme folhas 376 a 384.

Quanto à infração 03, afirmam que o argumento apresentado de "que a aplicação de multa tão gravosa apenas se justificaria para as hipóteses que o contribuinte também não recolhe o imposto por ocasião da efetiva saída de mercadoria" não procede tendo em vista que o percentual de 60% estar estabelecido na legislação fiscal e há de ser considerado e imperativo a sua aplicação sobre os valores apurados nesta infração. Concluem, portanto, que o entendimento colocado pela Impugnante com relação a aplicação da multa percentual difere literalmente da legislação fiscal que determina a aplicação de multa e não a cobrança de juros e acréscimos monetários em relação ao lapso temporal sugerida na peça impugnatória.

Quanto à infração 04, informa que a Impugnante traz novamente o argumento de que a multa de 60% é muito gravosa, uma vez recolheu o imposto por ocasião da efetiva saída de mercadoria e sugere a cobrança de juros e acréscimos monetários em razão do lapso temporal. Argumenta, contudo, que, em casos como este, a legislação fiscal estabelece a aplicação da multa e deve-se obediência ao preceito legal. Entendem, por isso, ser imperativa a manutenção da penalidade que deverá incidir sobre os valores totais dos meses consignados nos demonstrativos anexos as fls.120 a 139, excetuando apenas o mês de março de 2011, consignado nas fls. 123, que de fato não há diferença a ser apurada.

Quanto à infração 05, Alegam que os argumentos apresentados pela Impugnante, inclusive a doutrina e jurisprudência citadas não correspondem ao quanto determina a legislação fiscal, a qual deve obediência, já que é contribuinte estabelecido neste estado da Bahia. Transcreve o texto dos dispositivos da legislação que amparam a cobrança do diferencial de alíquotas.

Concluem, assim, que, para a exigência do diferencial de alíquota, é irrelevante o fato de a saída do bem ou do material de uso e consumo, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, se tratar de operação de transferência ou de não ser passível de tributação pelo ICMS, como alega a Impugnante. Sendo dever funcional no exercício da função fiscalizadora, afirmam que seguiram e cumpriram a legislação fiscal, razão porque a infração há de ser mantida na sua totalidade.

Quanto à infração 06, explica que o inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96 se refere às infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle ou de sistema eletrônico de processamento em qualquer documento fiscal e no caso em tela o LRI estava totalmente divergente dos valores informados nos arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária.

Alega que, para fins de cálculo da multa, a norma se utiliza do valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências existentes em qualquer documento de informação

fiscal, e não apenas nas omissões ou divergências de operações específicas no caso entrada e saída. Assegura que a Impugnante já tinha conhecimento deste fato, conforme documento de intimação, apensado à folha 12.

Relata que, posteriormente à juntada da peça defensiva, a Impugnante volta aos autos nas fls.356 a 361 com novo documento com que pretende impor outro valor de multa. Argumenta que, embora o Impugnante tenha corrigido e enviado novas informações à SEFAZ, o fez posteriormente à lavratura do PAF, quando já haviam feito a indicação da penalidade prevista em lei, que deverá ser respeitada em razão do elemento temporal da mesma.

Observam, ainda, que os últimos arquivos magnéticos do registro tipo 74 continuaram apresentando inconsistências, que os levou a emitir uma nova intimação, vez que há interesse do Estado em conhecer o verdadeiro movimento de estoque da empresa.

Concluem a peça informativa, reafirmando o procedimento fiscal.

Cientificada acerca do teor da informação fiscal, a empresa apresenta manifestação às folhas 406 a 414, contra arrazoando o seguinte.

Quanto à infração 01, alega que o novo valor da base de cálculo (obtido após o refazimento do demonstrativo de débito pelas autuantes), relativo ao mês de agosto de 2011, encontra-se, ainda, com erro. Acosta quadro demonstrativo em que especifica a sua irresignação. Solicita que o quadro demonstrativo seja refeito para sanar os erros apontados.

Quanto à infração 02, reafirma que não se utilizou de crédito de ICMS nas operações com CFOP's 1556 e 2556. Quanto à alegação de que se utilizou de crédito nos CFOP's 6557, 2152 e 2557, contrapõe-se ao argumento de que o CFOP 6557 se refere a uma operação de saída. No que se refere ao CFOP 2557, acosta cópia do livro RAICMS para comprovação do contrário. Já quanto ao CFOP 2152, alega que não pode ser cobrado, pois não faz parte das operações autuadas pela infração 02 e sim pela infração 05.

Ainda relativamente à infração 02, afirma que não merece prosperar a alegação de que deve ser mantida porque a empresa fez lançamentos no LRE com destaque do crédito, pois tais valores não foram transferidos para o livro RAICMS. Logo, conclui que não houve a apropriação de tais créditos. Frisa que o que ocorreu foi apenas um equívoco de escrituração sem qualquer prejuízo ao Estado. Pede a declaração da insubsistência da infração 02.

Quanto à infração 06, reitera as suas alegações de que houve erro na geração do Registro 74 do Sintegra e que tal fato não pode resultar na penalidade aplicada. Requer que sejam considerados os novos arquivos entregues, devidamente corrigidos. Pede que a multa seja calculada a partir da divergência entre a escrita fiscal e os novos valores do Registro 74.

Arremata a sua manifestação, requerendo que sejam retificadas as infrações 01, 04 e 06, bem como declarada a improcedência das demais infrações.

À folha 417, a 2ª JJF decidiu por baixar o feito em diligência com vista a que o processo fosse encaminhado às autuantes, com vistas à produção de nova informação fiscal.

Às folhas 420 a 422, as autuantes produziram uma nova informação fiscal, deduzindo o que segue.

Quanto à infração 01, mantiveram inalterados os valores constantes no demonstrativo de débito refeito, às folhas 367 a 375, pois argumentam que houve equívoco por parte do patrono da autuada. Informam que a íntegra do demonstrativo de débito se encontra no CD à folha 366A. Por conseguinte, mantiveram a exigência fiscal no valor de R\$ 3.327,04 em agosto de 2011.

Quanto à infração 02, reafirmam que, de fato, a autuada não se apropriou de crédito nos CFOP's 1556 e 2556, mas o fez através de outros CFOP's. Menciona o código 6557. Acostam cópia de notas fiscais e seus respectivos lançamentos. Imprimem um resumo do Livro Registro de Entradas para demonstrar que o valor lançado no livro RAICMS contém o mesmo valor do LRE.

Quanto ao crédito indevido lançado no CFOP 2152, contestado pela autuada, alegam que é legítima a sua cobrança porque houve apropriação indevida do crédito.

Quanto à infração 06, informam que inúmeras intimações foram feitas e prazos foram concedidos sem êxito, o que resultou no presente lançamento fiscal. Observam que a correção dos arquivos ocorreu posteriormente à lavratura do auto de infração. Observam, ainda, que estes últimos arquivos continuam apresentando inconsistências.

Pedem a manutenção do lançamento.

Constam às folhas 435 a 439, prova do reconhecimento e do parcelamento do débito relativo às infrações 03, 04 e 06.

Esse é o relatório.

VOTO

Preliminarmente, constato que o crédito tributário e a apuração da sua base de cálculo foram devidamente explicitados, de acordo com os demonstrativos de débito contidos na mídia às folhas 66 e 67. Houve, ademais, indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação infringidos, os quais guardam correspondência com os dispositivos regulamentares próprios. Entendo, portanto, que o presente processo se encontra revestido das formalidades legais.

No mérito, quantos às infrações 03, 04 e 06, noto que a autuada reconheceu o débito e, ato contínuo, requereu parcelamento, o que faz desaparecer a lide tributária nestes pontos. Tenho-as como procedente.

Quanto à infração 01, a acusação fiscal consistiu em “Utilizou indevidamente crédito fiscal referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária ...”. Em sua impugnação, a autuada nega o fato em relação a uma parte das mercadorias, ao argumento de que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, tais como “Travessa Chilli P” e “Óculos natação bichi”. Em relação às demais mercadorias, a autuada admite que se creditou indevidamente, mas alega que não houve prejuízo ao Estado, já que se debitou na saída das mesmas.

Em sua informação fiscal, as autuantes acataram as alegações defensivas no que se refere às mercadorias excluídas da substituição tributária, tendo, contudo mantido a autuação naquilo que se reporta às demais mercadorias.

Em nova manifestação, a autuada reconhece o acatamento de parte de suas alegações, tendo contudo apontado erro de soma no mês de agosto de 2011.

Em nova informação fiscal, as autuante explicam que não houve erro de soma, pois a íntegra do relatório se encontra na mídia anexada ao processo, à folha 366A.

Examinando o CD acostado à folha 366A, é possível notar que, de fato, o valor total do débito no mês de agosto de 2011 é R\$ 3.237,04, conforme alegam as autuantes, e não R\$ 345,88 como indica o contribuinte à folha 407, assistindo razão ao fisco neste ponto.

Quanto às demais mercadorias sujeitas à substituição tributária, noto que a empresa não contestou o fato que deu base à autuação, tendo, ao contrário, confessado o creditamento indevido. Contrapôs, contudo, a ocorrência de um fato modificativo do direito alegado, consistente no recolhimento do imposto na saída subsequente das mercadorias. Deixou, contudo, de fazer prova do quanto alega, não se desincumbindo do ônus processual em evidenciar o pagamento do tributo exigido, circunstância que, uma vez provada, poderia converter a exigência fiscal em penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Assim, entendo que a infração 01 se encontra parcialmente caracterizada, no montante de R\$ 8.252,84, em conformidade com o demonstrativo de débito acostado à mídia à folha 366A, planilha “Plan1”.

Quanto à infração 02, a acusação fiscal consistiu em “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para o uso e consumo do estabelecimento ...”. A autuada opôs-se ao lançamento afirmando que não se apropriara de crédito nos CFOP’s “1556” e “2556”.

As autuantes demonstram, na informação fiscal, que a apropriação indevida aconteceu sob o manto de outros códigos, conforme cópias de Danfe’s e do livro fiscal, às folhas 376 a 384.

Examinando os elementos acostados aos autos, é possível constatar que os itens listados nos documentos fiscais 3695, 4088 e demais listados pelas autuantes enquadram-se, efetivamente, como material de uso e consumo, não ensejando o direito ao crédito.

Entendo, portanto, que a infração 02 se encontra caracterizada.

Quanto à infração 05, a acusação fiscal consistiu em “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 ...”. A autuada não nega o fato, mas alega que não há incidência de imposto em tais operações.

Quanto à alegação de que não incide ICMS sobre as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, entendo que não merece acolhida a tese empresarial, pois tais operações se enquadram no campo de incidência do imposto.

De fato, é importante que se diga que a doutrina inspiradora do legislador constituinte não é uníssona ao delimitar o aspecto material da regra matriz de incidência do ICMS, pois o conceito de “circulação” goza, ao menos, de três vertentes teóricas distintas, denominadas: teorias da Circulação Física, Circulação Econômica e Circulação Jurídica.

A doutrina restritiva adotada pela impugnante (Circulação Jurídica) entende que o campo de incidência do tributo estadual em comento restringe-se àquelas operações nas quais haja mudança da titularidade jurídica da propriedade das mercadorias. Já a Doutrina da Circulação Física, ampliativa, possui uma compreensão distinta, defendendo que basta que se verifique a circulação física das mercadorias para que a operação se enquadre no campo de incidência delimitado pela matriz constitucional. Uma terceira vertente teórica (Circulação Econômica), a mais restritiva de todas as teorias, advoga a tese de que não basta que haja mudança da propriedade do bem, mas requer que tal ocorra no âmbito do ciclo de escoamento do produto, ao longo da cadeia de distribuição da mercadoria, com destino ao consumo.

Diferentemente do que prega a corrente, a transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica (circulação física) não se encontra fora do campo de incidência do ICMS, pois foi o próprio legislador complementar que assim interpretou a matriz constitucional, ao editar o art. 12, cujo inciso I tem o seu teor abaixo reproduzido.

“Art. 12. 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;

...”

Assim, entendo que não merece reparo a autuação neste ponto. Tenho por procedente a infração 05.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, sendo parcialmente procedente a infrações 01 e totalmente procedentes as infrações 02, 03, 04, 05 e 06, devendo ser homologados os valores eventualmente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 115484.0001/14-3, lavrado contra UNIÃO DE LOJAS LEADER S/A, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$10.121,38, acrescido da multa de 60%, prevista art. 42, incisos VII, alínea “a” II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor

total de **R\$ 156.335,87**, previstas no art. 42, inciso II, alínea “d”, e da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 384.616,44**, prevista no inciso XIII-A, alínea “i”, ambas da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, de acordo com a Lei 9.837/05. Devendo ser homologados os valores eventualmente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de janeiro de 2016.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA