

A. I. Nº - 279462.0014/14-1
AUTUADO - NOVA CASA BAHIA S/A
AUTUANTES - NILDA BARRETO DE SANTANA, MARIA DE FÁTIMA ARAÚJO D' OLIVEIRA
SANTOS e ANNA CRISTINA ROLLEMBERG NASCIMENTO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06/06/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0104-03/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTA. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. Infração reconhecida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. b) MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Itens subsistentes. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Revisado o lançamento em sede informação fiscal reduzindo o débito com a exclusão do levantamento fiscal das aquisições oriundas dos Estados de Sergipe e Goiás de colchões e cama Box a partir de 01/03/2012, em decorrência da adesão destes Estados ao Protocolo nº 109/09, através do Protocolo nº 99/11. Infração parcialmente caracterizada. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. b) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Infrações reconhecidas. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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. Cabível a exigência de multa de

60% sobre o valor do imposto não recolhido por antecipação, conforme o art. 42, II, “d”, Lei nº 7.014/96. O sujeito passivo não traz ao processo qualquer prova capaz de elidir a acusação fiscal. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2014, exige o débito, no valor de R\$6.827.890,87, conforme demonstrativos às fls. 31 a 148 e CD à fl. 149, em razão do cometimento das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.06. Utilização indevida crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2012 a abril de 2013. Exigido o valor de R\$351.092, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 31 a 50 - Anexo I;

Infração 02 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em razão de alíquota diversa da prevista na legislação de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2012 a março de 2013. Exigido o valor de R\$65.559,90, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 51 a 72 - Anexo II;

Infração 03 - 06.01.01. 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 ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a abril de 2013. Exigido o valor de R\$91.877,28, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 73 a 78 - Anexo III;

Infração 04 - 06.02.01. 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, nos meses de janeiro a abril de 2013. Exigido o valor de R\$50.684,14, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 79 a 84 - Anexo IV;

Infração 05 - 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, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2012 e janeiro, março e abril de 2013. Exigido o valor de R\$477.978,21, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 85 a 103 - Anexo V;

Infração 06 - 04.05.02. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas 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 estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de janeiro de 2011 e 2012, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas. Exigido o valor de R\$50.682,86, acrescido da multa de 100%. Demonstrativos às fls. 104 a 118 - Anexo VI;

Infração 07 - 04.05.08. Falta recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2011. Exigido o valor de R\$1.479,55, acrescido da multa de 100%. Demonstrativos às fls. 119 a 121 - Anexo VII;

Infração 08 - 04.05.09. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo

com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente de omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício fechado de 2011. Exigido o valor de R\$1.021,46, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 122 a 124 - Anexo VIII;

Infração 09 - 07.15.05. Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias com fins de comercialização proveniente de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, fevereiro e abril de 2013. Exigido o valor de R\$5.718.778,94. Demonstrativos às fls. 125 a 143 - Anexo IX;

Infração 10 - 07.01.03. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de abril, julho a dezembro de 2012, janeiro a abril de 2013. Exigido o valor de R\$18.467,61. Demonstrativos às fls. 144 a 148 - Anexo X.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fls. 235 e 236, apresenta impugnação, fls. 159 a 215, articulando os seguintes argumentos.

No tocante à infração 01, observa que duas impugnações serão realizadas neste item. Uma referente ao erro encontrado no demonstrativo encaminhado e a segunda referente ao enquadramento dos produtos que não estão sujeitos ao regime de Substituição Tributária, mas sim ao regime normal de tributação do ICMS.

Apresenta lista, fl. 160, exemplificando itens arrolados no demonstrativo do levantamento fiscal onde a coluna da base de cálculo está zerada, mas na coluna do crédito indevido consta valor para composição do valor da infração. Assevera que se a base de cálculo encontra-se zerada, é impossível existir o chamado “crédito indevido”.

Aponta a existência de Produtos Não Sujeitos ao Regime de Substituição Tributária autuados por utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária. Explica que notadamente as mercadorias sujeitas ao ICMS-ST devem constar expressamente da relação de mercadorias do Anexo 1 do Dec. 13.780/2012. Arremata frisando que sem a referida menção expressa em obediência a legalidade e tipicidade, não se pode tratar a mercadoria como sujeita ao regime de substituição tributária ou antecipação do ICMS.

Relaciona alguns exemplos, fl.161, para demonstrar sua discordância com o enquadramento das mercadorias na substituição tributária, especialmente com relação à “Tampas de Vidro e Pias” e “Cadeiras Automotivas para Crianças”. Destaca que a Fiscalização considerou as operações de Cadeiras Automotivas para Crianças, Tampo de Vidro e Tampo para Pia Inox, como sendo passível de tributação na modalidade “substituição tributária”, quando na verdade são operações de tributação normal do ICMS, aplicando-se o princípio da não cumulatividade. Registra que não concorda com a inclusão de tais itens na chamada substituição tributária, por existir a necessária previsão legal para tanto no RICMS do Estado da Bahia. Reproduz ensinamentos de Roque Antônio Carraza, para ilustrar seu argumento.

Lembra que o Anexo 1 do Dec. 13.780/12, tipifica as mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária no Estado da Bahia. Observa que no referido anexo não consta a descrição expressa das mercadorias de Cadeiras Automotivas para Crianças, Tampo de Vidro ou Tampo para Pia Inox, de forma, ausente a previsão específica, impossível o enquadramento dos itens no regime de ICMS-ST. Neste sentido, trás a colação trecho de decisão da 2ª JJF deste CONSEF no julgamento do Auto de Infração nº 09218513/01.

Com relação ao Tampo de Vidro ou Tampo para Pia Inox, informa que detém atual denominação Via Varejo e incorporou a Nova Casa Bahia, e obteve perante o Poder Judiciário, através de Mandado de Segurança nº 0370999-33.2013.8.05.0001, que tramita perante a 3ª Vara da Fazenda

Pública de Salvador, sentença favorável para suspender a cobrança de ICMS antecipação sobre referidos produtos, conforme trecho da sentença que reproduz. Arremata frisando que os códigos NCMs 7005.1.00 (chapa de vidro flotado) e 7324.1.00 (Artefatos de higiene ou toucador), por força de Sentença Judicial da 3ª Vara da Fazenda Pública da Bahia, não estão enquadradas no regime de ICMS-ST, motivo pelo qual, a presente infração também deve ser afastada.

Diz que as Cadeiras Automotivas para Crianças prevista no Anexo 1 do Dec. 13.780/12, consta no item 28 da relação de mercadorias a seguinte descrição “Peças, Componentes, e acessórios para veículos automotores”. Afirma que as mercadorias acima destacadas (Cadeiras, Booster e Bebe Conforto), não possuem qualquer relação ou tipificação com peças, componentes ou acessórios veículos automotores. Destaca ser verdadeira a presente afirmação pelo fato de não se encontrar como opção de acessório em qualquer concessionária ou loja de veículos do país a opção de se adquirir as mercadorias em questão.

Assevera que, sendo assim, não utilizou crédito indevido de ICMS sobre tais produtos, devendo os mesmos serem excluídos da Infração 01 do presente Auto de Infração.

Em relação à infração 03, inicialmente registra que esse item da autuação tem como fundamento “deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento”.

Assegura que a presente infração desrespeita posição definitiva do Superior Tribunal de Justiça, que já pacificou a transferência de ativo fixo entre estabelecimento do mesmo contribuinte como operação isenta de tributação de ICMS, independentemente do tempo de permanência.

Ressalta, que o Estado da Bahia exige no presente lançamento do pagamento do ICMS, portanto obrigação principal e em momento algum a fiscalização se posiciona sobre a irregularidade de obrigações acessórias.

Destaca que, consultando o entendimento do Poder Judiciário sobre a questão de transferência de mercadorias entre estabelecimento da mesma instituição para ativo fixo, uso e consumo, verifica-se pacificado o assunto e inclusive com a publicação de súmula sobre a não incidência do ICMS em favor da Fazenda Estadual.

Transcreve o teor da A Súmula 166 do STJ, e reproduz trecho do voto e ementas de julgados sobre a matéria pelo STJ de relatoria do Ministro Luiz Fux, para assevera que a transferência de ativo fixo encaminhado para outro estabelecimento da mesma empresa, como vista são isentas do pagamento do ICMS.

Ressalta que no presente caso, Não se configura o fato gerador do ICMS que é “a realização de operações relativas a circulação de mercadorias”, conforme dispõe o inciso I, art. 1º da Lei nº 7.014/96. Continua mencionando que, como já pacificado pelo Poder Judiciário não se materializou a tradição da mercadoria em questão, pois permanece na propriedade da mesma titular. Alinhava revelando que o simples tráfego entre Estados da Federação não pode ser considerado como circulação, já que este instituto pressupõe a tradição de propriedade.

Afirma que o entendimento pacífico do STJ, é indevido o ICMS nos casos de transferência para o mesmo titular, mesmo que a operação seja interestadual.

Arremata observando que o lançamento atinente à infração 03, por medida de justiça deve ser anulado, cancelando o ICMS cobrado, podendo os Tribunais Administrativos adotarem decisões judiciais uniformizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, como fundamento de suas decisões.

Quanto à infração 04, inicialmente assinala que este item da autuação tem como fundamento “deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento”.

Pondera grande questão é que a acusação fiscal desrespeita posição definitiva do Superior Tribunal de Justiça, que já pacificou a transferência de mercadorias para consumo entre estabelecimento do mesmo contribuinte como operação isenta de tributação de ICMS.

Ressalta que o Estado da Bahia exige no presente lançamento do pagamento do ICMS, portanto obrigação principal e que em momento algum as autuantes se posicionam sobre a irregularidade de obrigações acessórias.

Diz que consultando o entendimento do Poder Judiciário sobre a questão de transferência de mercadorias entre estabelecimento da mesma instituição para uso e consumo, verifica-se pacificado o assunto e inclusive com a publicação de súmula sobre a não incidência do ICMS em favor da Fazenda Estadual.

Revela que não se está diante do fato gerador do ICMS que é “a realização de operações relativas a circulação de mercadorias”, conforme dispõe o inciso I, art. 1º da Lei nº 7.014/96, uma vez que, conforme já pacificado pelo Poder Judiciário, não se materializou a tradição da mercadoria em questão, pois permanece na propriedade da mesma titular. Remata assinalando que o simples tráfego entre Estados da Federação não pode ser considerado como circulação, já que este instituto pressupõe a tradição de propriedade.

Conclui reprisando o mesmo pedido de anulação pugnado para a infração 03.

Ao cuidar da infração 05, antes de adentrar ao mérito da autuação menciona que consta no levantamento fiscal aplicação de MVA em percentual diferente do previsto no RICMS referente a Colchões com alíquota em nota fiscal de 12%, cujo exemplos lista à fl. 184. Observa que a alíquota é de 12% e a MVA aplicada é de 98,18%, quando o correto seria de 87,52%.

Com relação ao mérito da infração, afirma que as mercadorias trazidas no demonstrativo de cálculo não estão sujeitos ao regime de Substituição Tributária, mas sim ao regime normal de tributação do ICMS.

Registra que, conforme planilha demonstrativa da Infração, elaborada pela própria Fiscalização, foram consideradas as mercadorias de Tampo de Vidro e Tampo para Pia para base de cálculo e cita alguns exemplos, colacionados às fls. 184 e 185.

Desta forma, temos que a Fiscalização considerou as operações de Tampo de Vidro e Tampo para Pia Inox, como sendo passível de tributação na modalidade “substituição tributária – antecipação total”. Revela não concordar com a inclusão de tais itens na chamada substituição tributária, vez que não existe a necessária previsão legal para tanto no RICMS do Estado da Bahia.

Trás a colação trechos de ensinamentos do professor Roque Antônio Carraza, que ensina como deve ser a atuação da Administração Pública dentro da norma legal.

Frisa que o Princípio da tipicidade específica e o da legalidade estrita, ambos inerente à atuação da Auditoria Fiscal deve ser obedecido, não podendo a mesma estender a tipificação do Anexo 86 do Dec. 6.284/97 e Anexo 1 do Decreto 13.780/12. Revela que o Anexo 86 do Dec. 6.284/97 e o Anexo 1 do Dec. 13.780/12, tipifica as mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária no Estado da Bahia.

Diz ter verificado que os Anexos não constam as mercadorias de “Tampo de Vidro” ou “Tampo para Pia Inox”, de forma, ausente a previsão específica, impossível o enquadramento dos itens no regime de ST - Antecipação Total.

Neste sentido, cita jurisprudência do CONSEF através de reprodução parcial de ementa relativa ao julgamento pela 2ª JF do Auto de Infração nº 092118513/01.

Informa que atualmente detém a denominação Via Varejo e incorporou a Nova Casa Bahia, e que obteve perante o Poder Judiciário, através de Mandado de Segurança nº 0370999-33.2013.8.05.0001, que tramita perante a 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, sentença

favorável para suspender a cobrança de ICMS antecipação sobre referidos produtos, cujo trecho da referida sentença reproduz.

Relata que os NCM, 7005.1.00 (chapa de vidro flotado) e 7324.1.00 (Artefatos de higiene ou toucador), por força de Sentença Judicial da 3ª Vara da Fazenda Pública da Bahia, não estão enquadradas no regime de ICMS-ST, motivo pelo qual, a presente infração também deve ser afastada.

Diz encaminhar, em anexo, íntegra a referida sentença, para reforçar a inexigibilidade desta autuação.

Observa que de acordo com a planilha demonstrativa da Infração, elaborada pela própria Fiscalização, foram consideradas as bases e cálculo de colchões e segmentos, conforme exemplifica à fl. 189, revelando que todas as mercadorias do segmento de colchões foram remetidas pelos Estados do Ceará, Goiás, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe. Pontua que desses Estados, Goiás e Sergipe são signatários em conjunto com Bahia do Protocolo ICMS 109/09 que em sua Cláusula Primeira e §1º determina quem é o responsável pelo recolhimento do ICMS - ST e suas respectivas antecipações, cujo teor reproduz.

Menciona que, conforme o Anexo 1 do Dec. 13.780/12, item 15.1, o RICMS do Estado da Bahia reconhece o Protocolo ICMS 109/09 dos Estados de Goiás e Sergipe e portanto se submete as regras de recolhimento. Prossegue esclarecendo que, dessa forma, o Estado da Bahia deve autuar o contribuinte do Estado Remetente, que é sujeito passivo por substituição tributária e o único responsável pela retenção e recolhimento, inclusive diferença de alíquota interna do ICMS do Estado destinatário.

Afirma ser ilegal, a exigência estampada na infração 05, já que por força do protocolo ICMS 109/09, não é o sujeito passivo dos produtos encaminhados por estabelecimentos dos Estados de Goiás e Sergipe.

Menciona que o estabelecimento remetente, substituto tributário, também está definido na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93: “Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios e Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente”.

Informa que o citado Convênio também regulamenta a sujeição à legislação do Estado destinatário das mercadorias conforme Cláusulas Oitava e Nona.

Conclui afirmando não ser o sujeito passivo da hipótese de incidência apontada na infração 05.

No que diz respeito às infrações 09 e 10, suscita nulidade dessas duas infrações pela impossibilidade determinar a natureza desses itens da autuação.

Reproduz o teor da infração 09 para destacar a conduta irregular que lhe fora atribuída. Revela que conforme a própria descrição da infração, o Fisco lhe imputa a falta de recolhimento de ICMS na Antecipação Tributária, de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação.

Diz que, analisando detidamente o quadro analítico da infração, constata-se que a fiscalização somente aplicou multa de por cento, sem imputar a cobrança do ICMS que imputa não ter sido recolhido com a capitulação legal na Lei 7.014/96, art. 12-A e art. 42, inciso II, alínea “d”.

Sustenta que a descrição do fato gerador apontado pela Fiscalização não corresponde ao fundamento legal aplicado, de modo que sua defesa fica prejudicada pela confusão de argumentos do Fisco.

Indaga que afinal, deve defender-se da ausência de recolhimento do ICMS interestadual por antecipação, ou de pagamento do ICMS por antecipação intempestivo.

Assevera que, conforme o RPAF-BA/99, a determinação da infração deve ser clara e objetiva, de modo a não deixar dúvidas ao Contribuinte, sob pena de nulidade, conforme §1º do artigo 18, que reproduz.

Sustenta que persiste dúvida quanto a natureza da infração, conforme acima explicitado, de modo que a nulidade é insanável, por implicar diretamente no cerceamento de defesa, por não saber de qual conduta imputada pela fiscalização deve defender-se.

Afirma que a fiscalização já tem a sua disposição todas as informações prestadas pelo Contribuinte, mensalmente, por arquivos eletrônicos e controle de estoque, de modo que, quando lavra Auto de Infração, não pode apenas basear-se em mera presunção.

Destaca que consoante multa aplicada pelo Fisco - art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, a sanção refere-se a pagamento de ICMS por antecipação realizado fora do prazo legal, ou seja, após o vencimento da obrigação. Diz ser óbvio, que a obrigação principal, o pagamento do ICMS, foi devidamente adimplida, até porque a Fiscalização não cobrou o imposto das competências relacionadas na presente infração.

Diz constar do Auto de Infração a data de vencimento da obrigação, qual seja, todo dia 09 de cada mês, conforme determina o RICMS/BA, e em seguida aplicou a multa isolada de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96. Contudo, frisa que o §4º do art. 8º, da Lei 7.014/96 dispõe data diversa de vencimento da antecipação do ICMS.

Informa que, no caso de antecipação tributária, o vencimento da obrigação ocorre no momento que a mercadoria ingressa no Estado da Bahia, e não no dia 09 de cada mês, como apontou a Fiscalização. Assevera que tal apontamento é de suma importância, uma vez que a Fiscalização, em nenhum momento, comprovou a data de ingresso das mercadorias que lista no Anexo no território Baiano, uma vez que limitou-se a listar as notas fiscais de cada competência, constando apenas a data de emissão de cada uma delas, o que, nem de longe, significa a data de ingresso das mercadorias no Estado da Bahia. Arremata sustentando não ser possível a Fiscalização aplicar a sanção do art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96, sem se desvincular do ônus de comprovar a data de ingresso da mercadoria no Estado.

Observa que consultando o anexo enviado pela Fiscalização, denominado “CD Nova Casa Bahia Antec Parcial”, verifica-se que não consta a data de ingresso das mercadorias no Estado da Bahia.

Indaga que, se o fato gerador do ICMS Antecipado é o ingresso das mercadorias no território baiano, como pode o Fisco se desvincular de comprovar tal fato.

Diz ser sabido que a Secretaria da Fazenda possui Postos Fiscalizadores ao longo das fronteiras do Estado da Bahia com outros Estados da Federação. E desse modo, afirma que a única forma de cobrança do ICMS Antecipação seria a autuação diretamente na barreira fiscal, e não através de fiscalização a distância.

Alerta que a autuação, neste caso, definiu como data de vencimento da obrigação o dia 09 de cada mês, o que lhe causa estranheza, além de dificultar sua defesa. Por isto, sustenta ser necessária a declaração de nulidade da presente infração, pois está demasiadamente confusa, e sem qualquer tipo de comprovação do fato gerador da multa cobrada.

Prossegue aduzindo que, em sendo afastado o argumento com relação a data de vencimento (barreira fiscal) que entende ser absolutamente embasada no RICMS e suficiente para anular esses lançamentos, mas esta Junta entenda por manter a cobrança do presente Auto de Infração, é de suma importância lembrar que, não se cobra a obrigação principal, qual seja, o recolhimento do ICMS, mas apenas e tão somente uma multa de 60% pelo suposto pagamento intempestivo.

Afirma que não houve prejuízo algum para o Estado da Bahia e que a fiscalização apenas aplicou a penalidade de 60% sobre o valor da obrigação principal a título de multa moratória, ou seja, aquela aplicada para fins de coibir o atraso de pagamento. Continua explicando que, por se tratar

de uma multa meramente moratória, o percentual de 60% revela-se abusivo, confiscatório e, principalmente, imoral, pois a Administração Pública tenta enriquecer-se com fulcro em poucos dias de atraso de pagamento.

Reproduz o inciso IV do art. 150 da CF/88, para asseverar sua clareza ao vedar o confisco e destacar não ser razoável que uma simples multa moratória atinja 60% do valor da obrigação principal, lhe retirando todo seu lucro da operação.

Frisa que se trata de uma multa meramente moratória, ou seja, aquela gerada pelo pagamento intempestivo, não se tratando de nenhuma ilegalidade cometida pelo contribuinte. Afirma que a multa aplicada deve ser compatível com a infração cometida, com a conduta perpetrada, e com o prejuízo para a administração pelo cometimento da infração.

Diz não parecer razoável que, por “deixar de pagar em dia”, tenha de arcar com a desmedida multa de 60% da obrigação principal, retirando-lhe a competitividade e o lucro de sua operação. Acrescenta que, neste sentido, os Tribunais Brasileiros estão afastando as multas abusivas, com caráter eminentemente confiscatório.

Afirma que o STF considera razoável o patamar de vinte por cento para multas moratórias, por considerar que este percentual abarca a equação de forçar o contribuinte a cumprir a obrigação, mas não seja tão abusiva que acabe revelando-se custo acima do permitido pela Carta Magna, com caráter confiscatório.

Ressalta que, durante o julgamento do RE 582.461/SP, a Ministra Ellen Gracie deixou bem clara a posição da Suprema Corte acerca do patamar aceitável para multa moratória, reproduzindo trecho da decisão. Observa que a Suprema Corte não consideraria como válido um patamar de multa moratória acima de 20%, por já considerar este valor extremamente oneroso ao contribuinte.

Lembra, estar se tratando de uma mera multa moratória, destinada a punir atraso de pagamento, não de se tratando de punir uma conduta irregular ou ilegal do contribuinte, como dolo, fraude ou simulação.

Registra que, não por outro motivo, o ordenamento jurídico federal instituiu a multa moratória de 20% para todos os tributos federais, conforme art. 59 da Lei 8383/91. Menciona que, a legislação federal adota a multa de mora de 20%, com redução para 10% caso o pagamento seja realizado até o mês subsequente do vencimento, para todos os tributos administrados pela Receita Federal, dentre os quais, destacamos PIS, Cofins, CSLL, IRPF, IRPJ, II, IE etc.

Pontua que, conforme o entendimento do STF no RE 582.461/SP, qualquer multa moratória acima de 20% deve ser considerada confiscatória, por desrespeitar o binômio “conduta perpetrada/dano causado”.

Explica que o art. 112 do CTN expõe um dos princípios mais importantes contra a atuação abusiva do Fisco, que prescreve exemplificadamente algumas situações “in dubio contra fiscum”.

Transcreve lições do mestre Ives Gandra da Silva Martins em sua obra Comentários ao CTN contribui consideravelmente no entendimento e consagração do Princípio “*in dubio contra fiscum*”, expondo síntese de suas idéias.

Revela ser de praxe para na matéria tributária, o contribuinte, considerado a parte mais fraca nesta relação, tem ao seu lado princípios que equilibram a relação entre as partes, fato este inerente aos regimes dos Estados Democráticos que buscam através dos Direitos e Garantias Individuais frear a atuação do Estado em detrimento dos interesses particulares. Remata frisando que, nestes termos, sempre que houver dúvida quanto à formação de uma idéia, deverá a mesma sempre pender para o lado favorável do contribuinte, que é e sempre será a parte mais fraca na relação Fisco - Contribuinte.

Observa que art. 37 da CF/88 prescreve que a atuação da administração pública, onde se insere o órgão julgador de primeira instância administrativa, prolator da decisão ora impugnada, deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Explica que o órgão administrativo julgador, seja ele monocrático ou colegiado, não deve submissão ao princípio da hierarquia funcional. Continua assinalando que o servidor público investido no cargo ou função de decidir deve posicionar-se de forma equidistante dos interesses em conflito entre a administração e o particular. Assevera que admitir submissão ao princípio da hierarquia funcional seria o mesmo que ignorar os princípios constitucionais concernentes à igualdade das partes, à proibição do juízo de exceção e os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Tece comentários sobre o princípio do juiz natural, com base nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da CF/88, reproduzindo ensinamentos da lavra autor Nelson Nery. Menciona que o tribunal de exceção, por sua vez, é aquele criado ou designado por deliberação legislativa ou executiva, para julgar casos específicos, consumados ou não, podendo o tribunal ser criado até mesmo posteriormente ao fato in concreto a ser ‘julgado’. Diz tratar-se, na verdade, de um tribunal sob encomenda, para julgar com parcialidade, para beneficiar ou prejudicar alguém.

Sustenta que o princípio do juiz natural tem por finalidade precípua garantir um julgamento justo, que deve aplicado aos órgãos judiciários e aos órgãos administrativos de julgamento, independentemente de ser órgão julgador singular ou colegiado, pois está expresso na Constituição que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” - art. 5º, LV da CF/88.

Ressalta que não assegurar a neutralidade do órgão administrativo julgador, singular ou colegiado, mediante submissão integral ao princípio do juiz natural, é o mesmo que fazer do contraditório e da ampla defesa um nada.

Lembra que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que estabelece “normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.”

Pondera que, ao ignorar os preceitos legais e constitucionais concernentes ao processo administrativo tributário, o servidor público comete desvio de poder, por omissão que, nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello consiste na “utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição”. Observa que Maria Sylvia Zanella Di Pietro afasta dos órgãos administrativos de julgamento do controle hierárquico quando afirma: “A segunda modalidade de órgãos que estão fora da hierarquia são justamente os órgãos administrativos encarregados do processo administrativo tributário. Diz ser verdade que principalmente os órgãos de 1ª instância exercem outras funções além dessas funções julgadoras, e, nessas outras funções, estão integrados na hierarquia. No entanto, assevera que no tocante, especificamente, às decisões no processo administrativo fiscal, não estão integrados na hierarquia; também não obedecem a ordens, não seguem instruções; eles têm que agir com imparcialidade.” Diz que, igualmente, Ruy Cirne Lima proclama que a jurisdição administrativa funciona “fora do âmbito da escala hierárquica.”

Destaca que o Princípio da Igualdade, também deve ser aplicado nos julgamentos de Instância administrativa, promovendo uma análise objetiva e imparcial dos fatos e meios legais alegados por ambas as partes.

Conclui, pelos motivos expendidos, pugnano a improcedência das Infrações 01, 03, 04, 05, 09 e 10 do Auto de Infração.

Requer que às intimações referente ao cumprimento de qualquer exigência do presente Auto de Infração sejam encaminhadas para Avenida Brigadeiro Luiz Antonio, nº 388 - 6º andar - Conjunto

63 - Bela Vista - São Paulo - SP; CEP- 01318-000, em nome de João Alécio Pugina Junior, OAB/SP nº 175.844, sob pena de nulidade.

As autuantes prestam informação fiscal, às fls. 302 a 321, articulando os argumentos a seguir resumidos.

De início destaca das dez infrações lançadas no presente processo, foi efetuado o pagamento integral das infrações 02, 06, 07 e 08, pois consta no sistema de arrecadação da SEFAZ que em 22/01/2015 o contribuinte efetuou o recolhimento de R\$155.687,40, correspondente às infrações supracitadas, conforme se pode comprovar através do extrato de pagamento em anexo.

Revela que de acordo com art. 122, inciso I, do RPAF-BA/99 para as infrações 02, 06, 07 e 08, considera-se extinto o crédito tributário correspondente.

No que diz respeito ao mérito das demais infrações articulou as seguintes ponderações.

Quanto à Infração 01 esclarecem que o art. 356 do RICMS-BA/97 veda a utilização do crédito fiscal de mercadorias enquadradas no regime de antecipação e/ou substituição tributária.

O autuado diz não reconhecer os valores exigidos para as mercadorias - cadeiras automotivas p/crianças, booster p/auto, bebê conforto, tampos de vidro p/mesa, tampos de pia inox, caixa Oneal e caixa Lennox, porque tais mercadorias não estariam inseridas no regime de substituição tributária.

Alegam não concordar com a inclusão dessas mercadorias na substituição tributária, por entender que não existe previsão legal para tanto. Faz seu arrazoado trazendo uma citação do professor Roque Carrazza e uma decisão do CONSEF sobre a substituição tributária de “piso esmaltado” em condições e circunstâncias totalmente diferentes do objeto deste lançamento.

Afirmam que as mercadorias tampos de vidro p/mesa, tampos de pia inox foram inseridas na substituição tributária através do Protocolo 104/09, o Protocolo de Materiais de Construção, e pela inserção do item 40 no art. 353, inciso II do RICMS-BA/97, através do Dec. 12.534, com efeitos a partir de 01/01/11, cujo teor reproduzem, bem como transcrevem de trecho do Anexo Único do aludido Protocolo.

Frisam que também as Notas Explicativas - NESHS, dos respectivos NCMs, contemplam os produtos tampo de pia inox e tampo de vidro temperado.

Observam que a substituição tributária instituída no Protocolo 104/09 é objetiva, atribuída ao produto - tampo de vidro e pia inox - independentemente da atividade comercial de quem revende.

Reproduzem manifestação da DITRI na Consulta 148.222/2011-2.

Quanto à menção de que a empresa possui liminar em mandado de segurança, esclarecemos que essa liminar foi concedida com o fim específico de suspender a exigibilidade do crédito tributário. No entanto, o que se discute perante o Conselho de Fazenda é a constituição do crédito tributário através do lançamento de ofício. São fases distintas do crédito tributário, sendo que para a segunda (constituição do crédito), não houve nenhum mandamento judicial no sentido impeditivo de fazê-lo.

Ponderam que por serem conceitos tão comuns no mundo jurídico e tão bem sedimentados junto aos operadores do direito, consideramos desnecessário trazer citação sobre a diferença entre ambos. Destacam que com o mesmo entendimento, frisa que assim decidiu o CONSEF no auto de Infração 279462.0001/13-9, dessa mesma empresa no Acórdão JJF Nº 0024-02/14 cujo teor do voto transcreve.

Quanto aos assentos automotivos para crianças - bebê conforto, booster p/auto e cadeira p/auto – afirma terem temos o mesmo entendimento, pois conforme dispõe o art. 353, inciso II, item 30 do RICMS-BA/97, todos os acessórios para uso exclusivamente automotivo estão inseridos na

substituição tributária independentemente do NCM do produto. Apesar do NCM não constar no Protocolo 41/98, os assentos automotivos são acessórios para veículos automotores, estando, portanto, listados no art. 353, inciso II, item 30, sujeitos ao regime de substituição tributária na modalidade antecipação tributária, cujo teor transcrevem.

Quanto à Infração 03 registram que o impugnante se insurge sobre a cobrança da diferença de alíquota de ICMS sobre as transferências interestaduais de mercadorias para ativo fixo do estabelecimento, trazendo aos autos diversas doutrinas e decisões do STJ no intuito de afirmar ser indevido o lançamento aqui efetuado.

Explicam que sendo o ICMS um imposto de competência estadual e tendo o agente fiscal atividade vinculada aos ditames legais, compete a este observar se operações praticadas pelo contribuinte estão ou não em acordo com a legislação estadual, não sendo a ele facultado lançar ou deixar de lançar o crédito tributário de forma diversa à estabelecida na legislação estadual. Acrescentam mencionando que o sujeito passivo domiciliado na Bahia, se sujeita às normas de ICMS aqui vigentes.

Arrematam asseverando que o crédito tributário desta infração está respaldado nos seguintes dispositivos legais: a) no inciso XV do art. 4º da Lei 7.014/96; b) no art. 1º, §2º, inciso IV, do RICMS-BA/97, cujo teor transcrevem.

Sustentam que adotando esse entendimento, decidiu o Conselho de Fazenda da Bahia modo semelhante, haja vista o Acórdão JF N° 0207-05/11, ratificado pela decisão proferida no Acórdão CJF N° 0368-12/12.

No que diz respeito à Infração 04, informam que para esta infração, o contribuinte traz os mesmos argumentos da infração anterior. Explicam que por serem infrações similares, diferindo apenas quanto à questão das mercadorias serem para o ativo imobilizado ou para uso e consumo do estabelecimento, a legislação que rege tal matéria é a mesma. Concluem mantendo a autuação para esta infração com os mesmos fundamentos apontados para a infração 03.

No que diz respeito à Infração 05, destaca que, nesta infração o fisco exige o pagamento do ICMS por antecipação tributária para as mercadorias - aparelhos de telefonia celular, colchões, tampos de vidro p/mesa e tampos p/pia inox - porque tais mercadorias foram adquiridas de unidades da federação não signatárias dos protocolos 135/06, 190/09 e 104/09 respectivamente, conforme listado nas planilhas do Anexo V à fl.85.

Depois de reproduzir o art. 371 do RICMS-BA/97, esclarece que em relação aos aparelhos de telefonia celular (celular e chip), todas as aquisições são provenientes de unidades da federação não signatárias do Protocolo 135/06 (AM, SP, PE), portanto, a responsabilidade pela antecipação tributária é do adquirente.

Destacam que relação aos tampos de vidro p/ mesa e tampos p/ pia inox (tp vd, tp p/pia inox), todas as aquisições são provenientes de unidades da federação não signatárias do Protocolo 104/09 (RJ, PE, SE), portanto, reafirma que a responsabilidade pela antecipação tributária também é do adquirente.

As alegações defensivas de que os tampos de vidro p/mesa e tampos p/pia inox não são mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária, tais questionamentos já foram devidamente esclarecidas no texto da Infração 01.

Quanto aos colchões (colchões e cama box), ressaltam que os estados de GO e SE aderiram ao Protocolo 109/09 através do Protocolo 99/11, passando à condição de substituto tributário a partir de 01/03/2012. Já os estados de PE e RN não são signatários desse Protocolo, não sendo, consequentemente, substitutos tributários de colchões. Assim, informam que somente serão excluídas as aquisições de colchões provenientes de GO e SE a partir de 01/03/2012.

Logo, afirmam que se excluindo do levantamento fiscal os Colchões e Cama Box provenientes de SE e GO, a partir de 01/03/2012, o Demonstrativo de Débito desta infração passa a ter os valores

relacionados no novo demonstrativo que acostam à fl. 315, resultando no valor remanescente de R\$459.453,99, consoante demonstrativo analítico, fls. 329 a 344.

Quanto às infrações 06, 07 e 08, informam que para esses itens da autuação o contribuinte efetuou o pagamento integral da mesma, ficando, portanto, extinto o crédito tributário lançado.

No que pertine à Infração 09, frisa que nessa infração, foi lançada a multa formal de 60% (sessenta por cento) sobre o valor do imposto que deixou de ser recolhido na data estabelecida na legislação: dia 25 do mês subsequente à entrada da mercadoria no estabelecimento; ou seja, o contribuinte foi multado por cometer um ato ilícito: deixar de pagar o ICMS sobre antecipação parcial no prazo determinado pela legislação, conforme dispõe o art. 12-A da Lei 7.014/96, cujo teor transcreve.

Registra que o fisco somente lançou o crédito tributário da multa porque a própria Lei, em seu art. 42, §1º, dispensou o lançamento do crédito do imposto correspondente.

Esclarece que apesar de o impugnante transcrever textualmente os art. 12-A e 42, inciso II, fl. 193, demonstrando conhecer a obrigação tributária de efetuar o recolhimento do ICMS sob a forma de antecipação parcial, esqueceu-se de verificar que o §1º deste mesmo artigo dispensou o lançamento do imposto devido por antecipação parcial, permanecendo somente a exigência da multa.

Depois de frisar alegação da defesa de que é possível que a fiscalização aplique a sanção do artigo 42, inciso II, alínea “d”, da lei 7.014/96, sem se desvincular do ônus de comprovar a data de ingresso da mercadoria no Estado da Bahia, revela resalta que o impugnante se contradiz, uma vez que, ora afirma que o fisco já tem conhecimento das operações efetuadas pelo contribuinte, ora afirma que o fisco não tem conhecimento das operações efetuadas pelo contribuinte, afirmando também que o fisco estaria lançando crédito tributário sob “mera presunção”.

Esclarece que é fato, que desde o Exercício 2011 as grandes empresas estão obrigadas a enviar as informações da Escrituração Fiscal Digital - EDF (livros de Registro de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS), onde o fisco tem acesso imediato à movimentação de bens e mercadorias realizadas pela empresa. Não bastasse isso, informa que o fisco também tem acesso aos dados de cada nota fiscal emitida ou recebida pelo contribuinte em tempo real, através do sistema de emissão de Nota Fiscal Eletrônica - NFe.

Revela que, apesar da defesa do autuado ignorar, este contribuinte solicitou e lhe foi concedida Autorização Especial para proceder ao recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente à entrada da mercadoria no estabelecimento, conforme processo 027170/2011-0, de 16/02/2011, com cópia em anexo.

Admitem que a única correção que se admite nesta infração é a data de vencimento do débito, que, ao invés de ser dia 09 do mês subsequente como está lançada, deve ser o dia 25 do mês subsequente, pois assim dispõe a legislação supracitada.

Quanto à alegação de ser o percentual da multa aplicado abusivo e/ou confiscatório, asseveram que o mérito desta questão foge à alçada de discussão por parte da fiscalização, pois assim dispõe o art. 142 do CTN.

Quanto à infração 10 ressaltam que, conforme consta à fl. 192, o contribuinte optou por fazer a defesa desta infração conjuntamente com a infração anterior trazendo os mesmos argumentos para ambas.

Afirmam que os esclarecimentos trazidos à infração 09 servem perfeitamente para esclarecer a motivação do lançamento efetuado nesta infração.

Observam que as provas materiais e alegações, acostadas aos autos, fls. 159 a 215 pelo contribuinte, foram devidamente analisadas, sendo acatadas parcialmente somente aquelas referentes à infração 05, que serviu para modificar o valor do ICMS lançado. Frisam que as

demais não trazem nenhum fato novo capaz de modificar o crédito tributário lançado no restante das infrações deste processo.

Concluem enfatizando que, esclarecidos todos os argumentos trazidos pela defesa ao presente processo, reafirmam a legitimidade do crédito lançado neste Auto de Infração.

O impugnante, ao tomar ciência da informação fiscal prestada pela autuantes, se manifesta às fls. 352 a 361, reprisando integralmente as razões de defesa articuladas na impugnação.

Conclui reiterando seu pleito para que as infrações 01, 03, 04, 05, 09 e 10 sejam julgadas improcedentes.

As autuantes prestam nova informação fiscal, fls. 366 a 370, acerca da manifestação do impugnante nos termos resumidos a seguir.

Em relação à infração 01, informam que os dados trazidos nas planilhas Anexo I, fls. 30 a 50, foram extraídos da escrituração fiscal do contribuinte, conforme a fonte que consta no rodapé das planilhas, mais precisamente do livro Registro de Entradas de Mercadorias constante da Escrituração Fiscal Digital - EFD e demonstra a forma como o contribuinte escriturou as respectivas notas fiscais.

Observam que para algumas notas foi informado o valor da base de cálculo e o valor do imposto e para outras, somente o valor do imposto. No entanto, esclarecem que em ambas as formas de escrituração, o autuado se apropriou do valor do imposto.

Dizem que contabilmente, ao lançar no registro de entradas o “valor do imposto” significa que o mesmo será apropriado, pois no fechamento mensal da escrituração o somatório total dos créditos lançados nesta coluna será utilizado sob o título “crédito por entradas de mercadorias”, o que é vedado pela legislação. Explicam que por ocasião do lançamento destas notas fiscais, o contribuinte deveria lançar na coluna “valor do imposto” o valor “zero” e não o valor destacado na nota fiscal de entrada correspondente, uma vez que, quando a mercadoria é submetida ao regime de substituição tributária fica encerrada a fase de tributação da mesma e conseqüentemente vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais à ela correspondente, consoante previsão expressa no art. 356 do RICMS-BA/97 que reproduzem.

No tocante à alegação da defesa de que “não houve qualquer manifestação da auditora fiscal com relação a essas alegações o que denota a concordância com a argumentação da defesa, dessa forma os lançamentos não procedem”, à fl. 353, afirmam que, muito pelo contrário, não se manifestaram especificamente sobre este item por imaginar que o patrono do autuado tinha conhecimento sobre a forma como se faz o lançamento contábil das notas fiscais no livro Registro de Entradas de Mercadorias.

Por fim, asseveram ser cediço, que a forma de escriturar as operações é definida pela legislação, se o contribuinte faz de forma contrária estará sujeito às sanções do fisco.

Quanto à Infração 05 esclarecem que não se manifestaram em relação à aplicação da MVA de 98,18% das operações oriundas de SE e GO porque as mesmas foram excluídas da infração porque acataram as razões da defesa, conforme informado na Informação Fiscal, fls. 313 a 315 anterior e a planilha corrigida.

No que diz respeito às alegações trazidas no item III-A, fl. 355, reafirmam que, conforme consta no art. 371 do RICMS-BA/97, cujo teor transcreve, e dito anteriormente à fl. 314, quando uma determinada mercadoria está submetida ao regime de substituição tributária e é adquirida de UF não signatária do respectivo Convênio ou Protocolo, a responsabilidade pela antecipação tributária do imposto recai sob o adquirente. Arrematam sustentando que o sujeito passivo desta relação tributária é o adquirente, no caso em lide, a Nova Casa Bahia S/A.

Quanto ao item III - B, onde a defesa terce seus comentários sobre a mercadoria “Colchões e Segmentos”, fl. 357, esclarecem que já foram acatadas as razões do contribuinte que serviram

para modificar o montante do débito apurado nesta infração; conforme considerações feitas anteriormente às fls. 314 e 315.

Ao tratar das demais alegações sobre a sujeição passiva trazidas neste item, observam que são divagações teóricas sem fundamentação no direito tributário. Continuam esclarecendo que a sujeição passiva por substituição tributária é pactuada entre os entes federativos através de convênios e protocolos, institutos estes autorizados pela regra maior, ou seja, a Lei Complementar 87/96, reproduzindo o art. 9º. Explicam que esta é a regra geral que rege a substituição tributária interestadual. Revelam que, complementarmente a esta regra, e para que se dê a uniformidade de tributação da mercadoria, é que existe a antecipação tributária na entrada (de responsabilidade do adquirente) para exigir o ICMS-ST quando a mercadoria é oriunda de unidades de Federação não signatária de convênio ou protocolo.

Depois de transcreverem os artigos 10 e 11 da Lei 7.014/96 e o art. 371 do RICMS-BA/97, afirma que se a mercadoria é adquirida de UF signatária a responsabilidade pelo pagamento do ICMS-ST é do remetente, se a mercadoria é adquirida de UF não signatária a responsabilidade pelo pagamento do ICMS-ST é do adquirente, conforme descrito no já citado art. 371 do RICMS-BA/97.

Arrematam asseverando que as demais alegações não trazem qualquer fato capaz de modificar o crédito tributário lançado nas infrações deste processo. Frisam que são repetições de fatos já alegados anteriormente ou argumentação desprovida de elementos que mereçam apreciação.

Concluem reafirmando a legitimidade do crédito lançado no Auto de Infração.

Constam às fls. 373 a 382, extratos do Sistema de Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT de pagamento efetuado pelo sujeito passivo de parte da exigência originalmente lançada de ofício.

Considerando que o autuado assevera haver decisão judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário exigido em relação aos itens “Tampo de Vidro e Tampo para Pia Inox”, arrolados no levantamento fiscal. Explica que atualmente detém a denominação Via Varejo e incorporou a Nova Casa Bahia, e que obteve perante o Poder Judiciário, através de Mandado de Segurança nº 0370999-33.2013.8.05.0001, que tramita perante a 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, sentença favorável para suspender a cobrança de ICMS antecipação sobre referidos produtos, cujo trecho da referida sentença reproduz. Constatado também que os referidos itens foram objeto de infração correlata no bojo do AI Nº **279462.0001/13-9** e obtiveram decisão favorável ao impugnante no Acórdão CJF nº 0349-11/14, que com base no aludido Mandado de Segurança suspendeu a exigência do crédito tributário. Esta 3ª JF decidiu converter os autos em diligência, fl. 385, para que as autuantes elaborassem e acostassem aos autos novos demonstrativos de apuração e de débito das infrações 01 e 05 totalizando, de forma separada, as operações, por período mensal, para os produtos “Tampo de Vidro e Tampo para Pia Inox” em suas diversas modalidades de apresentação, nomenclaturas e marcas.

As autuantes apresentaram o resultado da diligência, fls. 389 a 430, informando que efetuaram a separação dos valores dos produtos “Tampo de Vidro e Tampo para Pia Inox” dos demais itens nos demonstrativos por elas elaborados nos Anexos I, fls. 30 a 50 e do Anexo V, fls. 329 a 344, que resultaram nos seguintes valores: infração 01 (**R\$54.688,98** + R\$296.671,94 = R\$351.360,92) e infração 05 (**R\$14.858,09** + R\$463.120,12 = R\$477.978,21).

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência, o impugnante se manifesta às fls. 436 a 438, pugnando pela nulidade do lançamento em relação a esses dois itens da autuação, tendo em vista que o valor total contido na Informação Fiscal, fl. 391, é diferente da soma dos valores constantes às fls. 427 e 430. Explica que o valor total na coluna “Tp Vidro + TP Inox” é de R\$14.858,09 da infração 05 e que na fl. 427 - R\$3.418,74 e na fl. 430, R\$22.127,09, que totalizando corresponde à R\$25.545,83. Arremata frisando que remanesce a insegurança diante da apresentação de dois valores distintos para o mesmo cálculo. Conclui o defendente requerendo a improcedência das infrações 01 e 05.

As autuantes prestam nova informação fiscal, fl. 443, esclarecendo que a diferença entre o somatório das planilhas constantes às fls. 427 e 428, (Demonstrativo do ICMS Devido por Antecipação Total - Mercadorias ST - Exercícios de 2012 e 2013) corresponde a R\$10.687,74 referente às operações do mês de fev/13 com Tampo Vidro e Tampo Inox. Explicam que o valor não foi lançado no Demonstrativo, fl. 391, porque originariamente não houve lançamento de Diferença de ICMS-ST a Recolher naquele mês, como se pode observar na planilha, fl. 99 e no Auto de Infração, fl. 03, ou seja no mês de fevereiro de 2013, considerando o total das operações realizadas pelo autuado, o valor do ICMS recolhido foi superior ao apurado pelo fisco em R\$1.452,22, não havendo, portanto, diferença a lançar no Auto de Infração.

Intimado a tomar ciência da informação prestada pelas autuantes, fls. 449 e 450 o defendente não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF-BA/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Verifico também que não deve prosperar a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante relativa às infrações 09 e 10, sob a alegação de impossibilidade de se determinar a natureza dessas infrações. Eis que, a acusação fiscal atinente a esses dois itens da autuação afigura-se estampada de forma clara e objetiva ao explicitar que se trata de “multa aplicada sobre a parcela do imposto que deixou de ser pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente - infração 09 e, a infração 10 também aplica “multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.” Todas acompanhadas do respectivo enquadramento legal e da correspondente tipificação legal da multa sugerida pela fiscalização. Como se depreende da forma direta em que foram veiculadas as irregularidades cometidas, está sendo exigida a multa pelo fato de que, apesar das saídas posteriores das operações arroladas no levantamento fiscal terem sido tributadas normalmente, o imposto devido não fora recolhido tempestivamente, consoante expressa previsão legal. Logo, consoante discriminação pormenorizada explicitada nos “Anexos IX e X”, acostados às fls. 125 a 148 e na mídia CD, fl. 148, resta nitidamente determinada a natureza dessas duas infrações e, portanto, considero ultrapassada a questão de preliminar de nulidade relativa a essas duas infrações.

O presente Auto de Infração exige crédito tributário do ICMS no valor total de R\$6.827.890,87, em decorrência do cometimento de dez infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, referente aos exercícios de 2012 e 2013. Considerando que o sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações 02, 06, 07 e 08, tendo, inclusive realizado o recolhimento dos valores lançados de ofício, portanto, restam mantidas as imputações a elas atinentes. Em consequência, subsiste a lide somente em relação às infrações nº 01, 03, 04, 05, 09 e 10.

No mérito a infração 01 cuida da utilização indevida crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme demonstrativos acostados às fls. 31 a 44.

A imputação se fundamenta na previsão estatuída pelo art. 356 do RICMS-BA/97 que veda a utilização do crédito fiscal pelo adquirente a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

Em sede de defesa o autuado se insurge da acusação fiscal inicialmente alegando erro no demonstrativo de apuração por constam itens arrolados onde não figura qualquer valor na coluna

“BC. Indevida”, ou seja, estão zerados, e que por isso diz entender ser impossível existir o “Crédito Indevido” apurado na coluna seguinte do demonstrativo.

As autuantes ao prestarem informação fiscal esclareceram que a exigência fiscal foi apurada com base na escrituração fiscal digital - EFD do autuado, conforme consta no rodapé da planilha. Sustentam que o autuado para algumas notas fiscais informou o valor da base de cálculo e o valor do imposto e para outras somente o valor do imposto e em ambas as formas de escrituração se apropriou do valor do imposto.

Assim, não deve prosperar a alegação do impugnante de que ocorrera erro no demonstrativo de apuração.

No tocante a alegação de que a mercadoria “Cadeira Automotiva para Crianças”, arrolada no levantamento fiscal não se encontra enquadrada no regime de Substituição Tributária, também não se sustenta, haja vista ser indubitoso o alcance de todos os acessórios para uso exclusivo em veículos automotores previsto que se encontra expressamente no item 30, do inciso II, do art. 353 do RICMS-BA/97.

Quanto aos itens “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox” alegados pela defesa como ausente a previsão específica no regime de substituição tributária, observo que não procede a alegação da defesa, uma vez que o Protocolo ICMS nº 104/09 inclui em seu Anexo Único, bem como a DITRI-SEFAZ já se manifestou sobre a matéria no Parecer 148.222/2011-2, esclarecendo a sujeição desses itens ao regime de substituição tributária.

Em relação à informação do autuado que detém atual denominação Via Varejo e incorporou a Nova Casa Bahia, e obteve perante o Poder Judiciário, através de Mandado de Segurança nº 0370999-33.2013.8.05.0001, que tramita perante a 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, sentença favorável para suspender a cobrança de ICMS antecipação sobre os itens “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox”, conforme trecho da sentença que reproduz, matéria que também já foi objeto de autuação no Auto de Infração nº 279462.0001/13-9, lavrado contra o impugnante e julgado pela 2ª JF - ACÓRDÃO JF Nº 0024-02/14 e pela 1ª CJF - ACÓRDÃO CJF Nº 0349-11/14, esta 3ª JF converteu os autos em diligência para que fossem separados esses itens do demonstrativo de apuração pelas autuantes. Como se verifica à fl. 391, no demonstrativo elaborado pelas autuantes os valores das operações com “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox” no período fiscalizado totalizam R\$54.688,98, do total apurado da infração 01 R\$351.360,92, e o restante R\$296.671,94, correspondem a outras mercadorias.

Logo, resta evidenciado que as operações atinentes as demais mercadorias no valor de R\$296.671,94, estão sujeitas ao pagamento antecipado do ICMS.

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

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

No que pertine à escolha da via judicial pelo sujeito passivo, o art. 117, do RPAF-BA/99 estabelece:

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

Estando o processo judicial está relacionado ao lançamento do ICMS correspondente às operações com as mercadorias “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox”, sem julgado de Decisão final. Dessa forma, em relação ao mérito da questão, a análise dessas operações no valor de R\$54.688,98, fica prejudicada pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário.

Concluo pela subsistência parcial da infração 01 no valor de R\$296.671,94, e prejudicado o valor remanescente de R\$54.688,98, correspondente às operações com as mercadorias “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox” em discussão no âmbito do Poder Judiciário.

Quanto às infrações 03 e 04, cuidam da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, respectivamente, destinadas ao ativo fixo e a consumo do estabelecimento autuado.

A exigência objeto dos itens 03 e 04 da autuação encontra-se lastreada na expressa determinação do inciso XV, do art. 4º da Lei 7.014/96.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado à operação ou prestação subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto.”

E regrada pelo RICMS-BA/12:

“Art. 305

[...]

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

I - o valor resultante da aplicação da alíquota cabível à base de cálculo prevista para a operação ou prestação tributada, obtendo-se o valor a ser lançado na escrita fiscal do contribuinte; II - o valor dos créditos estornados;

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;”

O autuado, em relação a esses dois itens da autuação aduziu que, por se tratar de transferências de mercadorias destinadas ao ativo fixo e ao consumo entre estabelecimentos do mesmo titular, inexistem circulação de mercadorias e, por conseguinte não se configura fato gerador do ICMS que é a realização de operações relativas a circulação de mercadorias, conforme dispõe o inciso I, do art. 1º da Lei 7.014/96.

Observei que o impugnante não apontou qualquer inconsistência em relação aos demonstrativos de apuração elaborados pelas autuantes discriminando a origem do débito apurado, fls. 73 a 78 e 79 a 84.

Entendo que não há como prosperar a pretensão do impugnante, tendo em vista que previsão legal estatuída no dispositivo legal supra reproduzido, se refere, indistintamente sem qualquer exceção, a entradas de mercadoria ou bem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente. Portanto, a acusação fiscal afigura-se devidamente amparada pela legislação tributária do Estado da Bahia, que não distingue operações aquisições, de operações de transferência entre estabelecimento do mesmo titular, ao se reportar expressamente em entradas.

Aliás, esse tema, de há muito, foi dirimido pelo Convênio ICMS 19/91 que dispõe sobre o tratamento tributário nas operações interestaduais de bens do ativo imobilizado ou de material de uso e consumo, em sua cláusula primeira, inciso II, determina que:

Cláusula primeira. Nas operações interestaduais, relativas a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de bens integrados ao ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo, observar-se-á:

[...]

II – nas entradas no estabelecimento destinatário, este pagará o diferencial de alíquota, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre a base de cálculo constante da alínea “a” do inciso anterior, na forma prevista na legislação de cada unidade da Federação.

Nestes termos, fica evidenciado 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 aquisição, já que em ambos os casos são passíveis de tributação pelo ICMS.

Concluo pela subsistência das infrações 03 e 04.

A infração 05 diz respeito à 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, no montante de R\$477.978,21, conforme demonstrativo às fls. 85 a 102.

As mercadorias arroladas no levantamento fiscal são aparelhos de telefonia celular, colchões, tampos de vidro p/mesa e tampos p/pia inox. Tais mercadorias foram adquiridas de unidades da federação não signatárias dos Protocolos 135/06, 109/09 e 104/09, portanto, a responsabilidade pela antecipação tributária é do adquirente consoante previsão expressa do art. 371 do RICMS-BA/97.

Constato que as autuantes acataram as razões de defesa e refizeram o levantamento fiscal em relação à aplicação da MVA nas operações oriundas de Sergipe e Goiás e em relação ao item colchões tendo em vista que os Estados de Sergipe e Goiás aderiram ao Protocolo 109/09 a partir de 01/03/2012. Como resultado, ao refazerem o demonstrativo de débito, fl. 315, resultou na redução do débito para R\$459.453,99.

Em relação aos itens “Tampos de Vidro para mesa” e “Tampo de Vidro para Pia”, cuja alegação da defesa se repetiu de forma idêntica a ofertada na infração 01, as autuantes não acolheram.

Entretanto, essa 3ª JJF, da mesma forma adotada na infração 01 converteu os autos em diligência para que as autuantes separassem no levantamento fiscal os itens “Tampos de Vidro para mesa” e “Tampo de Vidro para Pia”, pelo fato de serem objeto da liminar concedida ao autuado tributária para as mercadorias - respectivamente, conforme listado nas planilhas do Anexo V à fl. 85. cujo resultado consta à fl. 391.

As autuantes apresentaram o resultado da diligência, fls. 389 a 430, com demonstrativo de débito acostado à fl. 391, informando que extraíram as operações com os produtos, “tampo de vidro” e “tampo p/pia inox” da planilha “Demonstrativo do ICMS Devido por Antecipação Total - Mercadorias e Débito Mercadorias ST”, fls. 329 a 344, e indicando o valor histórico de R\$477.978,21, decomposto separadamente em R\$14.858,09(Tp Vidro + Tp Inox) e R\$463.120,12(Outras Mercadorias).

Ao compulsar o demonstrativo elaborado pelas autuantes, fl. 391, e as planilhas analítica constato que, apesar das autuantes afirmarem que extraíram os dados das planilhas às fls. 329 a 344, elaboradas por ocasião da informação fiscal, para a elaboração do demonstrativo elaborado no atendimento da diligência, constato que os valores históricos indicados que totalizam R\$477.978,21, são os constantes dos demonstrativos originalmente acostados às fls. 85 a 104. Ou seja, as autuantes não contemplaram as alterações por elas realizadas por ocasião da informação fiscal, fl. 315 e 329 a 344.

Partindo do valor histórico R\$459.453,99, fls. 315, apurados pelas autuantes por ocasião da informação fiscal ao excluirmos do levantamento os itens Colchões e Cama Box, a partir de 01/03/2012, remanesce o valor de R\$444.595,90, para Outras Mercadorias e o valor de R\$14.858,09, correspondente às operações com as mercadorias “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox”.

No que diz respeito à alegação da defesa, ao se manifestar acerca do resultado da diligência, questionando suposta incongruência entre o somatório dos valores apurados no demonstrativo sintético, fl. 391 e analítico, fls. 392 a 430, acolho a explicação apresentada pelas autuante, identificando que a diferença apontada de R\$10.687,74 refere-se às operações do mês de fev/13 com Tampo Vidro e Tampo Inox, cujo valor não foi lançado no Demonstrativo, fl. 391, porque originariamente não houve lançamento de Diferença de ICMS-ST a Recolher naquele mês, como se pode observar na planilha, fl. 99 e no Auto de Infração, fl. 03.

Dessa forma, resta evidenciado que as operações atinentes as “Outra Mercadorias” no valor de R\$444.595,90, estão sujeitas ao pagamento antecipado do ICMS, portanto, afigura-se parcialmente

caracterizada a infração 05.

Já o valor de R\$14.858,09, correspondente às operações com as mercadorias “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox”, do mesmo modo que na infração 01, objeto do Mandado de Segurança, cuja medida cautelar que foi deferida pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia, fica suspensa a sua exigibilidade, não sendo impedido o lançamento pelo Fisco, para assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de Decisão judicial desfavorável ao contribuinte.

Concluo pela procedência parcial da infração 05 no valor de R\$444.595,90, e prejudicado o valor remanescente de R\$14.858,09, correspondente às operações com as mercadorias “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox” em discussão no âmbito do Poder Judiciário, conforme demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO 05

Data Ocorr	Data Vcto	B Cálculo	Aliq %	Valor Histórico	Tp Vidro + Tp Inox	Outras Mercadorias	Multa
31/01/2012	09/02/2012	132,24	17	22,48		22,48	60%
28/02/2012	09/03/2012	2.555,47	17	434,43		434,43	60%
30/04/2012	09/05/2012	1.177,71	17	200,21	200,21	0,00	60%
31/05/2012	09/06/2012	131,41	17	22,34	22,34	0,00	60%
30/06/2012	09/07/2012	58.910,88	17	10.014,85	6,32	10.008,53	60%
31/07/2012	09/08/2012	185.553,12	17	31.544,03	162,82	31.381,21	60%
31/08/2012	09/09/2012	402.701,65	17	68.459,28	1.476,57	66.982,71	60%
30/09/2012	09/10/2012	557.202,47	17	94.724,42	946,09	93.778,33	60%
31/10/2012	09/11/2012	310.261,06	17	52.744,38	562,36	52.182,02	60%
30/11/2012	09/12/2012	302.576,59	17	51.438,02		51.438,02	60%
31/12/2012	09/01/2013	470.095,00	17	79.916,15	42,03	79.874,12	60%
31/01/2013	09/02/2013	189.103,29	17	32.147,56	1.467,91	30.679,65	60%
31/03/2013	09/04/2013	191.833,47	17	32.611,69	9.841,71	22.769,98	60%
30/04/2013	09/05/2013	30.436,18	17	5.174,15	129,73	5.044,42	60%
T O T A I S				459.453,99	14.858,09	444.595,90	

No que diz respeito às infrações 09 e 10 que cuidam da exigência de multa percentual, respectivamente, sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial nas aquisições interestaduais para fins de comercialização e sobre o imposto devido que deveria ser pagão por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo nas aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária. Todas devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente.

A exigência legal do recolhimento tempestivo, tanto da antecipação parcial, quanto da antecipação tributária está preconizada, respectivamente, nos artigos 12-A e 8º, inciso II, da Lei 7.014/96.

O presente Auto de Infração imputa ao sujeito passivo a exigência de multa por recolhimento intempestivo das obrigações supra aludidas, prevista no inciso II, alínea “d” do art. 42 da Lei 7.014/96.

Sobre a matéria, assim estabelece o §1º do art. 42 do citado diploma legal:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

[...]

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

[...]

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, 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”;

Em sede de defesa, o impugnante, além das questões de ordem preliminar na já enfrentadas, alegou a falta de comprovação nos autos da data de entrada de ingresso das mercadorias em seu estabelecimento.

Do exame das peças que compõem esses itens da autuação constato que, efetivamente, não recolheu tempestivamente o imposto devido, haja vista, que o momento do recolhimento, em decorrência das operações objeto das infrações 09 e 10, deve ser efetuado, antes da entrada das mercadorias em território baiano, como expressamente determina o art. 332, do RICMS-BA/12, *in verbis*:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

[...]

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;

Constam dos autos que todas as operações arroladas no levantamento fiscal foram coligidas do livro Registro de Entradas do impugnante que integra sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, fornecida ao Fisco, conforme previsto no Convênio 143/2006. Ou seja, as datas adotadas no demonstrativo de apuração são as correspondentes ao ingresso das mercadorias no estabelecimento do defendente registradas em sua EFD. Portanto, resta, inequivocamente, comprovado que as mercadorias ingressaram em território baiano sem o devido recolhimento. Ademais, sob esse aspecto, inexistia qualquer controvérsia nos autos.

Assim, entendo que inexistia qualquer dúvida quanto à comprovação do fato gerador da multa aplicada. Não há como prosperar a alegação da defesa de ausência de comprovação da data de entrada das mercadorias no Estado da Bahia. Eis que, em relação à data de entrada, não vislumbro qualquer importância na apuração das irregularidades imputadas, uma vez que, comprovado o efetivo ingresso das mercadorias no estabelecimento autuado sem o recolhimento tempestivo do imposto, não se configura qualquer óbice a caracterização do cometimento das infrações e, muito menos afetou o pleno exercício de ampla defesa exercido pelo sujeito passivo. Ao contrário, comprovada a irregularidade e adotada a data de ingresso das mercadorias no estabelecimento, que, inexoravelmente, é a mesma ou posterior à entrada no território baiano, só traz benefício ao impugnante. Portanto, é indubitável que a apuração efetuada estritamente com base na escrituração fiscal do próprio autuado não se configura presunção, como aduziu o impugnante em suas razões de defesa.

Comungo com o entendimento manifestado pelas autuantes ao proceder à informação fiscal, uma vez comprovada a autorização de prazo especial, conforme se verifica do Parecer nº 3267/11, fls. 346 e 347, emitido pela DAT-METRO, credenciando o defendente para o pagamento do imposto até o dia 25 ao da entrada da mercadoria no estabelecimento. Logo, a data de vencimento de todos os períodos atinentes às infrações deve ser alterada para o dia 25 do mês subsequente ao da ocorrência.

Em relação à multa de 60% indicada nas infrações 09 e 10, saliento que a penalidade aplicada é legalmente prevista para a irregularidade apurada, estando conforme o previsto no art. 42, §1º c/c inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

No que concerne ao argumento de que a multa aplicada de 60% seria abusiva, de caráter confiscatório inconstitucional e confiscatória, observo que, em conformidade com o disposto no art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto ao pedido de redução da multa, sob o argumento de que não ocorrera prejuízo para o Erário Estadual, observo que é descabido nessa instância de julgamento administrativo fiscal, tendo em vista que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal.

Concluo pela subsistência das infrações 09 e 10 com a alteração das datas de vencimento em todos os períodos mensais de apuração para o **dia 25 do mês subsequente** à data de ocorrência.

No tocante à solicitação do defendente para que as intimações referentes ao cumprimento de qualquer exigência do presente Auto de Infração sejam encaminhadas para Avenida Brigadeiro Luiz Antonio, nº 388 - 6º andar - Conjunto 63 - Bela Vista - São Paulo - SP; CEP- 01318-000, em nome de João Alécio Pugina Junior, OAB/SP nº 175.844, observo que inexistente qualquer impedimento para que tal providência seja tomada pela Secretária deste CONSEF. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF-BA/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108 e 109 do RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restar integralmente procedentes as infrações 02, 03, 04, 06, 07, 08, 09 e 10, procedente em parte as infração 01 e 05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279462.0014/14-1**, lavrado contra **NOVA CASA BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.002.573,03**, acrescido das multas de 60% sobre R\$950.410,62, e de 100%, sobre R\$52.162,41, previstas no art. 42, inciso VII, alínea “a”, inciso II, alíneas “a”, “f” e “d”; e inciso III, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento da obrigação acessória, no valor de **R\$5.737.246,55**, previstas no inciso II, inciso “d”, do art. 42, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta 3ª JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA