

**A. I. Nº** - 279463.0017/14-3  
**AUTUADO** - NOVA CASA BAHIA S/A.  
**AUTUANTE** - WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR  
**ORIGEM** - IFEP - DAT/SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 20/03/2017

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0020-05/17**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO.** As mercadorias objeto da autuação se constituíam em equipamentos de informática, cujas operações possuem redução de base de cálculo, neste caso, o crédito há de ser proporcional. Infração caracterizada. **b) MERCADORIA ADQUIRIDA COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** É vedada a utilização de crédito fiscal de mercadorias com pagamento por antecipação tributária, cuja fase de tributação encontra-se encerrada. Infração subsistente. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** É devido o pagamento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de produtos destinados ao uso ou consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2014, exige ICMS no valor de R\$ 19.040,50, por meio das seguintes infrações:

**INFRAÇÃO 1** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. O contribuinte utilizou o crédito de 17% nas entradas de computadores e periférico, que estão beneficiados com redução da base de cálculo. Tais fatos estão demonstrados na planilha Demonstrativo de Crédito Indevido nas Aquisições Produtos de Informática. ICMS no valor de R\$17.198,20 e multa de 60%.

**INFRAÇÃO 2** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. ICMS no valor de R\$410,03 e multa de 60%.

**INFRAÇÃO 3** – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$1.432,27 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 24 a 45, de pronto informa que quitou integralmente a infração 2, pelo que solicita a baixa do débito no sistema da SEFAZ. No que pertine à infração 1, invoca o princípio da não cumulatividade, e ressalta a afirmação do Estado da Bahia, de que as saídas das mercadorias ocorreram com a alíquota reduzida. Na análise das planilhas apresentadas não existe qualquer comprovação de que isto tenha ocorrido, haja vista que o que existe é uma planilha de cálculo sem menção ao SINTEGRA ou apresentação das Notas Fiscais, prova que cabe ao fisco comprovar. Aduz que os fundamentos da descrição da autuação restringem e limitam o

direito de crédito de ICMS, o que contraria o princípio da não cumulatividade. Menciona a doutrina, Afirma que as saídas realizadas pela impugnante também ocorreram sem a redução de base de cálculo, com destaque nas respectivas notas fiscais com a aplicação de alíquota no percentual de 17%. Questiona qual o prejuízo ao erário, se recolheu ICMS em percentual maior do que o devido. Nesse sentido entende que a glosa realizada pelo Estado dos créditos da impugnante petrificam flagrante enriquecimento ilícito em desfavor do contribuinte, o que não é agasalhado pelo direito.

A infração 3 não procede pois houve transferência de mercadoria entre estabelecimento da mesma instituição, ocorrendo ausência de circulação de mercadoria. Exorta a aplicação da Súmula nº 166 e Recurso Repetitivo do STJ, ao tempo em que transcreve jurisprudência favorável a esse entendimento.

Ademais, o código de operação fiscal – CFOP apontado pela fiscalização é 2557, e tem como função classificar *“as entradas de materiais para uso ou consumo recebidos em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa.”*, portanto, aduz o impugnante, que não estamos diante do fato gerador do ICMS como dispõe o art. 1º, inciso I da Lei nº 7.014/96. Não houve a tradição da propriedade, logo não incide o ICMS, pelo que pede a improcedência da infração. Pede o benefício *“in dubio contra fiscum”*, art. 112, II do CTN.

O art. 37 da CF prescreve que a atuação da administração pública, onde se insere o órgão julgador de primeira instância administrativa, prolator da decisão recorrida, deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Lembra o princípio do juiz natural, em que somente o juiz competente poderá conhecer da causa, para se ter um julgamento justo. Também lembra a regra da igualdade, ou o princípio da igualdade. Pede a perícia fiscal e oferta quesitos, listados na fl. 43.

Reitera o pedido de improcedência da autuação e requer que as intimações 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.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 87 a 93, e quanto à infração 1 esclarece que o contribuinte utilizou crédito de 17% sobre produtos de informática que tem carga tributária reduzida. O demonstrativo analítico da referida infração encontra-se às fls. 05 a 07, onde foram listadas apenas as notas em que o crédito não foi devidamente apropriado. Invoca o art. 87, V, do RICMS/BA. Traz o Acórdão JF nº 0210-02/14, e menciona o Art. 155, II, § 2º, I da C. Federal.

Mantém a infração 1 na sua totalidade.

Quanto à infração 3, diz que aplicou, no caso em questão, o art. 4º, inciso XV do RICMS/97, que prevê a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

O sujeito passivo, após o julgamento do presente PAF, pela 5ª JF, do que resultou a sua Procedência, consoante o Acórdão JF Nº 0074-05/15, de fls. 101 a 104, ingressou com Recurso Voluntário, fls. 115 a 127, provido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no qual foi acolhida a preliminar de nulidade da Decisão *“a quo”*.

Consoante a mencionada Decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (A-0235-12/15), que apreciou a tese recursal no sentido de que a JF *“não se manifestou sobre a alegação defensiva atinente a anexos incompletos anexados pela fiscalização, entendido que o autuante não juntou qualquer comprovação documental da ocorrência dos fatos, registrando que existe uma planilha de cálculo sem menção ao SINTEGRA ou apresentação das Notas Fiscais”*, a Colenda CJF, por meio do Relator, trouxe o seguinte entendimento:

*“Pois bem, verificando que a Junta de Julgamento Fiscal deveria abordar o tema de maneira específica, tal como trazido pelo Sujeito Passivo, entendo que restou ferido o princípio da ampla defesa, fazendo-se mister a anulação da Decisão recorrida com a conseqüente devolução dos autos para a instância a quo para novo*

*juízo*”. (fls. 140 a 144)

O PAF foi diligenciado à inspetoria de origem, para que o autuante adotasse as seguintes providências: “1 – *Proceda à juntada da comprovação documental da ocorrência dos fatos geradores, posto que existe uma planilha de cálculo sem menção ao SINTEGRA ou apresentação das Notas Fiscais. A defesa é enfática no sentido de que as saídas ocorreram sem redução de base de cálculo, com destaque de alíquota igual ao da entrada, logo não teria ocorrido prejuízo para o Estado*”.

Foi salientado que após a juntada dos documentos, o contribuinte deveria ser cientificado da diligência, fornecendo-lhe o prazo de 60 (sessenta) dias para que pudesse se manifestar. Também foi dito que o autuante deveria prestar nova informação fiscal, após a manifestação do sujeito passivo.

O autuante em cumprimento ao solicitado informa que discorda do entendimento da 2ª Câmara em acatar os argumentos do contribuinte (fls. 162 a 163).

Salienta o agente fiscal que a planilha já citada relaciona as operações de entrada de mercadorias no estabelecimento do contribuinte, referente aos produtos de informática e nela constam, a seu ver, todos os elementos que comprovam a infração. Ou seja, explícita o produto, a data, o número da nota fiscal, a base de cálculo do ICMS, a alíquota a ser aplicado, o valor do imposto e a diferença do valor creditado a maior.

Ressalta que com esses dados pode afirmar que a autuação teve como base as entradas de tais mercadorias e, tendo em vista que o contribuinte é detentor da escrita fiscal e das notas fiscais, ele pode cotejar e conferir cada linha com os documentos fiscais. Por outro lado, salienta que a legislação estadual, já citada neste PAF, determina, e não faculta, que o contribuinte, ao proceder os lançamentos de entradas destes produtos, só utilizem os créditos até o montante máximo permitido para tais mercadorias. Isto decorre do fato de que estão sujeitas à redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária seja de 7% (produtos de informática em geral) e 12% (notebooks e assemelhados). Desta forma, aduz que a infração está caracterizada e não necessita que se comprovem as saídas subseqüentes, que foram tributadas desta ou daquela maneira.

Quanto à argumentação de que não haveria prejuízo ao erário estadual se as saídas ocorreram com a mesma tributação, ou seja, com a alíquota cheia, talvez pudesse ser aceita se todas as mercadorias que entraram tivessem sido vendidas ou transferidas, sem restar nada em estoque e, logicamente, se todas fossem tributadas com a alíquota cheia.

Argumenta que também não se pode falar em enriquecimento ilícito por parte do Estado, pois o contribuinte pode, dentro do prazo decadencial, solicitar a restituição dos indébitos.

Embora discorde, cumpre com a obrigação e apresenta, em anexo, planilha extraída dos arquivos magnéticos do contribuinte (EFD), onde pode ser comprovado que nas saídas subseqüentes o tratamento tributário ocorreu com as alíquotas de 7%, 12% como também de 17%.

O contribuinte após ser cientificado do resultado da diligência, manifesta-se, fls. 171 a 174, e reclama do fato de que o auditor fiscal, mesmo detendo posicionamento de que não é necessária a complementação das informações prestadas no lançamento inicial, acabou por anexar uma planilha, que supostamente seria complementar e suficiente ao esclarecimento dos fatos geradores diagnosticados. Contudo, sustenta o sujeito passivo que a planilha apresentada pela fiscalização em Excel, não comprova a existência de fato gerador, isto porque não esclarece como as Notas Fiscais de Entrada foram escrituradas. Ressalta que o ônus de comprovar é do fisco e que a planilha apenas informa as alíquotas diferenciadas em 17%, 12% e 7%, o código CFOP, valor Base de Cálculo e o ICMS, logo não tem valor legal.

Argumenta que a fiscalização fez questão de enfatizar que se trata apenas de um exemplo, como pode ler no título da Planilha “*Relação das Vendas de Produtos de Informática do Exercício de 2013*” – Exemplo. Também que a fiscalização não cumpriu a determinação do CONSEF, mas

apenas exemplificou, com base em uma planilha, lançamentos de saída.

Entende que se faz necessário que o fisco comprove documentalmente as entradas sem redução. Reitera que os anexos iniciais do Auto de Infração continuam incompletos e a planilha, ora anexada, não acrescenta valor probatório ao lançamento.

O Estado da Bahia afirma que as saídas das mercadorias ocorreram com a alíquota reduzida, mas, na análise das planilhas apresentadas, não existe qualquer comprovação de que isto tenha ocorrido. Novamente informa que existe uma planilha de cálculo sem menção ao SINTEGRA ou apresentação das notas fiscais, prova esta que cabe ao Ente Público.

Reitera todos os argumentos realizados em sede de impugnação administrativa e Recurso Voluntário, anulando-se os lançamentos realizados.

Pede a improcedência do Auto de Infração, anulação dos lançamentos fiscais, isentando a impugnante do recolhimento de qualquer imposto, multa ou acréscimos legais.

Requer que as intimações sejam encaminhadas ao subscritor, pena de nulidade.

O autuante manifesta-se, fls. 182 a 184, e no mérito aduz que a questão a ser enfrentada é a seguinte: O contribuinte utilizou ou não crédito indevido? O crédito que o contribuinte utilizou foi devidamente anulado nas suas saídas?

Relata que com a sistemática do SPED todos os documentos fiscais passaram a ser eletrônicos, ou seja, o SPED é o próprio livro do contribuinte. Assim, os documentos deixaram de ser impressos, sendo emitidos e processados eletronicamente. Desta forma, para verificação e comprovação dos dados escriturados, tem que utilizar planilhas auxiliares em programas disponíveis no mercado.

Foi o que aconteceu no caso em questão. Utilizou o programa SIAF para extrair os dados da EFD do contribuinte, e por meio do Programa Excel apresentou as planilhas já acostadas aos autos. Reafirma que a planilha guarda relação com a escrituração do contribuinte e que os dados nela constantes são suficientes para comprovar as infrações. Desse modo o contribuinte poderia facilmente descaracterizar a prova, pois na planilha constam, como já foi dito, todos os elementos e dados que a vincula à EFD do contribuinte.

Provado foi que na entrada houve créditos com alíquota diferente da devida e que nas saídas houve também operações nas diversas alíquotas. Desta forma pode afirmar que o contribuinte utilizou crédito indevido e este, não foi devidamente anulado nas saídas. Pede a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente ressalto que o pedido de diligência formulado pelo impugnante restou atendido, quanto aos esclarecimentos acerca dos anexos colacionados pela fiscalização, bem como sobre a falta de menção ao SINTEGRA ou a apresentação das Notas Fiscais.

É de notar que o autuante, esclareceu e salientou que a planilha de cálculo anexada às fls. 05 a 07 demonstra os Créditos indevidos nas aquisições de produtos de informática, quando foram utilizadas as alíquotas de 17%, quando deveriam ter sido utilizadas as de 7% e de 12%; e que as novas planilhas anexadas na diligência fiscal, fls. 164 a 166, traz a RELAÇÃO DAS VENDAS DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA EXERCÍCIO 2013 – EXEMPLO, nela constando saídas de produtos com a alíquota de 7%, 17%, e 12%.

Desse modo, entendo que a diligência atingiu a sua finalidade, qual seja atendeu ao reclamo do contribuinte de que deveria ser comprovado que ocorreram saídas com alíquotas de 7% e de 12%, para que assim ficasse justificada a utilização indevida de crédito fiscal, do qual é acusado. Este fato demonstra que as suas operações de saída não ocorreram, na sua totalidade, sem a redução de base de cálculo e com a aplicação de alíquota no percentual de 17%. Como os produtos de informática têm carga tributária reduzida, o crédito a ser apropriado deve respeitar os limites

impostos pela legislação.

Portanto, apesar de ter ocorrido a diligência fiscal, para a infração em tela, entendo que o demonstrativo analítico da infração, originariamente elaborado na ação fiscal e colacionado aos autos, entregues ao sujeito passivo como comprova o A.R. de fl.22, onde estão listados apenas as notas fiscais, em que o crédito fiscal não foi devidamente apropriado, é suficiente para fundamentar a autuação. Nesse sentido, a planilha exemplificativa anexada pelo autuante, no momento da diligência reforça a autuação e rebate o argumento da defendente de que as saídas ocorreram com alíquota cheia e que o Estado não teria sofrido qualquer prejuízo.

Ademais, a glosa dos créditos ocorreu apenas quando nas entradas houve o aproveitamento em montante maior do que o devido, pelo fato de as mercadorias gozarem da redução de base de cálculo na saída.

Quanto ao argumento trazido pelo defendente de que a planilha apresentada pela fiscalização em EXCEL, não comprova a existência do fato gerador, isto porque não esclarece como as notas fiscais foram escrituradas, não pode ser acolhido. Com a sistemática do SPED – Sistema Público de Escrituração Digital, todos os documentos fiscais passaram a ser emitidos e processados eletronicamente. O autuante utilizou então o programa SIAF para extrair os dados da EFD – Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, e apenas utilizou o Programa EXCEL para confeccionar as planilhas que contem a descrição detalhada dos documentos fiscais de aquisição das mercadorias.

A contrário senso, o sujeito passivo poderia apresentar e comprovar que ocorreram falhas na discriminação dos documentos fiscais, constantes das planilhas, mas não o fez.

A legislação do ICMS vigente à época dos fatos geradores (exercício de 2013), prevê o benefício fiscal da redução de base de cálculo, nas operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (Hardware), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão (para os produtos indicados no quadro constante do art. 266, inciso XIII do RICMS/12), e firma a carga tributária final em 12% (desktop e notebooks) e 7% (demais produtos de informática).

Reitero a minha posição, de que a finalidade proposta na realização da diligência, foi atendida, e o sujeito passivo, teve a oportunidade de conhecê-la e se manifestar, o que garantiu a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, princípios que norteiam o processo administrativo fiscal e que foram obedecidos em todas as fases da instrução processual.

Quanto aos princípios da legalidade, impessoalidade, do juiz natural, da ampla defesa e do contraditório, invocados pela defendente, observo que foram respeitados na ocasião da ação fiscal até a sua culminância que ocorreu com a lavratura do presente Auto de Infração, quando o sujeito passivo foi intimado de todos os atos do procedimento fiscal, forneceu livros e documentos fiscais que se encontram em sua posse, e recebeu os demonstrativos que fundamentam as infrações, (AR. fl. 22). Outrossim, nesta fase de instrução e de julgamento também foram observados os princípios constitucionais trazidos à lide, quando as partes tiveram a ocasião e o ensejo de se manifestarem por terem sido cientificadas das ocorrências processuais. Desta forma ultrapasso as preliminares de nulidade argüidas pelo defendente e adentro à análise do mérito da autuação, eis que o Auto de Infração em lide foi lavrado em consonância com o disposto nos arts. 39 a 41 do RPAF/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

De imediato, ao apresentar sua peça defensiva, o sujeito passivo reconhece o cometimento da infração 2. Fica mantida.

Quanto à infração 1, esta decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

O contribuinte utilizou o crédito de 17% nas entradas de computadores e periférico, que estão

beneficiados com redução da base de cálculo. Tais fatos estão demonstrados na planilha, fls. 05 a 07, “*Demonstrativo de Crédito indevido nas Aquisições Produtos de Informática.*”

De pronto destaco que a autuação respeitou, de forma inconteste, o dispositivo constitucional inserido no artigo 155 da Carta Magna:

*“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*

*(..)*

*II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;*

*(...)*

*§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*

*I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.*

Da mesma forma, a Lei Complementar nº 87/96 que, por determinação constitucional cabe regular a matéria tributária de que trata aquele dispositivo, prevê no artigo 19 a não cumulatividade do ICMS, sendo praticamente cópia do artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal de 1988, ficando assim ainda mais elucidado o certame, como não poderia deixar de ser.

No caso concreto, as mercadorias, objeto da autuação, se constituíam em equipamentos de informática, cujas operações, nos termos da legislação, especialmente o artigo 266, inciso XIII do RICMS/12 trazem a redução de base de cálculo:

*“Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:*

*(...)*

*XIII - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no quadro a seguir, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%*

*(...)*

Logo, tais produtos deveriam ser recebidos e escriturados com a respectiva redução de base de cálculo, diante até do dispositivo contido no artigo 266, XIII, acima transcrito. Logicamente se há redução de base de cálculo na saída, o crédito há de ser proporcional em relação às entradas, comando existente no art. 29, § 4º da Lei nº 7014/96.

*"Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.*

*(...)*

*§ 4º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:*

*I - para integração ou consumo em processo de industrialização, produção rural, extração ou geração, quando a operação de que decorrer a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto em se tratando de saída para o exterior”;*

O Regulamento do ICMS (Decreto nº 13.780/2012), vigente à ocorrência dos fatos geradores também prevê:

**Art. 310.** *É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:*

**b)** *for tributada com redução de base de cálculo, hipótese em que o valor da vedação será proporcional à redução, sendo que, havendo fixação expressa da carga tributária, a vedação será em relação ao percentual destacado na nota fiscal que exceder ao da carga tributária definida na legislação para a operação subsequente com a mercadoria ou com o produto dela resultante;*

Diante do fato de o Poder Judiciário entender, por suas Cortes Superiores, que redução de base de cálculo equivale a isenção parcial, o crédito fiscal apropriado indevidamente deveria ser estornado, tal como feito no lançamento de ofício.

Caso tenha havido recolhimento a maior, efetuado pela empresa autuada, como afirma o defendente, na forma da legislação, tem o mesmo o direito de solicitar a restituição dos valores pertinentes, respeitada a legislação vigente.

Dessa forma, respeitado encontra-se o princípio da não – cumulatividade do ICMS, previsto no art. 155, § 2º, I da CF/1988, se compensado o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo Estado ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. De fato, o que ocorreu é que ao ser destacado imposto a maior por parte do remetente das mercadorias objeto da autuação, somente pode ser apropriado a título de crédito fiscal a parcela que esteja legalmente prevista, ou seja, somente é possível a apropriação do crédito fiscal relativamente àquele valor corretamente calculado e destacado no documento fiscal. Caso haja erro, o contribuinte deve creditar-se, tão somente, da parcela legalmente prevista, o que não ocorreu na presente situação, sendo o que motivou a autuação.

Infração mantida.

No que concerne à infração 3, relativa a 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, cujo demonstrativo encontra-se nas fls. 09 a 12.

A Lei nº 7.014/96 (Lei do ICMS na Bahia) prevê, no inciso XV do artigo 4º, que ocorre o fato gerador do ICMS tanto na entrada de mercadoria destinada a uso e consumo, quanto na entrada de bem destinado ao ativo permanente da empresa. Verifico que os artigos do RICMS/BA discriminados no Auto de Infração tratam de pagamento de diferença de alíquota na aquisição de material de uso e consumo, sendo devido o pagamento do ICMS.

Segundo o art. 305 § 4º, inciso, III, alínea “a” do RICMS/BA Decreto nº 13.780/2012, constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher, o valor correspondente à diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente.

Quanto à alegação do defendente de que houve mera transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, logo com ausência de circulação de mercadoria, e aplicação da Súmula nº 166 e do Recurso Repetitivo do STJ, a Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia firmou o entendimento no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, mas este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, tendo em vista que a Súmula nº 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º da LC 87/96.

Infração procedente.

Quanto ao pleito formulado de encaminhamento de comunicações para o escritório dos patronos da empresa, ressalto que as intimações devem ser encaminhadas para Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 388, 6º andar – Conjunto 63, Bela Vista, São Paulo, SP – CEP: 01318-000, em nome de Dr. João Alécio Pugina Junior, OAB/SP nº 175.844. Ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade da intimação, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e, em perfeita

sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279463.0017/14-3**, lavrado contra **NOVA CASA BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.040,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR