

PROCESSO - A. I. Nº 279462.0014/14-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NOVA CASA BAHIA S/A.
RECORRIDOS - NOVA CASA BAHIA S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0104-03/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/06/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0097-12/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Excluídas as cadeiras automotivas. Infração parcialmente elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. **b)** MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A Súmula 166 só se aplica às operações de transferência internas, mas não às interestaduais, pois agrediria o pacto federativo. Itens subsistentes. 3. 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 elidida. 4. 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 subsequentes, 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 evidenciar a quitação do tributo antecipado. Infrações subsistentes. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 3ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0104-03/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 279462.0014/14-1, lavrado em 18/12/2014, para exigir ICMS no valor histórico de R\$6.827.890,87, relativos a dez infrações distintas, descritas a seguir, somente naquilo que se refere ao objeto dos presentes recursos.

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 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 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 dezembros de 2012, janeiro a abril de 2013. Exigido o valor de R\$18.467,61. Demonstrativos às fls. 144 a 148 - Anexo X.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 24/05/2016 (fls. 464 a 484) e decidiu pela Procedência em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“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 ocorreu 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 indubioso 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 JJF - ACÓRDÃO JJF Nº 0024-02/14 e pela 1ª CJF - ACÓRDÃO CJF Nº 0349-11/14, esta 3ª JJF 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 abstinha 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 subsequentes 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.

Observo 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 refazerm 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 excluir o 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 autuantes, 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 pago 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 defendant registradas em sua EFD. Portanto, resta, inequivocamente, comprovado que as mercadorias ingressaram em território baiano sem o devido recolhimento. Ademais, sob esse aspecto, inexiste qualquer controvérsia nos autos.

Assim, entendo que inexiste 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 indubioso 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 defendant 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 ocorreria 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 defendant 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 inexiste qualquer impedimento para que tal providência seja tomada pela Secretaria 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.”

A 3ª JJF interpôs Recurso de Ofício de sua decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 495 a 542, opondo-se ao deciso naquilo que se refere às Infração 01, 03, 04, 05, 09 e 10, aduzindo as seguintes alegações.

Quanto à Infração 1, alega erro no demonstrativo de débito apresentado pela fiscalização, afirmado que a coluna “base de cálculo” se encontra zerada, mas na coluna do crédito indevido consta valor para composição do montante da exigência fiscal. Para comprovação do quanto alegado, cola parte dos lançamentos realizados pelo Estado da Bahia em seu demonstrativo, conforme folhas 496/497.

Conclui, assim, que se a base de calculo encontra-se zerada, impossível existir o chamado “crédito indevido”.

Informa que, como justificativa, o Estado da Bahia prestou informações alegando que as informações foram retiradas da escrituração fiscal digital – EFD, alegando que a Recorrente, para algumas notas fiscais, informou o valor da base de cálculo e o valor de imposto e para outras somente o valor do imposto.

Argumenta, contudo, que não parece crível tal alegação porque o Estado não prova o que alega e se fosse o caso de preenchimento incorreto o próprio sistema não aceitaria o envio das informações.

Alega que as mercadorias sujeitas ao ICMS-ST devem constar expressamente da relação de mercadorias do Anexo 1 do RICMS/12. Argumenta 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. Nessa esteira, discorda do Estado da Bahia com o enquadramento das mercadorias na substituição tributária, especialmente com relação à “Cadeiras Automotivas para Crianças”, pelos motivos que passamos a expor.

Alega discordar da autuação que considerou as operações de Cadeiras Automotivas para Crianças, como sendo passível de tributação na modalidade “substituição tributária”, pois são, na verdade, operações de tributação normal do ICMS, aplicando-se o princípio da não cumulatividade.

Transcreve a descrição das mercadorias autuadas que faz referência a “CAD P/AUTO” e “BEBE CONFORTO INFANTI” para, a seguir, concluir que não se pode 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. Colaciona a doutrina de Roque Antônio Carraza em apoio ao seu ponto de vista.

Argumenta que o princípio da tipicidade específica e o da legalidade estrita, ambos inerente à atuação da Auditora Fiscal deve ser obedecido, não podendo a mesma estender a tipificação do Anexo 1 do Decreto nº 13.780/12, que estabelece o rol das mercadorias sujeitas ao regime de ST.

Referindo-se à expressão utilizada pela 3ª JJF (“para uso exclusivo em veículos automotores”) como uma definição do enquadramento em mercadoria sujeita ao ICMS – ST, afirma que tal afirmação não é verdadeira, pois a exclusividade não confere a materialização do enquadramento, já que a legislação menciona a expressão “para uso automotivo” e não “veículo automotores”.

Afirma que, verificando os Anexos, não consta a descrição expressa das mercadorias de Cadeiras Automotivas para Crianças, de forma que, ausente a previsão específica, impossível o enquadramento dos itens no regime de ICMS - ST. Transcreve julgado da 2ª JJF em apoio à sua tese.

Esclarece que as Cadeiras Automotivas para Crianças (supostamente prevista no Anexo 1 do Decreto nº 13.780/12) constam do item 28 da relação de mercadorias com a seguinte descrição: “Peças, Componentes, e acessórios para veículos automotores”. Defende que as mercadorias autuadas (Cadeiras, Booster e Bebe Conforto), não possuem qualquer relação ou tipificação com peças, componentes ou acessórios veículos automotores.

Argumenta que, tanto a presente afirmação é verdade que não se encontra como opção de acessório em qualquer concessionária ou loja de veículos do País a opção de se adquirir as mercadorias em questão.

Sendo assim, a Recorrente não tomou crédito indevido de ICMS sobre tais produtos, devendo os mesmos serem excluídos da Infração 01 do presente Auto de Infração.

Quanto à Infração 3, informa que 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”. Explica que a grande questão é que a presente infração desrespeita posição definitiva do Superior Tribunal de Justiça, que já pacificou a transferência de ativo fixo entre estabelecimentos do mesmo contribuinte como operação isenta de tributação de ICMS, independentemente do tempo de permanência.

Ressalta que o Estado da Bahia reclama, no presente lançamento, pagamento do ICMS, não havendo acusação, em momento algum, de descumprimento de obrigações acessórias. Explica 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 que se encontra pacificado o assunto e inclusive com a publicação de súmula sobre a não incidência do ICMS em favor da Fazenda Estadual. Transcreve o enunciado da Súmula 166 do STJ em apoio à sua tese.

Argumenta que, de outro lado, o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o assunto no RESP nº 1.125.133-SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, cujo excerto reproduz. Informa que as decisões posteriores do STJ seguem o mesmo entendimento. Nesse sentido, reproduz julgado em apoio aos seus argumentos.

Conclui, assim, que a transferência de ativo fixo encaminhado para outro estabelecimento da mesma empresa é isenta do pagamento de ICMS. Afirma não estarmos diante do fato gerador do ICMS que é “a realização de operações relativas a circulação de mercadorias”, conforme dispõe o Inciso I, artigo 1º da Lei nº 7.014/96.

Alega que, no caso em contendo, conforme já pacificado pelo Poder Judiciário, não se materializou a tradição da mercadoria em questão, pois permanece na propriedade da mesma titular, a Recorrente, já que o simples tráfego entre Estados da Federação não pode ser considerado como circulação, já que este instituto pressupõe a tradição de propriedade. Para tanto, conforme comprovado e entendimento pacífico do STJ, é indevido o ICMS nos casos de transferência para o mesmo titular, mesmo que a operação seja interestadual.

Defende que o lançamento, 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, Informa que 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”. Reproduz, ao longo das onze folhas seguintes, os mesmos argumentos deduzidos para a Infração anterior, defendendo, igualmente, que o lançamento deva ser cancelado.

Quanto à Infração 05, afirma que consta dos relatórios a aplicação de MVA em percentual diferente do previsto no RICMS referente a “Colchões” com alíquota em Nota Fiscal de 12%. Reproduz parte do demonstrativo de débito para evidenciar o que afirma. Afirma que é possível notar, claramente, que a alíquota de ICMS é de 12% e a MVA aplicada é de 98,18% quando o correto seria 87,52%.

Com relação ao mérito da infração, entende que as mercadorias trazidas no demonstrativo de cálculo não estão sujeitas ao regime de Substituição Tributária, mas sim ao regime normal de tributação do ICMS e, por isso, serão tratadas separadamente na sequência.

Explica que, conforme planilha demonstrativa da Infração, elaborada pela própria Fiscalização, foram consideradas as bases e cálculo de colchões e segmentos. Exemplifica com a descrição de alguns produtos trazidos pelo Estado da Bahia, à folha 522.

Afirma que todas as mercadorias do segmento de colchões foram remetidas pelos Estados do Ceará, Goiás, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe. Desses Estados, informa que Goiás e Sergipe são signatários em conjunto com Bahia do Protocolo ICMS 109/09 que em sua Cláusula Primeira e § 1º (cujo texto reproduz) determina quem é o responsável pelo recolhimento do ICMS – ST e suas respectivas antecipações.

Afirma que, conforme Anexo 1 do Decreto 13.780/12, item 15.1, o RICMS/BA reconhece o Protocolo ICMS 109/09 dos Estados de Goiás e Sergipe e portanto se submete as regras de recolhimento. Dessa forma, raciocina, 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 da diferença de alíquota interna do ICMS do Estado destinatário. Entende ser ilegal, portanto, o presente Auto de Infração 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, por fim, que o estabelecimento remetente, substituto tributário, também está definido na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93 (cujo texto reproduz). Explica que o citado Convênio também regulamenta sobre a sujeição à legislação do Estado destinatário das mercadorias conforme Cláusulas Oitava e Nona (cujos textos reproduz).

Entende restar claro, portanto, que o sujeito passivo da hipótese de incidência da presente infração não é a Recorrente.

Quanto às infrações 09 e 10, argumenta que a Fiscalização já tem, à sua disposição, todas as

informações prestadas pelo Contribuinte, mensalmente, por arquivos eletrônicos e controle de estoque, de modo que, quando lavra o Auto de Infração, não pode apenas basear-se em mera presunção.

Explica que, conforme multa aplicada pelo Fisco (art. 42, II, “d” da Lei nº 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. Daí já se conclui, obviamente, que a obrigação principal, o pagamento do ICMS, foi devidamente adimplida pela Recorrente, até porque a Fiscalização não cobrou o imposto das competências relacionadas na presente infração.

Destaca que consta do AI a data de vencimento da obrigação, todo dia 09 de cada mês, que foi retificada pela Autoridade Fiscal para todo dia 25 de cada mês, por ter um Parecer nº 3261/11, autorizando esta exceção. Assim, mesmo que a mercadoria tenha ultrapassado a barreira antes do dia 25 de cada mês, defende que o recolhimento, por força do Parecer nº 2367/11, poderá ser realizado todo dia 25. Trata-se de uma excepcionalidade concedida pela SEFAZ/BA.

No julgamento da Junta, alega que, apesar de haver a menção do Parecer e da data de pagamento (25 de cada mês), nada disto foi levado em consideração, pois os julgadores prenderam-se a barreira fiscal que seria o momento do recolhimento do ICMS – ST, conforme artigo 332 do RICMS/12 e pronto.

Argumenta, contudo, que a pergunta correta a ser feita é: “As mercadorias que ultrapassaram a barreira tiveram o ICMS-ST recolhido até o dia 25 de cada mês”? Afirma que isto foi ignorado pelos Julgadores. Afirma que, na planilha da Auditora Fiscal que apura as diferenças do ICMS-ST, estão incluídos todos os dias do mês, mas é flagrante que o dia do pagamento sendo todo 25, não podemos incluir o mês inteiro como solução aritmética de pagamento.

Alega que, no demonstrativo de débito da fiscalização, o dia 27 de janeiro de 2012 está incluído no mês inteiro de janeiro, quando os últimos 05 (cinco) dias deveriam ser excluídos do total e remanejados para o dia 25 do mês seguinte. Alerta para o fato de que antes, o Estado da Bahia afirmava que o dia de recolhimento era o dia 09, depois, assumiram que o correto era o dia 25, mas o Demonstrativo de Débito permanece intacto, sem qualquer alteração. Posteriormente, a Junta de Julgamento foca sua justificativa no momento do recolhimento do ICMS-ST que seria no momento de ultrapassar a barreira e mesmo mencionando o Parecer nº 2367/11, sequer cogita anular o lançamento.

Explica que, conforme excerto acima, extraído do Auto de Infração, verifica-se que a Fiscalização estabeleceu uma data de vencimento fixa da obrigação, estabeleceu a base de cálculo correspondente ao recolhimento do ICMS, e em seguida aplicou a multa isolada de 60% a que se refere o artigo 42, II, “d” da Lei 7.014/96. Argumenta, contudo, que o §4º do artigo 8º da Lei 7.014/96 (cujo texto reproduz) dispõe data diversa de vencimento da antecipação do ICMS:

Conclui, portanto, 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. Esse foi outro equívoco cometido pelo Estado da Bahia. E 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. Limitou-se, apenas, 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.

Afirma, portanto, que não é possível que a Fiscalização aplique a sanção do artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 sem se desvincular do ônus de comprovar a data de ingresso da mercadoria no Estado da Bahia.

Informa que, consultando o anexo enviado pela Fiscalização, denominado “CD Nova Casa Bahia Antec Parcial”, verificou que não consta a data de ingresso das mercadorias no Estado da Bahia. Indaga, 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. E se existe uma data fixa, que atualmente é o dia 25, como considerar o mês inteiro no Demonstrativo de Débito?

Defende que a única forma de cobrança do ICMS Antecipação seria a autuação diretamente na barreira fiscal, e não através de fiscalização a distância. A autuação, neste caso, definiu como data de vencimento da obrigação o dia 09 de cada mês, depois alterada para o dia 25, o que causa estranheza na Recorrente, além de dificultar sua defesa.

Afirma 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.

Em sendo afastado o argumento com relação a data de vencimento (barreira fiscal) que a Recorrente entende ser absolutamente embasada no RICMS/BA e suficiente para anular esses lançamentos, lembra que não se está exigindo imposto, mas apenas e tão somente uma multa de 60% pelo suposto pagamento intempestivo. Daí afirma que não houve prejuízo nenhum ao Estado da Bahia.

Afirma 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. Ocorre 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 texto do art. 150 da CF/88, para, a seguir, afirmar 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, não lhe parecendo razoável que, por “deixar de pagar em dia”, a Recorrente tenha de arcar com a desmedida multa de 60% da obrigação principal, retirando-lhe a competitividade e o lucro de sua operação. Transcreve jurisprudência em apoio ao seu ponto de vista. Afirma que o STF deixou claro que o patamar aceitável para multa moratória tributária deve ser 20% (vinte por cento).

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

Arremata a sua peça recursal, requerendo a reforma integral do julgamento realizado pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal, anulando-se o lançamento das infrações 1, 3, 4, 5, 9 e 10 do presente Auto de Infração.

Protesta pela juntada de provas documentais necessárias ao esclarecimento dos fatos arguidos no presente recurso.

Termos em que, cumpridas as necessárias formalidades legais, pede-se e aguarda-se deferimento.

Às folhas 577/579, o representante da PGE emitiu parecer, tecendo as considerações que seguem.

Relativamente à Infração 1, acolhe parcialmente a tese recursal para excluir as cadeiras automotivas para crianças da presente exigência, pois entende que não existe a dupla identificação (descrição e NCM).

No que se refere às Infrações 3 e 4, pugna pela procedência do lançamento, ao argumento de que tal exigência se encontra respaldada por entendimento sedimentado no CONSEF.

Quanto à Infração 5, opina pelo não provimento do recurso, ao argumento de que o Protocolo ICMS 109/09 não faz qualquer referência ao produto colchão.

Quanto às infrações 09 e 10, entende que a descrição dos fatos não se coaduna à imputação, uma vez que, postergado o pagamento do imposto para o dia 25, não há que se falar em “entrada da

mercadoria” como o momento da constituição do crédito, que ocorrerá somente com o não pagamento no prazo regulamentar.

Opina pelo provimento do recurso neste ponto.

Arremata o seu parecer, opinando pelo provimento do recurso voluntário relativamente às infrações 1, 9 e 10.

Às folhas 580/581, foi emitido opinativo pela Procuradora Assistente, aduzindo o que segue.

Quanto à Infração 5, entende que o recurso deve ser julgado prejudicado, pois a decisão de piso já acolheu as alegações ora deduzidas, excluindo colchão e cama box do demonstrativo de débito, deixando de existir interesse recursal neste ponto.

Quanto às infrações 9 e 10, afirma pairar dúvida acerca dos fatos, pois somente caberia a imputação fiscal na hipótese de o contribuinte não haver recolhido o ICMS Antecipação Parcial. Explica que, se o sujeito passivo houver recolhido o imposto fora do prazo legal (elemento presente nas razões recursais), descaberia a presente exigência fiscal.

VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 3ª JJF (Acórdão Nº 0104-03/16) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$10.089.126,62 para R\$9.916.286,32, em valores atualizados à data do julgamento, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que a redução do valor lançado está relacionada à decretação da procedência parcial das infrações 1 e 5, sendo este o objeto do presente recurso.

Quanto à Infração 01, a acusação fiscal é de “*utilização indevida crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, ...*”. A decisão de piso reduziu o valor lançado de R\$351.360,92 para R\$296.671,94, ao fundamento de que a parcela restante (relativa a R\$54.688,98), alusiva à glosa de créditos nas entradas de “tampo de vidro” e “tampo para pia inox”, restou prejudicada, uma vez que o sujeito passivo possui decisão judicial favorável, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário correspondente, conforme se lê abaixo.

“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.”

Examinando os elementos dos autos, é possível notar que, efetivamente, o Contribuinte foi favorecido por decisão judicial em caráter liminar, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário nas operações com tais mercadorias, conforme consta à folha 165.

Divirjo, contudo, dos efeitos jurídicos que a JJF atribuiu a esse fato, pois afastou a exigência fiscal, a despeito de haver reconhecido estar prejudicada a impugnação naquilo que se reporta a essa matéria, conforme consta do acórdão cujo trecho se encontra acima reproduzido.

De fato, a obtenção de provimento judicial acerca da matéria autuada implica em renúncia do Contribuinte ao processo administrativo, acarretando a desistência da impugnação, devendo os autos serem remetidos para inscrição em Dívida Ativa, nos termos do art. 117 e § 1º do RPAF/99, conforme abaixo.

“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.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113: ...”.

Assim, o efeito jurídico da propositura de medida judicial é, exatamente, o oposto daquele proclamado na decisão de piso, ou seja, é a decretação da procedência da exigência judicial, com

o seu envio à DARC para as providências cabíveis. Jamais o julgamento pela improcedência, como fez a decisão recorrida, merecendo ser reformada neste ponto.

Assim, reformo a decisão de piso naquilo que se refere à Infração 01, para restabelecer o valor lançado na sua inteireza, ficando o montante de R\$54.688,98 com a exigibilidade suspensa.

Quanto à Infração 05, parte da redução do valor lançado (R\$18.524,22) decorreu da exclusão dos valores relativos ao “colchão”, com o refazimento do levantamento fiscal, pois os autuantes reconheceram que as unidades federativas de Sergipe e Goiás aderiram ao Protocolo 109/09, a partir de 01/03/2012 (mediante a assinatura do Protocolo 99/11), passando à condição de substitutos tributários, o que exclui a responsabilidade do destinatário das mercadorias.

Outra parte da redução (R\$14.858,09) decorreu da exclusão das operações de entrada de “tampo de vidro” e “tampo para pia inox”, por ter entendido a 1ª JJF que tal exigência restou “prejudicada”.

Quanto à exclusão da mercadoria “colchão”, examinando o Protocolo ICMS 99/11, é possível notar que os Estados de Goiás e Sergipe aderiram às disposições do Protocolo ICMS 109/09, conforme se lê abaixo.

“Cláusula primeira Ficam os Estados de Goiás e Sergipe incluídos nas disposições contidas no Protocolo ICMS 190/09, de 11 de dezembro de 2009.

“ANEXO ÚNICO

CÓDIGO NCM/SH	DESCRIÇÃO	MVA (%) ORIGINAL
9404.10.00	<i>Suportes elásticos para cama</i>	143,06
9404.2	<i>Colchões, inclusive box</i>	76,87
9404.90.00	<i>Travesseiros, pillow e protetores de colchões</i>	83,54

...”

Assim, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do tributo é do remetente das mercadorias, ficando excluída a responsabilidade do destinatário. Não merece reparo, portanto, a decisão recorrida neste ponto.

Já quanto à exclusão concernente a “tampo de vidro” e “tampo para pia inox”, reproduzo, aqui, as razões de decidir que fundamentaram a apreciação da Infração 1, pois o efeito jurídico da propositura de medida judicial é, exatamente, o oposto daquele proclamado na decisão de piso, ou seja, é a decretação da procedência da exigência judicial, com o seu envio à DARC para as providências cabíveis. Assim, restabeleço o lançamento original, no que concerne à parcela excluída pela 1ª JJF, no montante de R\$14.858,09, valor este que fica com a exigibilidade suspensa.

Do exposto, dou provimento parcial ao Recurso de Ofício para restabelecer o valor originalmente lançado na Infração 1, bem como para restabelecer parcialmente o valor lançado na Infração 5.

Quanto ao Recurso Voluntário, o sujeito passivo se opõe ao lançamento naquilo que se refere às infrações 1, 3, 4, 5, 9 e 10, sendo este o objeto do presente recurso.

Quanto à Infração 1, a acusação fiscal é de “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, ...”. O sujeito passivo se opõe ao lançamento. Alega erro no demonstrativo de débito. Discorda, também, do enquadramento dado à mercadoria “cadeira automotiva para crianças”, pois entende que não pode ser classificada como “Peças, Componentes, e acessórios para veículos automotores”.

Quanto à alegação de erro no demonstrativo de débito, ao argumento de que vários lançamentos se encontram com a base de cálculo zerada, não assiste razão ao sujeito passivo, pois o cálculo não foi engendrado pelas autuantes, que apenas colheram tais informações da escrita fiscal da empresa. Sendo assim, nas linhas em que não consta base de cálculo informada na escrita da empresa, não foi dada tal informação no demonstrativo de débito, como bem esclarecem as autuantes em sua informação fiscal, em nada invalidando o lançamento.

Quanto à alegação de que a mercadoria “cadeira automotiva para crianças” não estaria

enquadrada no regime de substituição tributária, vejamos o que diz a legislação.

Analizando o demonstrativo de débito “Crédito indevido – Mercadorias com ICMS substituído – Lista de notas fiscais/ítems”, acostado às folhas 32/50, é possível notar que as mercadorias citadas foram descritas como “CAD P/AUTO GRACO JR MAXI C/PTA COPO PT 15/36KG”, “CAD P/AUTO TUTTI BABY SAFETY CZ/XADREZ CZ 15/36K”, “CAD P/AUTO INFANTI ULTRA COMFORT AZUL 0/25KG”, “CAD P/AUTO DELBABY 001 VERM/CINZA 9/36KG” e “BEBE CONFORTO INFANTI R2 CINZA/VERM 0/13KG”. Trata-se, como dito, de cadeiras automotivas para crianças, utilizadas no banco traseiro para acomodação daquelas crianças que não possuem, ainda, coordenação motora para viajarem sós.

A norma em que as autuantes enquadram a mercadoria foi o art. 353, inciso II, ítem “30” do RICMS/97, aplicável aos meses iniciais do período fiscalizado, cujo texto reproduzo abaixo.

“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

...
II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

...
30 - peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores;
...”

O RICMS/12 (aplicável a partir de abril/12) possui regra idêntica, localizada no Item “28” do seu Anexo 1, cuja redação reproduzo abaixo.

Item	Mercadoria – NCM	Acordo Interestadual/ Estados signatários
28	<i>“Peça, componentes, e acessórios para veículos automotores (exceto pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha)”</i>	Prot. ICMS 41/08 - AL, AM, AP, BA, DF, ES, GO, MA, MG, MT, PA, PR, PI, RJ, RS, SC e SP Prot. ICMS 97/10 - AC, AL, AP, BA, GO, MA, MT, PB, PR, PE, PI, RN, RR, SC, SE, TO

Como se vê, as normas regulamentares citadas limitam-se à descrição genérica acima, sem fazer referência a NCM's específicos. O RICMS atual faz menção, contudo, aos Protocolos 41/08 e 97/10, conforme se pode lê na terceira coluna acima reproduzida.

Consultando os protocolos citados, é possível notar uma referência genérica a assentos, conforme item 83 do Anexo Único, de ambas as normas, com especificação dos NCM's correspondentes. Reproduzo abaixo.

ANEXO ÚNICO		
ITEM	DESCRIÇÃO	NCM/SH
83	Assentos e partes de assentos	9401.20.00 9401.90.90

Embora se possa enquadrar as mercadorias autuadas no descritivo acima (pois se trata de “assento”), é preciso que possua uma NCM que as classifique como “9401.20.00” e “9401.90.90”, pois faz-se necessária a “dupla identidade”, como bem destacou o parecer da PGE, já que a norma protocolar não incluiu todos os assentos no regime de ST, mas apenas duas espécies.

Examinando a tabela TIPI, é possível notar que as NCM's listadas estão localizadas no Capítulo 94, cuja descrição nos auxilia na compreensão da correta classificação das mercadorias objeto da presente autuação, conforme abaixo.

CAPÍTULO 94

Móveis; mobiliário médico-cirúrgico; colchões, almofadas e semelhantes; aparelhos de iluminação não especificados nem compreendidos noutros Capítulos; anúncios, cartazes ou tabuletas e placas indicadoras, luminosos e artigos semelhantes; construções pré-fabricadas

NCM	Descrição
94.01	Assentos (exceto os da posição 94.02), mesmo transformáveis em camas, e suas partes.
...	
9401.20.20	Assentos dos tipos utilizados em veículos automóveis
...	
9401.90	Partes
...	
9401.90.90	Outros

Como se pode ver, os assentos descritos neste capítulo identificam-se como “componentes” dos veículos, mas jamais como “acessórios”, que é o caso das cadeiras autuadas, que possuem, inclusive, NCM distinto, conforme reconhecem as autuantes, em sua informação fiscal, à folha 311, em trecho que reproduzo.

“... Apesar do NCM não constar no Protocolo 41/98 [sic], os assentos automotivos são acessórios para veículos automotores, estando, portanto, listados no art. 353, inciso II, item 30, sujetos ao regime de substituição tributária na modalidade antecipação tributária.”

Assim, considerando que o Protocolo 41/08 somente abarcou os assentos tidos como “componentes” dos veículos automotores (e não os acessórios), bem como considerando o entendimento dessa Corte, no sentido de que o regime de substituição tributária constitui regra excepcional dentro do microssistema do ICMS, é razoável concluir que a subsunção das operações às regras de ST somente se perfaz validamente na medida em que haja menção expressa e em termos estritos ao NCM e à descrição da mercadoria.

Não basta, portanto, coincidir o descritivo, mas também a NCM especificada, o que não acontece no presente caso.

Assim, entendo que merece ser acolhida a alegação recursal neste ponto específico para excluir as cadeiras automotivas do levantamento fiscal, reduzindo o valor reclamado neste item para R\$342.162,08, conforme demonstrativo abaixo.

MÊS	LANÇADO A. INFRAÇÃO	CADEIRA AUTOMOTIVA	JULGAMENTO 2 ^a CJF
jan/12	R\$ 7.813,21	R\$ 3.375,44	R\$ 4.437,77
fev/12	R\$ 4.022,90	R\$ 1.642,87	R\$ 2.380,03
mar/12	R\$ 4.597,85	R\$ 778,93	R\$ 3.818,92
abr/12	R\$ 12.150,78	R\$ 272,20	R\$ 11.878,58
mai/12	R\$ 4.027,04	R\$ 39,36	R\$ 3.987,68
jun/12	R\$ 5.318,68	R\$ 1.185,51	R\$ 4.133,17
jul/12	R\$ 84.461,03	R\$ 402,34	R\$ 84.058,69
ago/12	R\$ 15.183,99	R\$ 197,38	R\$ 14.986,61
set/12	R\$ 9.679,70	R\$ 412,37	R\$ 9.267,33
out/12	R\$ 28.420,30	R\$ 98,69	R\$ 28.321,61
nov/12	R\$ 5.969,00	R\$ 49,20	R\$ 5.919,80
dez/12	R\$ 20.985,89	R\$ 405,31	R\$ 20.580,58
jan/13	R\$ 10.870,91	R\$ 100,56	R\$ 10.770,35
fev/13	R\$ 28.444,23	R\$ 153,69	R\$ 28.290,54
mar/13	R\$ 108.662,85	R\$ 74,84	R\$ 108.588,01
abr/13	R\$ 752,56	R\$ 10,15	R\$ 742,41
TOTAL	R\$ 351.360,92	R\$ 9.198,84	R\$ 342.162,08

Quanto à Infração 3, a conduta ilícita foi descrita como “*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, ...”. Já a Infração 4 foi tipificada como “*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, ...*”. Ambas se referem ao diferencial de alíquotas, tendo o sujeito passivo aduzido razões que se aplicam igualmente a ambos os ilícitos, propiciando que o julgamento possa ser feito em conjunto. É o que passo a fazer nas linhas que seguem.

O sujeito passivo não nega os fatos. Alega, contudo, que as operações de transferências de bens do ativo e de material de uso/consumo se encontram fora do campo de incidência do ICMS, pois se trata de mero deslocamento físico dos bens, sem mudança de sua titularidade jurídica.

A resolução da questão passa, portanto, pelo tratamento jurídico a ser conferido às operações de transferência. Vejamos como o tema foi disciplinado no âmbito do microssistema do ICMS.

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

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

Diferentemente do que afirma o sujeito passivo, a transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica (circulação física) não se encontra fora do campo de incidência do ICMS, pois foi o próprio legislador complementar (LC 87/96) que assim interpretou a matriz constitucional, ao editar o art. 12, cujo inciso I tem o seu teor abaixo reproduzido.

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;
...”

Assim, a despeito do enunciado da Súmula 166, do STJ, a legislação acerca da matéria mantém-se em vigor, sendo vedado ao intérprete afastá-la, sob pena de incorrer em grave ofensa ao princípio da separação de poderes, o qual reservou a prerrogativa de editar normas em caráter originário, apenas ao poder legislativo, cabendo ao julgador aplicá-las, enquanto não houver declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle concentrado.

Ademais, a PGE tem se manifestado, reiteradas vezes, no sentido de que a Súmula 166 tem o seu alcance limitado às operações internas, pois sua extensão às operações interestaduais pode resultar em prejuízos ao estabelecimento destinatário, o qual fica impossibilitado de creditar-se do ICMS incidente nas etapas anteriores às operações de transferência.

Nesse sentido a PGE/PROFIS editou o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, cujo enunciado possui o seguinte conteúdo.

“Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”.

Como as operações autuadas se referem a operações interestaduais, entendo inaplicável a Súmula 166, devendo ser julgadas procedentes as infrações 03 e 04. Mantendo, portanto, o julgamento de piso neste ponto.

Quanto à Infração 05, a conduta autuada foi descrita como “*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, ...*”. O sujeito passivo se opõe ao lançamento, aduzindo que, no que se refere aos colchões, a responsabilidade tributária pela retenção é dos estabelecimentos remetentes, nas entradas oriundas de Goiás e Sergipe, pois são signatários do Protocolo 109/09. Alega, também, que as mercadorias autuadas não se enquadram no regime de ST, mas ao regime normal de apuração.

Quanto à alegação relativa aos colchões, noto que é uma repetição do argumento deduzido na primeira instância, o qual foi acolhido pela JJJF, não mais havendo interesse jurídico da empresa em deduzir tal pleito. Note-se, inclusive, que tal matéria integrou o mérito do recurso de ofício, acima analisado.

Assim, não conheço do pedido neste ponto.

Quanto à alegação de que as demais mercadorias não se enquadram no regime de ST, vejo que o Contribuinte traz uma alegação genérica, sem especificar a mercadoria que está submetida ao regime normal. Noto, contudo, que o levantamento fiscal listou apenas quatro espécies de mercadorias, quais sejam, “aparelhos de telefonia celular”, “chip’s para celular”, “tampos de vidro para mesa”, “tampos para pia inox” e “colchões”.

Como os “tampos” não estão sendo objeto de julgamento, a análise se limita aos “colchões”, aos “aparelhos de celular” e aos “chip’s”. Os colchões estão enquadrados no regime de substituição tributária, com previsão no item “15.1” do Anexo 1, referido no art. 289 do RICMS/12. Note-se, todavia, que tais mercadorias foram excluídas do levantamento fiscal, conforme já destacado. Quanto aos aparelhos celulares e os chips têm previsão no item “4” do mesmo Anexo 1, já citado. Assim, não assiste razão ao sujeito passivo, ficando a presente infração no montante de R\$459.453,99, em acolhimento à informação fiscal prestada à folha 315, conforme valores abaixo.

MÊS	ICMS
jan/12	22,48
fev/12	434,43
mar/12	
abr/12	200,21
mai/12	22,34
jun/12	10.014,85
jul/12	31.544,03
ago/12	68.459,28
set/12	94.724,42
out/12	52.744,38
nov/12	51.438,02
dez/12	79.916,15
jan/13	32.147,56
fev/13	
mar/13	32.611,69
abr/13	5.174,15
TOTAL	459.453,99

Quanto às infrações 9 e 10, ambas se referem a multa. A primeira diz respeito a “*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, ...*”. Já a segunda é “*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, ...*”.

O sujeito passivo aduz argumentos comuns a ambos os ilícitos, tendo alegado 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.

Em que pese o representante da PGE ter suscitado dúvidas relativamente à possibilidade de recolhimento extemporâneo do tributo, é possível notar que o ICMS deixou de ser exigido (em ambas as infrações) pelo fato de o contribuinte ter efetuado o recolhimento nas saídas subsequentes, conforme prevê o § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 (citado no lançamento), cujo texto reproduzo abaixo.

“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”;

...

O exame das planilhas denominadas “DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL - ...” e “DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO TOTAL - ...” (acostados ao CD, á folha 149), revela que as autuantes confrontaram o ICMS Antecipação Parcial (ou Total) devido com os valores recolhidos em cada um dos períodos, tendo cobrado a multa sobre a diferença.

O que pode ensejar alguma dúvida é o fato de que o ICMS Antecipação Parcial nada mais é do que uma antecipação do imposto que será recolhido num momento subsequente. Nesse sentido, é que se pode dizer que a infração 09 tem por natureza a impontualidade, pois, inevitavelmente, o imposto acaba sendo recolhido posteriormente, nas saídas. Esse traço não descharacteriza, todavia, o ilícito, pois há previsão expressa na Lei nº 7.014/96, já citada, devendo ser cobrada apenas a multa.

Assim, o único recolhimento capaz de elidir as exigências fiscais em exame seria aquele realizado no momento da entrada das mercadorias (no prazo legal), com código de receita específico, cuja prova cabe ao sujeito passivo, ônus do qual não se desincumbiu até o presente momento.

Assim, tenho por procedentes as infrações 9 e 10.

Quanto à alegação de confiseração da multa de 60%, não merece guarida, pois se trata de sanção prevista na Lei nº 7.014/96, cuja incidência não pode ser afastada por este órgão administrativo. Não caberia, nem mesmo, a sua redução pelo fato de a penalidade ter decorrido de descumprimento de obrigação principal (dever de recolher tributo), circunstância que impede a aplicação da regra prevista no art. 158 do RPAF, abaixo reproduzida.

“Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo (grifo acrescido).”

Ex-positis, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DE OFÍCIO e pelo PROVIMENTO PARCIAL do RECURSO VOLUNTÁRIO, ficando o demonstrativo de débito conforme abaixo.

INFRAÇÕES	ICMS	MULTA FIXA	MULTA
1	342.162,08		60%
2	65.559,90		60%
3	91.877,28		60%
4	50.684,14		60%
5	459.453,99		60%

6	50.682,86		100%
7	1.479,55		100%
8	1.021,46		60%
9		5.718.778,94	-
10		18.467,61	-
TOTAL	1.062.921,26	5.737.246,55	

VOTO DIVERGENTE (Recurso Voluntário – Infração 4)

Com a devida vênia do i. Relator do presente Recurso Voluntário, em relação à Infração 04, divirjo do seu julgamento tendo em vista as seguintes considerações:

A infração em lide foi tipificada como: “*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.*”

Eis que, entendo que não cabe a exigência de recolhimento de ICMS nas transferências de mercadorias, entre estabelecimentos da mesma empresa, mesmo que adquiridas em outras unidades da federação e destinadas a consumo da unidade recebedora.

Esse entendimento esta lastreado na constatação da ausencia da efetiva transferência da titularidade e na Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166 DO STJ.

1. *O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.* 2. “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.*” (Súmula 166 do STJ). 3. *Recurso conhecido e, no mérito, desprovido.*

Já o Supremo Tribunal Federal, também recentemente, assim decidiu, por unanimidade, sobre a matéria:

**“AG. REG. 756.636 RIO GRANDE DO SUL
 RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Alegada ofensa ao art. 97 da CF/88. Inovação recursal. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Tributário. ICMS. Deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Inexistência de fato gerador.

1. *Não se admite, no agravo regimental, a inovação de fundamentos.*
2. *O Supremo Tribunal Federal entende ser insubstancial a tese do chamado prequestionamento implícito.*
3. *A Corte tem-se posicionado no sentido de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos comerciais do mesmo titular não caracteriza fato gerador do ICMS, ainda que estejam localizados em diferentes unidades federativas. Precedentes.*
4. *Agravo regimental não provido.*

**AG. REG. 765.486 SANTA CATARINA
 RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BEM ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. AGREGAÇÃO DE VALOR À MERCADORIA OU SUA TRANSFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE EFETIVA TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR DO TRIBUTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – A mera saída física do bem para outro estabelecimento do mesmo titular, quando ausente efetiva transferência de sua titularidade, não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS, ainda que ocorra agregação de valor à mercadoria ou sua transformação.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.”

Os posicionamentos acima transcritos e que são de clara inteligência, não deixam dúvidas de que transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa não caracteriza fato gerador do ICMS, pois, nos termos dispostos nas decisões acima, trata-se de mero deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, conclui-se que não resta configurada, portanto, operação de circulação de mercadoria, em sentido técnico jurídico, fato que afasta a possibilidade de manutenção da exigência fiscal em apreço, no que concerne a tais operações.

Em assim sendo, entendendo que devem ser excluídos do lançamento fiscal todas as operações de transferências entre estabelecimentos da recorrente, por ser improcedente essa exigência e, assim, voto pelo PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário em relação à Infração 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279462.0014/14-1, lavrado contra **NOVA CASA BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.062.921,26**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.010.758,85 e 100% sobre R\$52.162,41, previstas no art. 42, incisos VII, “a”, II, alíneas “a”, “f” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento da obrigação acessória no valor de **R\$5.737.246,55**, previstas no inciso II, “d”, do mesmo artigo e diploma legal citados, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário – Infração 4) – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Tolstoi Seara Nolasco e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DIVERGENTE (Recurso Voluntário – Infração 4) – Conselheiros: José Carlos Barros Rodeiro, Paulo Sérgio Sena Dantas e Leila Barreto Vilas Boas.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - VOTO DIVERGENTE
(Recurso Voluntário – Infração 4)

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES – REPR. DA PGE/PROFIS