

A. I. Nº - 206837.0003/18-7
AUTUADO - M. SHOP COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO SANTOS LEAL
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/01/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-03/18

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS. NULIDADE. A autuação contém vício jurídico que afeta a sua eficácia, considerando a falta de comprovação da origem dos créditos fiscais utilizados apontados como indevidos. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada e a base de cálculo. Infração NULA. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO DECLARADAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DAS ENTRADAS. PAGAMENTOS COM RECURSOS PROVENIENTES DAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO CONTABILIZADAS. Infração 02 caracterizada. b) DIFERENÇAS DE ENTRADAS E SAÍDAS DAS MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA. OPERAÇÕES DE ENTRADAS. Infração 03 caracterizada. c) RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração 04 caracterizada. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 29/06/2018, para exigir o crédito tributário em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 01.02.41. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses setembro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$36.705,89, com aplicação de multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96;

Em complemento consta: “*Ver Planilhas 1 e 2 que contém os dados relativos as NFe e itens de mercadorias que foram objeto de crédito a maior. Os itens de mercadorias em questão foram objeto de transferência de unidades do grupo, na sua maioria itens importados, cuja alíquota utilizada para apuração do ICMS destacado se deu a maior do que previsto na legislação*”;

Infração 02 - 04.05.04. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, no exercício fechado de 2013, no valor de R\$291,22, com aplicação de multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96;

Consta como complemento: “*Ver Planilha 3, que síntese das omissões identificadas por itens de mercadorias. Deve ser objeto de exame os relatórios detalhados disponibilizados em CD contendo as movimentações de Entradas; Saídas; e Inventário Final, assim como o Preço Médio utilizado para apuração dos valores de ICMS.*”

Infração 03 - 04.05.05. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária- a das operações de entrada- com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, no exercício fechado de 2014, no valor de R\$6.247,07, com aplicação de multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96;

Complemento: Ver Planilha 4, que contém a síntese das omissões identificadas por itens de mercadorias. Deve ser objeto de exame os relatórios detalhados disponibilizados em CD contendo as movimentações de Entradas; Saídas; Inventário Inicial e Inventário Final, assim como o Preço Médio utilizado para apuração dos valores de ICMS.

Infração 04 - 07.01.02. Recolhimento a menos 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 setembro a dezembro de 2013, janeiro, fevereiro, abril, julho e agosto de 2014. Exigido o valor de R\$786,95, com aplicação de multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96;

Complemento: Itens de Mercadorias objeto de Substituição Tributária por Antecipação não realizada conforme Planilhas 5 e 6 identificadas pela correlação entre NFe, escrituração Livro de Entradas e recolhimentos de ICMS efetuados.

O autuado através de representante devidamente habilitado apresenta defesa nas fls. 83 a 97, inicialmente, discorre quanto aos fatos da autuação, reproduz o teor das infrações.

Com relação à imputação de utilização de crédito destacado a mais - Infração 01 - afirma que não ocorreu tal infração, pois as mercadorias em questão foram objeto de transferência interna de unidades do grupo, com CFOP 1.152, cuja alíquota utilizada para apuração do ICMS destacado deve ser de 17% conforme planilha elaborada (Doc. 02) pela própria autoridade fiscal referente ao exercício de 2013 e 2014, conforme quadro de fl. 86.

Esclarece que a alíquota de 4% se aplica somente às operações interestaduais conforme determina a Resolução nº 13 de 2012. Chama atenção para que observe na tela da planilha o CFOP 1.152 corresponde às transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, no qual olvida que o estabelecimento remetente destacou e pagou sobre a alíquota de 17%.

Com relação ao item 02 - omissão de entradas - observa que a planilha apresentada pela autoridade fiscal (doc. 03) não deixa claro sobre os cálculos para encontrar essa diferença, conforme diz demonstrar planilha que anexa à fl. 87.

Quanto à Infração 03 - falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, ao “deixar de contabilizar as entradas”, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e não contabilizadas - destaca que o levantamento quantitativo da autoridade fiscal se apresenta equivocado e confuso, pois se trata de mera presunção, com critérios subjetivos e sem critérios claros para a aferição da suposta infração.

Salienta que ao relatar que a empresa deixa de contabilizar entradas, sendo verdadeira a afirmação, estariam diante de uma omissão de entradas e não omissão de saídas, conforme quadro de fl. 88.

Ressalta que se não houve contabilização das entradas, em nenhuma hipótese deveria ser aplicados aos valores encontrados os preços de saídas ou preços médios calculados pela autoridade fiscal sem qualquer critério objetivo. Junta quadro de planilha de fl. 88.

Suscita que para a lavratura do auto de infração, torna-se indispensável à busca da verdade material. Afirma que não pode a autoridade fiscal agir fundamentada em presunções ou “achismos”, mas sempre que possível deve descobrir a efetiva ocorrência dos fatos, deve evitar

praticar um ato ilegal em razão do desconhecimento da verdade, ou quando não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Diz identificar erros no trabalho da autoridade fiscal, comprovado com as notas fiscais de entradas e saídas (doc. 04), conforme quadros de fl. 89.

No que diz respeito à Infração 04, revela seu entendimento de ser indevida a cobrança do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às mercadorias recebidas em transferência, por não constituir fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte (doc. 05), conforme quadro de fl. 90.

Quanto à aplicação da Resolução do Senado Federal nº 13, de 2012, destaca que seu objetivo primordial de acabar com a guerra dos portos, de modo a reduzir o efeito dos benefícios fiscais concedidos por Estados da Federação para atração de empresas e maior volume de negócios em seu território, no qual foi publicada tal resolução citada que estabelece a alíquota de 4% para operações interestaduais com mercadorias importadas do exterior. Reproduz o art. 1º da citada resolução.

Esclarece que a imputação de infração tributária, pela autoridade fiscal, ao indicar a alíquota de 4% nas operações internas realizadas em 2014 de mercadorias importadas recebidas em transferência interna com CFOP 1.152 é totalmente desprovido de qualquer fundamentação legal. Afirma que sujeitar o contribuinte remetente ao pagamento de 17%, alíquota interna por ocasião da transferência de um estabelecimento para outro do mesmo titular e exigir o aproveitamento de 4% pelo estabelecimento destinatário é totalmente desarrazoável. Com a vedação ao crédito estaria diante de um enriquecimento ilícito do Estado.

Frisa a não cumulatividade do ICMS. Ressalta que passou a ser adotado no Brasil com o ICM, estando previsto na legislação ordinária desse imposto, sendo posteriormente introduzido na Constituição brasileira com a Reforma Constitucional nº 18, de 1965. Observa que o referido princípio é adotado pelos mais modernos sistemas tributários e visa acabar com os efeitos da tributação em “Cascata”. Explica que para não ocorrer essa “tributação em cascata”, permite-se a compensação do ICMS 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. Reproduz o art. 155, §2º, inciso I, da CF/88.

Roga pela aplicação do princípio da verdade material frente aos erros no levantamento do estoque. Cita e reproduz entendimento do Professor James Marins sobre o citado princípio em relação à omissão apurada pelo levantamento do estoque.

Solicita diligência para a produção de provas que poderão ser juntadas em qualquer fase do processo administrativo tributário rogando o princípio da verdade material.

Refuta a multa aplicada, por sustentar ser confiscatória. Destaca que a multa de 100% sobre o valor do imposto cobrado na auditoria estoque - saídas mercadorias tributadas sem registro, entende ser improcedente. Lembra que, tanto em cunho federal, como estadual, sempre houve certa liberalidade legislativa quando da fixação de multas tributárias aos contribuintes que por ventura descumprissem com alguma norma vigente ou não atendessem as exigências do fisco. Cita entendimento do ministro Roberto Barroso, do STF, no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 727.872/RS, acerca das espécies de multas tributárias existentes no direito pátrio.

Salienta que existem no direito tributário as multas moratórias, para o caso de algum atraso no pagamento de um tributo por algum contribuinte, e as multa punitivas, que, como o nome diz, visam punir o contribuinte que venha a desrespeitar alguma norma tributária, caso no qual, em razão da maior gravidade da conduta, há a aplicação de sanções bem mais gravosas.

Observa que tais multas aplicadas, em determinadas ocasiões específicas, é possível que o contribuinte seja penalizado com multas aplicadas em valor equivalente ao dobro ou até o triplo

do valor do tributo devido. Acrescenta que tal prática, apesar de prevista em legislações federais e estaduais, comumente realizada pelo fisco, em razão dos valores que, em determinadas ocasiões, são envolvidos, podem ocasionar o surgimento de dívidas impagáveis com o Poder Público, levando, em muitas ocasiões, a falência de empresas. Transcreve o art. 150, inciso IV.

Frisa que a multa tributária punitiva no percentual de 100% sobre o valor do tributo principal, prevista através de lei estadual em pleno vigor no estado da Bahia. Cita julgamento do STF, reafirmando decisão que anteriormente já havia tomado, entendeu que é inconstitucional a aplicação de qualquer sanção administrativa tributária punitiva, tanto em caráter federal, estadual e municipal, em percentual superior ao real valor do tributo devido pelo contribuinte.

Chama atenção para a prática corriqueira dos fiscos em aplicação de multa em valor superior ao montante devido, amparados em legislações federais, estaduais e/ou municipais, de acordo com o caso concreto, caracteriza o confisco, ato totalmente vedado pela CF/88, nos termos do art. 150, inciso IV. Reproduz a Súmula nº 166 do STJ, “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*” (AgInt no AREsp 166.764/PA, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 29/6/2017). 3. Recurso especial a que se dá parcial provimento. (STJ - REsp: 1626012 SC 2016/0240745-3, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 19/06/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/06/2018).

Protesta pela juntada de razões finais de julgamento e produção de sustentação oral quando da designação de julgamento, para todos os efeitos legais.

Requer que todas e quaisquer intimações sejam dirigidas ao endereço do signatário da presente - Ronaldo Corrêa Martins, OAB/SP - 76.944, qual seja: Rua Júlio Gonzalez, 132 - 28º andar, Conjuntos 221 e 222, Barra Funda - CEP - 01156-060, São Paulo-SP.

Conclui pugnando pela nulidade do Auto de Infração e, caso ultrapassada a nulidade, requer a improcedência total ou parcial dos autos.

Na informação fiscal, fls. 165 a 168, o Autuante reproduz o teor da autuação e resume a peça impugnativa nos termos que se segue.

Quanto à Infração 01, informa que os elementos de argumentação apresentados são procedentes, de modo que acata as alegações e considera indevida a exigência dos valores objeto da exigência fiscal desse item da autuação. Sustenta a necessidade quando do julgamento do PAF ser efetuada a exclusão total dessa Infração.

Em relação à Infração 02, sob a alegação de não ser claro os procedimentos e cálculos para encontrar a diferença apontada, mesmo com apensação de cópia da Planilha 3, ainda que não mencione os demais elementos de demonstração, apuração e comprovação das mencionadas diferenças de estoque.

Observa que o Autuado ignora as demais planilhas entregues que subsidiaram a identificação das omissões, assim como, a descrição e tipificação legal presente no Auto de Infração, assim como a descrição da infração efetuada.

Explica que mediante exame das planilhas de cálculo entregues será passível de compreensão a apuração do valor de ICMS devido (R\$291,22), fruto da identificação de omissões de entradas de mercadorias, a partir da auditoria de estoques dos itens de mercadorias.

Sustenta que não identificou elementos de defesa que ensejem a revisão dos valores ou mesmo da infração, pois os elementos de cálculo, descrição e configuração da Infração, assim, como a tipificação legal da infração se faz presente no PAF, de modo que, defende a manutenção da Infração.

No que concerne à Infração 03, revela que o Autuado alega a existência de confusão e de equívocos, inclusive na utilização de créditos subjetivos (tópico 10). Sustenta ainda, ser indevido em caso da existência de omissões do uso do preço de saídas ou preço médio. Aponta em sua peça a existência de “achismos”, por fim apresenta o quadro de movimentação de itens da

mercadoria “4080010937 - DUNE FAQUEIRO CJ 101PC” para defender a não existência da diferença de estoque de 1 item. Aponta que ao invés de 16 itens de Entradas ocorreu apenas a Entrada de 15 itens. Apresenta cópia das notas e cupons fiscais correspondentes que apensa às fls. 124 a 138.

Afirma não haver comentários a fazer acerca aos termos utilizados pelos prepostos pouco adequado e respeitoso no trato com outros profissionais. Menciona no que concerne ao atendimento das Intimações, sendo necessário a prorrogação de prazos, ainda que sempre se fez presente o respeito e a civilidade, que inclusive, foi considerado e levou a sucessivas extensões de prazos, para que atendessem obrigações legais previamente conhecidas.

Esclarece que quando aos demonstrativos relativos à Entrada de mercadorias do mencionado item de mercadoria, que a quantidade de 16 itens apontados no demonstrativo é a correta, uma vez que o demonstrativo elaborado pelo Autuado que aponta uma movimentação de entradas de 15 itens, ignora e, portanto, de faz ausente a Nota Fiscal nº 1767 de 24/12/2014 relativa a devolução do mencionado item de mercadoria. Afirma que a mencionada nota fiscal foi regularmente lançada na EFD do mês de dezembro de 2014 (ver cópia em anexo), de modo que não há o que ser objeto de alteração ou mudança.

Registra que não houve qualquer objeção aos valores de omissão de estoques apurados relativo ao exercício de 2013. Mantém integralmente os valores apurados da Infração 03, uma vez que a alegação efetuada não encontra respaldo, em razão da não inclusão da citada nota fiscal (1767) no demonstrativo apresentado.

Para a Infração 04, registra que o Autuado alega ser indevida, pois trata-se da exigência de substituição tributária em mercadorias passíveis de tal tratamento, conforme prevê a legislação tributária do Estado da Bahia, por considerar que a simples transferência de mercadorias não se constitui fato gerador de ICMS, efetuando a apresentação da Planilha 5 que apresenta os valores apurados para o ano de 2013.

Afirma que essa infração está caracterizada e descrita no Auto de Infração, com a menção da tipificação legal, as referidas mercadorias foram remetidas do Estado de São Paulo para a Filial objeto de auditoria, de modo que não identifica na peça de defesa, elementos que ensejem a revisão da Infração.

Arremata destacando que a Infração 01, em razão das alegações apresentadas, deve ser considerada improcedente. Quanto à alegação sobre a não-cumulatividade do ICMS, não há consideração a efetuar.

Frisa que os procedimentos adotados estão em consonância com a legislação, não cabendo tecer comentários sobre os termos utilizados, que consideram inadequados ou inapropriados no trato entre profissionais, mas recorrente em alguns advogados.

Quanto às alegações acerca da natureza confiscatória das multas presentes, esclarece que foi aplicado o disposto apontado na legislação, não cabendo tecer considerações.

Conclui pugnando pela exclusão da Infração 01, e pela manutenção dos valores relativos às demais Infrações de modo integral, por não ter havido fatos e demonstrativos de cálculos novos produzidos, conforme preceitua o §7º, do art. 127, do RPAF-BA/99.

VOTO

Compulsando os autos, verifico que o presente processo administrativo fiscal, com exceção da Infração 01, está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF-BA/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Rejeito o pedido de realização de diligência formulado pelo Autuado, por entender que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de

julgamento administrativo (acorde o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99. Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

Infração 01 - cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, consoante demonstrativo constante das Planilhas 1 e 2 acostadas às fls. 32 a 44 e 53 a 63.

O Impugnante em sua defesa, alegou que não ocorrera a utilização indevida de créditos fiscais em decorrência de destaque a mais, apurada pela fiscalização, tendo em vista de que as operações arroladas no levantamento fiscal se referem a transferências internas como demonstram os CFOP constantes das notas fiscais, cuja alíquota destacada é de 17%.

Ao prestar informação fiscal, o Autuante asseverou serem procedentes os argumentos apresentados pelo Defendente, e pugnou pela exclusão desse item da autuação.

Depois de examinar as peças que compõem a apuração dessa infração, constato, precipuamente, ao compulsar os demonstrativos, que apesar da indicação das alíquotas de 4% e 12%, não consta a comprovação de quais documentos fiscais correspondem à origem das diferenças apuradas e exigidas na autuação. Ademais, nas notas fiscais de transferências arroladas no levantamento fiscal para apuração da exigência fiscal, constam destaque de 17%, créditos esses, utilizados pelo Impugnante.

Neste caso, entendo que a autuação contém vício que afeta a sua eficácia, ante a incerteza na apuração dos valores exigidos.

É patente, que não deve prosperar o procedimento fiscal que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada e a base de cálculo do imposto exigido.

Fica evidenciado, que no presente caso, a Infração 01 se configura inquinada de nulidade, consoante teor da alínea “a”, do inciso IV, do art. 18 do RPAF-BA/99.

Assim, concluo pela nulidade da Infração 01, representando à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal, a salvo de incorreções, conforme previsão estatuída no art. 156 do RPAF-BA/99.

Infração 02 - trata da falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2013, conforme demonstrativo de apuração à fl. 45, e CD, à fl. 80.

O Autuado em sua impugnação alegou, tão-somente, que o levantamento fiscal não deixa claro os cálculos utilizados para encontrar a diferença.

Observe que nas razões de defesa não foram contestados os dados numéricos constantes no levantamento fiscal, nem tampouco foi apontado de forma inequívoca qualquer inconsistência na apuração da presunção legal de omissão de saídas.

Observe que o levantamento quantitativo de estoques tem como objetivo conferir as entradas e saídas de mercadorias, em confronto com o inventário registrado no livro próprio, em um determinado período. Neste levantamento fiscal são conferidas as quantidades de entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento em determinado período, tendo como referências o estoque inicial e o estoque final constantes do inventário, e sendo constatado que houve omissão de saídas ou de entradas são apurados os preços médios, e encontrada a base de cálculo para se determinar imposto devido.

Constatando-se que houve omissão de entradas de mercadorias tributáveis, neste caso, a exigência do pagamento do imposto é embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias, autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem pagamento do imposto, conforme prevê §4º, do art. 4º da Lei 7.014/96, e art. 7º, inciso II da Portaria 445/98.

Convém salientar ser responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal e a remessa dos arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais; e em relação a quaisquer inconsistências, equívocos ou divergências, apuradas quando da realização do levantamento quantitativo de estoques, cabe ao autuado indicar objetivamente, apresentando a escrituração e correspondente documentação fiscal.

No presente PAF, não foi apresentado qualquer elemento que comprovasse a alegação defensiva de falta de clareza nos cálculos que resultaram na diferença apurada.

Concluo pela subsistência deste item 02 do presente lançamento.

Infração 03 - cuida da falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no exercício fechado de 2014, conforme demonstrativo acostado às fls. 46 e 51 e CD, fl. 80.

O Defendente alegou ser o levantamento fiscal equivocado e confuso, por tratar-se de mera presunção com critérios subjetivos e sem critérios claros para a aferição da infração,

Ao proceder à Informação Fiscal, o Autuante manteve a autuação e rebateu todas as alegações articuladas pela Defesa e explicou que o levantamento fiscal foi realizado com base nos documentos lançados na EFD, e que a nota fiscal de nº 1767, não consta do demonstrativo apresentado pela defesa.

Depois de compulsar os elementos que compõem esse item da autuação, verifico que todos as operações que serviram de base para apuração da falta de recolhimento do imposto apurado nesse item da autuação, foram obtidas na EFD do Impugnante e devidamente identificadas nos demonstrativos individualizadamente, todas as notas fiscais e suas cópias foram entregues em CD ao Autuado, como se consta à fl. 74.

Constatando-se que houve omissão de entrada de mercadoria tributável superior à omissão de saída, é devido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte, sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que, o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações não contabilizadas, conforme art. 13, inciso II da Portaria 445/98.

Verifico que mesmo de posse de todas as peças que lastrearam o levantamento quantitativo de estoque, o Autuado não carregou aos autos qualquer elemento que maculasse a apuração, objeto da autuação, e nem apontou qualquer inconsistência ou equívoco na apuração estampada no demonstrativo, que resultou nas omissões de entrada.

Pelo expendido concluo pela subsistência deste item do presente lançamento.

Infração 04 - imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, conforme demonstrativo às fls. 51 e 52.

Em sede defesa o Autuado apresentou seu entendimento de que a exigência é indevida, tendo em vista que, por se tratar de transferências recebidas de seus estabelecimentos, as operações objeto da autuação não se constituem fato gerador do ICMS.

No que concerne ao argumento da defesa de que se trata de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, convém salientar que visando uniformizar os procedimentos a serem adotados no âmbito da Administração Pública Estadual, a Procuradoria Geral do Estado expediu o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, com o entendimento de que “não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”, sendo que este entendimento “não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 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 nº 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações, demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto.

Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do RESP nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, §4º da LC nº 87/96.

Por isso, a definição e o alcance do termo “aquisição”, contido no art. 12-A da Lei 7.014/96, há de ser conformado com os demais diplomas normativos que compõem o micro-sistema do ICMS, tais como a CF/88, a LC 87/96 e as normas infralegais existentes, reveladoras que são da escolha feita pelo legislador.

Ora, considerando que, diferentemente do que prega a Defendente, a transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica (circulação física), não se encontra fora do campo de incidência do ICMS, de acordo com o art. 12, é forçosa a conclusão no sentido de que a interpretação da expressão “aquisições”, não fere o micro-sistema do ICMS, pois a incidência sobre as operações de circulação física, nada mais é do que o reflexo de uma norma que se encontra materializada no âmbito da Lei Complementar nº 87/96.

Por isso, o legislador do RICMS-BA/12, editou a regra insculpida no caput do art. 332, inciso III, alínea “b”, referindo-se a “entradas”, em lugar de “aquisições”, conforme se lê abaixo.

“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

I - até o dia 9 do mês subsequente:

[...]

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

[...]

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

Logo, fica patente, a perfeita coerência com o sistema, o regulamento do ICMS estabeleceu que ocorre a fato gerador da substituição tributária (independentemente da mudança da titularidade jurídica da mercadoria), decorrentes de operações interestaduais, o que inclui as operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica.

Frise-se que ao editar tal regra, o legislador regulamentar não extrapolou os contornos delimitados pela Lei nº 7.014/96, mas apenas fez uso do seu poder regulamentar, assumindo um dos sentidos que se poderia validamente atribuir à norma do art. 12-A.

Assim, não merece reparo a exigência do ICMS nas operações por transferência e submetidas ao regime de substituição tributária.

Como que o Autuado não apontou equívocos nos cálculos levados a efeito pelo Autuante, a qualquer título, concluo pela subsistência a Infração 04 o valor do débito no total de R\$786,95, conforme apurado nas Planilhas 5 e 6 acostadas às fls. 51 e 52.

Quanto às multas indicadas (60% e 100%), consigno que estão previstas no art. 42, incisos II, alínea “d”, e VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, descabendo a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do art. 167, incisos I e III do RPAF-BA/99.

Por fim, saliento que este órgão julgador de primeiro grau não tem competência legal para reduzir penalidades por descumprimento de obrigação principal.

No tocante ao pedido para que todas e quaisquer intimações sejam dirigidas ao endereço do signatário da presente - Ronaldo Corrêa Martins, OAB/SP - 76.944, qual seja: Rua Júlio Gonzalez, 132 – 28º andar, Conjuntos 221 e 222, Barra Funda - CEP - 01156-060, São Paulo-SP, observo que inexistente óbice algum para que a Secretaria desse CONSEF acate o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do ato, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, no valor de R\$7.325,24.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206837.0003/18-7**, lavrado contra **M. SHOP COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.325,24**, acrescido das multas de 60% sobre R\$786,95, e 100% sobre R\$6.538,29, previstas no art. 42, inciso II, alínea “d” e inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2018.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA