

A. I. Nº - 207090.0004/18-7
AUTUADO - PAREXGROUP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARGAMASSA LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS, JOÃO RICARDO TERCEIRO E BARRETO E
- MARIA CELIA RICCIO FRANCO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICVAÇÃO INTERNET – 03.08.2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0135-04/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CTCR. a) VALOR NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Item reconhecido. b) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Item reconhecido. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Considerações de defesa não elidem este item da autuação. Demonstrado que o cálculo apontado pela Fiscalização é o correto. Item subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTARIA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Considerações de defesa elidem este item da autuação. Item insubsistente. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO REGISTRADAS NA ESCRITA FISCAL, COM SAÍDA POSTERIOR TRIBUTADA NORMALMENTE. MULTA. Mesmo comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se exigível a aplicação da multa de 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96. Considerações de defesa elidem em parte este item da autuação. Refeito os cálculos pela Fiscalização em sede de Informação Fiscal. Item subsistente parcialmente. 5. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Item reconhecido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/06/2018, exige o valor de R\$90.310,34, inerente ao ano de 2016, conforme demonstrativo e documentos às fls. 08 a 99 dos autos, e CD/Mídia de fl. 309, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.10: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento(s) fiscal(s). Consta da descrição dos fatos que, no exercício de 2016, o contribuinte, usuário de EFD, utilizou-se indevidamente de crédito fiscal não destacado em CTCR (Transportador Simples Nacional). Lançado ICMS no valor de R\$25,39, com enquadramento no art. 29 e 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is). Consta da descrição dos fatos que, no exercício de 2016, o contribuinte, usuário de EFD, utilizou-se indevidamente de crédito fiscal não destacado em CTCR. Lançado ICMS no valor de R\$159,76, com enquadramento no art. 29 e 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa de 60% aplicada na forma do

art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 – 06.05.01: Deixou 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 e/ou consumo do próprio estabelecimento no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 67 a 70 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$2.396,48, com enquadramento no art. 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – 07.02.02: Reteve e recolheu a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 73 a 76-v dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$557,35, com enquadramento no art. 8º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 – 07.15.03: Multa percentual sobre imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente no ano de 2016 conforme demonstrativo de fls. 77 a 85 dos autos. Lançado multa de 60% do imposto não antecipado, com enquadramento no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96 tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 06 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 92 a 93 dos autos. Lançado multa no valor de R\$168,71, com enquadramento no art. 217 e 247, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 tipificada na forma do art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 101 a 107 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado que desenvolve atividade de industrialização e comercialização de artefatos e produtos de concreto, cimento, fibrocimento, gesso e materiais semelhantes, em que, após ter sido alvo de fiscalização que teve por objetivo averiguar o cumprimento das obrigações atinentes ao ICMS, no exercício de 2016, foi cientificada do presente PAF, em decorrência das supostas infrações à legislação tributária, onde diz que passa a apresentar as razões pelas quais se revela manifestamente improcedente a presente exigência lavrada nas **Infrações 04 e 05 nos itens 07.02.02 e 07.15.03**, respectivamente.

- *Infração 03 - 06.05.01 - Total de 2.396,48*

Contesta a fórmula de cálculo utilizada pela Fiscalização visto que a Fiscalização não observou que a mudança no § 6º, alterado pela Lei 13.816/2017 sofreu efeitos a partir de 22.12.2017.

Diz que a fiscalização está concentrada no exercício do ano de 2016, e neste período a vigência do § 6º inciso XI do Artigo 17, da Lei Estadual nº 7.014/96, contemplava a seguinte redação:

§ 6º Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto”

Conforme quadro demonstrado à fl. 103 dos autos, entende que é devida a cobrança do ICMS diferencial de alíquota do valor resultante entre a diferença do valor calculado com o valor apurado nos Livros Fiscais de Entrada e com seu consequente recolhimento, que é o valor original de R\$ 1.228,70.

- *Infração 04 - 07.02.02 - Total da Infração: R\$557,35*

Consigna que demonstrará abaixo que não há que se falar em recolhimento do ICMS a menor. Destaca que o saldo recolhido de R\$ 18.578,78, se refere aos valores apurados com os débitos de R\$ 19.278,61, descontados dos créditos de R\$ 699,83.

Neste contexto diz que a Fiscalização não considerou a nota fiscal nº 17.019 - CFOP 5.910, no

somatório das operações de saídas com débito do imposto. Destaca que, com apresentação dos quadros detalhados na fl. 104 dos autos, associado ao destaque no corpo da defesa à fl. 105 do DAE recolhido, pede que seja cancelada a cobrança desta Infração 04 no valor de R\$557,35.

- *Infração 05 - 07.15.03 - Total da Infração: R\$87.002,65*

Diz que a Fiscalização realizou análise dos movimentos das notas fiscais de entrada, no livro Registro de Apuração - EFD, referente ao exercício do ano de 2016, em tal análise, a Superintendência de Administração Tributária demonstrou por meio de um levantamento, ausência do recolhimento da antecipação parcial neste período.

Destaca que neste levantamento de Antecipação Parcial, preparado pela Fiscalização, estão relacionadas todas as notas fiscais registradas no Livro Fiscal de Entrada - CFOP 2.152. Ocorre que ao analisar o detalhamento deste levantamento, deparou com notas fiscais, sendo na sua totalidade, de recebimento de produto acabado, por meio de transferência de outras unidades da Federação de estabelecimentos da mesma empresa da Impugnante.

Pede para observar quadro constante do corpo da defesa à fl. 106, demonstrando algumas notas fiscais que estão no levantamento da antecipação parcial. Destaca que o CNPJ raiz 88.028.873 se trata do CNPJ da empresa autuada.

Mais adiante, afirma que a cobrança é equivocada, pois à luz da interpretação do Artigo 12-A parágrafo 1º inciso III, que assim diz o texto:

“Art.12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Parágrafo 1º. A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

III - antecipação ou substituição tributária, aue encerre a fase de tributação.”

Também destaca o Artigo 8º parágrafo 8º inciso II, da Lei 7.014/96, onde diz que não se aplica a cobrança da antecipação parcial quando:

Art. 8º. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

Parágrafo 8º. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:

II - a outro contribuinte ao qual a legislação atribua a condição de responsável pelo pagamento do imposto por substituição passiva ou substituição, em relação à mesma mercadoria, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes.”

Diante do exposto acima, aduz que não há dúvidas que houve equívoco por parte da Fiscalização na cobrança do referido imposto, com aplicação de multa em 60%, sobre os valores lançados à título de antecipação parcial nas operações de transferências de produto acabado, recebidos de outros estabelecimentos da mesma empresa da Impugnante, visto que a responsabilidade pelo recolhimento da substituição tributária é atribuído ao destinatário nas operações internas subsequentes.

- *DO PEDIDO*

Reconhece e requer a Impugnante pela atualização dos valores da **Infração 03 - 06.05.01**, para que se efetue o recolhimento, por se encontrar com pagamento inferior aos valores calculados, conforme quadro demonstrativo no item a) *Infração 03 - 06.05.01 - Valor da Diferença - R\$ 1.228,70.*

Requer ainda que seja julgado pela improcedência, e a consequente decisão de anulação das Infrações 04 e 05, itens 07.02.02 e 07.15.03 respectivamente.

Os agentes Fiscais, ora representado pela Auditora Fiscal Maria Consuelo Barros, presta a informação fiscal, às fls. 138 a 141 dos autos, conforme a seguir descrito:

- *DA INFRAÇÃO 03*

Apos descrever os termos da defesa, diz que o sujeito passivo insurge contra a infração 3, discordando da metodologia aplicada para a apuração do imposto por diferencial de alíquota. Destaca que o defendente não contesta a infração, porém o montante do débito apurado.

Observa que toda a dúvida do contribuinte repousa no art. 4, XV, e art. 17, XI, e Parágrafo 6, da Lei 7014/96. Após destacar o art. 4, XV, diz que o art. 17, XI, tem a seguinte redação:

“Nas hipóteses dos incisos XV e XVI do caput do art. 4º desta Lei, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo”.

Nota: A redação atual do inciso “XI” do caput do art. 17 foi dada pela Lei nº 13.373, de 21/09/15, DOE de 22/09/15, efeitos a partir de 01/01/16.

Redação originária, efeitos até 31/12/15: “XI - nas hipóteses do inciso XV do art. 4º, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem.”

Prosseguindo-se na manifestação, diz que está dito na redação originária do Parágrafo 6, do art. 17 supra citado, com efeitos até de 21/12/2017 : *“Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor alí previsto”.* Ou seja, com o montante do ICMS relativo à diferença de alíquota integrando a base de cálculo do imposto.

Destaca que a redação atual do Parágrafo 6, do art. 17, da Lei 7014/96 (vigente a partir de 22/12/2017), veio para explicitar o cálculo, não para criá-lo.

Neste sentido diz que a autuação está perfeita, e conforme a tipificação legal cabível. Segue em Anexo, e será entregue em cópia ao contribuinte, para que se manifeste nos Autos, querendo, no prazo de 10 dias conforme Art. 18, I do RPAF, modelo explicitado da metodologia utilizada.

Ante a ausência de elementos impeditivos, modificativos ou extintivos da infração autuada, mantemos a Infração 3, examinada, em todos os seus termos e valores.

- **DA INFRAÇÃO 04**

Após descrever as considerações de defesa, diz acata as razões do contribuinte. Entretanto, por ter deixado de apresentar esclarecimento sobre a infração, no prazo da intimação (constante da folha 28 deste processo), propõe a aplicação da multa de R\$ 460,00, conforme disposto no art. 42, XX, a, da Lei 7014/96, que diz estar autorizado pelo art. 157, do Dec. 7629/99 – RPAF, que destaca: *“verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente”*

- **DA INFRAÇÃO 05**

Após descrever as considerações de defesa, diz que o que o contribuinte argumenta é parcialmente verdadeiro. As regras que ele menciona, referem-se apenas a mercadorias sujeitas a Substituição Tributária, adquiridas de outro Estado, para revenda

Destaca que, dentre as mercadorias que compõem o Levantamento Fiscal, constante das folhas 77 a 85 deste Auto de Infração, há mercadorias adquiridas em operações interestaduais, não sujeitas a ST, e sobre estas, deveria ter sido feita a antecipação parcial. Fato este passível de autuação.

Diz anexar aos autos, que será entregue em cópia ao contribuinte, para que se manifeste, querendo, no prazo de 10 dias conforme Art. 18, I do RPAF, novo Levantamento da Antecipação Parcial devida em 2016 – produtos adquiridos de outros estados para revenda, não sujeitos a ST, onde as mercadorias estão destacadas por item da NF. Em substituição ao Levantamento das folhas 77 a 85 deste Auto.

Diz anexar aos autos, cópia do Anexo 1 do Dec. 13.780/12 – RICMS – referente a 2016 - (que especifica quais NCM/SH estão sujeitos a ST ou Antecipação Tributária) e cópias de NF (obtidas

através das CHAVES, constantes de coluna no novo Levantamento Fiscal).

Ttambém diz anexar ao presente PAF o novo Demonstrativo do Débito, em substituição ao existente entre as folhas 05 e 06 deste processo. Será entregue em cópia ao contribuinte, para que se manifeste nos Autos, querendo, no prazo de 10 dias conforme art. 18, I do RPAF.

Após criterioso exame das razões do contribuinte, roga a este Colendo Conselho, que julgue o AI 207090.0004/18-7, em tela, parcialmente procedente.

Ao ser dado ciência ao sujeito passivo dos termos da Informação de Fiscal, este volta aos autos às fls. 169/180, replicando todas as suas considerações de mérito de defesa, acrescentando tão somente decisões do STJ, bem assim entendimentos de jurista sobre o aspecto da não incidência do ICMS sobre operações de transferência de mercadoria entre estabelecimento do mesmo titular, oriundas de outras unidades da Federação.

Por sua vez, os Autuantes, representados pela Agente Fiscal Maria Consuelo Barros, produz nova Informação Fiscal às fls. 202/205, trazendo, também, as mesmas considerações postas na Informação Fiscal original de fls. 138/141, mantendo todo o seu posicionamento anteriormente expressado.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, o qual exerceu o contribuinte seu direito de defesa com plenitude, em dois momentos do PAF, seja em sede de defesa, ou seja, em sede de manifestação à Informação Fiscal, motivo pelo qual entendo que a lide está apta ao seu deslinde.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$3.138,98, relativo a quatro irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$87.171,36, relativo a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de R\$90.310,34, sendo impugnadas as infrações 3, 4 e 5. Por sua vez, as infrações 1, 2 e 6, foram acatadas pelo defendente, em que de pronto serão consideradas procedentes. Assim, a contenda se restringe apenas em relação às infrações 3, 4 e 5 do presente PAF.

No mérito, a infração 3 diz respeito a ter deixado 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 e/ou consumo do próprio estabelecimento no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 67 a 70 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$2.396,48, com enquadramento no art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

A lide resulta da discordância do defendente quanto à fórmula de cálculo utilizada pela Fiscalização na apuração do débito lançado, sob a perspectiva de que a mudança no § 6º, do inc. XI, do art. 17 da Lei 7.014/96, sofreu efeitos a partir de 22.12.2017.

Pontua que à época da ocorrência dos fatos geradores, que remonta ao ano de 2016, o § 6º, do inc. XI, do art. 17, da Lei 7.014/96, contemplava a seguinte redação: *“Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto”*. Neste contexto, entende que a base de cálculo apontada no demonstrativo de débito da autuação não deveria ser acrescida do valor do IPI, como assim desenvolveu a Fiscalização, considerando o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas como integrante da própria base de cálculo.

De fato a redação do § 6º, do inc. XI, do art. 17 da Lei 7.014/96, arguido pelo defendente, vigente à época dos fatos geradores da autuação é o posto na sua defesa à fl.103 dos autos, acima reproduzido; todavia há de se destacar que o citado § 6º, remete a observar o que dispõe o inciso XI do art. 17, quando diz que **o valor do imposto a pagar será resultante da aplicação do percentual** equivalente à diferença de alíquota interna e a interestadual, **sobre o valor ali previsto**.

Em sendo assim, cabe observar o valor previsto no inciso XI, do art. 17, da Lei 7.014/96, que assim dispõe, com a redação à época dos fatos geradores da autuação, dada pela Lei nº 13.373, de 21/09/15, DOE de 22/09/15, efeitos a partir de 01/01/16.

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

XI - nas hipóteses dos incisos XV e XVI do caput do art. 4º desta Lei, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo.

Portanto, para a determinação da base a ser utilizada para fins de cálculo da diferença de alíquota nas operações interestaduais destinadas ao consumidor final (contribuinte ou não do imposto), deve-se incluir o ICMS total da operação, utilizando a alíquota interna vigente na Unidade Federada - UF de destino, conforme orientação contida no inciso XI, do artigo 17º da Lei Estadual n.º 7.014/96 (redação introduzida pela Lei Estadual n.º 13.373/15).

De acordo com essa regra, a DIFAL devida nas aquisições de ativo fixo e/ou material de uso ou consumo passa a ser calculada sobre o valor total do documento fiscal e, então, expurga-se o ICMS da alíquota do estado de origem (contidos os acréscimos dispostos no § 1º, do artigo 13º da Lei Complementar n.º 87/96), e com tributação final do Estado da Bahia (imposto calculado por dentro, com aplicação da alíquota interna da Unidade Federada de destino).

Em sede de Informação Fiscal, a Fiscalização diz ter procedido, no cálculo da diferença de alíquota, objeto da autuação, em conformidade com o comando legal vigente à época dos fatos, ou seja, acrescendo ao valor da operação a parcela do IPI incidente, fazendo com que o montante do ICMS relativo a diferença de alíquota integrasse a própria base de cálculo na forma do que dispões o inciso XI, do artigo 17º da Lei Estadual n.º 7.014/96, com a redação introduzida pela Lei Estadual n.º 13.373/15.

Neste sentido, da análise do demonstrativo de débito da infração 3, como bem destacado em sede de Informação Fiscal, observo que, de fato, a Fiscalização procedeu ao cálculo da diferença de alíquota, objeto da autuação, em conformidade com o comando legal vigente à época dos fatos

Logo, entendo restar subsistente a infração 3 nos valores apontado no demonstrativo de débito de fls. 68/69 dos autos, por entender que está em consonância com o comando legal vigente à época dos fatos geradores (inc. XI, do artigo 17º da Lei Estadual n.º 7.014/96). Desta forma, entendo subsistente a Infração 3.

A infração 4 diz respeito à retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 73 a 76-v dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$557,35, com enquadramento no art. 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Consigna o sujeito passivo que não há que se falar em recolhimento do ICMS a menor. Destaca que o saldo recolhido de R\$18.578,78, se refere aos valores apurados com os débitos de R\$19.278,61, descontados dos créditos de R\$699,83.

Neste contexto, diz que a Fiscalização não considerou a nota fiscal nº 17.019 - CFOP 5.910, no somatório das operações de saídas com débito do imposto. Destaca que, com apresentação dos quadros detalhados na fl. 104 dos autos, associado ao destaque no corpo da defesa à fl. 105 do DAE recolhido, pede que seja cancelada a cobrança desta Infração 4 no valor de R\$557,35.

Em sede de Informação Fiscal, a Fiscalização acolheu os argumento defensivos. Não vendo nada que desabone tal manifestação, voto pela insubsistência da infração 4.

A infração 5 diz respeito à multa percentual sobre imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente no ano de 2016 conforme demonstrativo de fls. 77 a 85 dos autos. Lançado multa de 60% do imposto não antecipado, com enquadramento no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96 tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” do mesmo diploma legal.

Sustenta o sujeito passivo que a Fiscalização realizou análise dos movimentos das notas fiscais de entrada, objeto da presente autuação, na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD), referente ao exercício do ano de 2016, em que identificou ausência do recolhimento da antecipação parcial neste período.

Registra que no levantamento de Antecipação Parcial, preparado pela Fiscalização, estão relacionadas todas as notas fiscais registradas no Livro Fiscal de Entrada (*CFOP 2.152-Transferência para comercialização*). Neste contexto, diz que, ao analisar o detalhamento deste levantamento, deparou com notas fiscais, sendo na sua totalidade, de recebimento de produto acabado, por meio de transferência de outras unidades da Federação de estabelecimentos da mesma empresa da Impugnante, ou seja, o CNPJ raiz 88.028.873 trata-se do CNPJ desta empresa autuada.

Pede, então, para observar o quadro constante do corpo da defesa à fl. 106 dos autos, onde diz demonstrar algumas notas fiscais que estão no levantamento da antecipação parcial. Destaca que o CNPJ raiz 88.028.873 se trata do CNPJ da empresa autuada.

Afirma que a cobrança é equivocada, pois à luz da interpretação do Artigo 12-A parágrafo 1º inciso III da Lei 7.014/96 que destaca, combinado com o art. 8º, inciso II, do mesmo diploma legal, que também destaca, entende que não se aplica a antecipação parcial.

Em sede de Informação Fiscal, a Fiscalização, após descrever as considerações de defesa, diz que a argumentação do defendente é parcialmente verdadeiro. Ou seja, as regras que ele menciona, referem-se apenas a mercadorias sujeitas à Substituição Tributária, adquiridas de outro Estado, para revenda

Destaca a Fiscalização que, dentre as mercadorias que compõem o levantamento fiscal, constante das folhas 77 a 85 deste Auto de Infração, há mercadorias adquiridas em operações interestaduais, não sujeitas a Substituição Tributária (ST), e sobre estas, deveria ter sido feita a antecipação parcial. Fato este passível de autuação.

Anexa aos autos novo levantamento fiscal de antecipação parcial devida no ano de 2016 às fls. 144/150, em que reduz o lançamento fiscal de R\$87.002,65 para o valor de R\$22.870,38 na forma do demonstrativo resumo do Auto de Infração, em tela, à fl. 142, dos autos, com ciência da alteração da autuação e abertura de prazo de 10 dias para manifestar, querendo, na forma do art. 18, inc. I do RPAF/BA.

Cientificado do resultado da Informação Fiscal, por Termo de Intimação à fl. 164, na forma da legislação, o sujeito passivo volta aos autos às fls. 169/180, replicando todas as suas considerações de mérito de defesa até então, agora, eminentemente, quanto ao aspecto de não ser devido a incidência da antecipação parcial por entender que se relacionam as operações remanescentes da autuação a transferência de mercadorias entre estabelecimento do mesmo titular, em que, a obrigação prevista em lei, tem como fato gerador a aquisição de mercadorias em outros Estados que seja destinadas à comercialização.

Diz que, por aquisição, têm-se a ação ou consequência de adquirir, ou seja, de se tornar proprietário de alguma coisa. Por sua vez, a transferência, têm-se a operação de que decorra a saída de mercadoria de um estabelecimento com destino a outro pertencente ao mesmo titular, que diz não se caracterizar como venda (transferência de propriedade), ou seja, diz que não

ocorre a circulação econômica do bem, mas tão somente a sua transferência física, o que por isso não procede a cobrança da antecipação parcial por não se tratar de aquisição.

Pois bem! A acusação deste item da autuação, que diz respeito a infração 5, é de multa percentual sobre imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, na forma do que estabelece o art. 12-A da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia na forma a seguir descrita, vigente à época dos fatos geradores:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. (Grifo acrescido)

Como tal, vê-se relacionar a disposição do citado artigo à mercadoria com tributação normal oriundas de outras unidades da Federação com objetivo de comercialização. Neste contexto agiu assertivamente a Fiscalização ao refazer o demonstrativo de débito da autuação excluindo as mercadorias enquadrada no regime da substituição tributária, que são regulamentadas por outro dispositivo legal, e se assim, havendo de ser cobrado nas operações, não seria antecipação parcial (art. 12-A), mas sim antecipação total (art. 8º) na forma estabelecida na legislação.

Por outro lado, quanto aos valores mantido na autuação, como assim está demonstrado na nova planilha de cálculo do débito da autuação, em que reduz o lançamento fiscal de R\$87.002,65 para o valor de R\$22.870,38, têm-se que se trata, agora, eminentemente de operações com *CFOP 2.152-Transferência para Comercialização*, e que por isso, o defendente, por se tratar de transferência de suas unidades estabelecida nos Estados de Pernambuco e São Paulo, para sua unidade estabelecida, aqui em Salvador, sob o argumento de não se tratar de uma operação de venda, com amparo na Súmula 166 do STJ e outros julgados do próprio STJ e, também, do STF, argui a improcedência da manutenção do saldo remanescente da autuação por falta de amparo legal no dispositivo de enquadramento da autuação, mais especificamente o art. 12-A da Lei nº 7.014/96, anteriormente destacado.

Neste sentido, considerar que sobre tais operações não há incidência do fato gerador do ICMS, por não se tratar de operações de vendas e sim de transferência de estabelecimentos de mesma titularidade situado em outras unidades da Federação, é desconsiderar, na sua totalidade, o que dispõe o inc. I, do art. 12 da LC 87/96, que dispõe sobre o imposto em operações relativas à circulação de mercadorias interestadual e intermunicipal no âmbito nacional, que a seguir destacado:

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

1 - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular (Grifo acrescido)

Aliás, como arguido pela defesa de que as operações objeto do demonstrativo remanescente da autuação, por se relacionar a transferência de mercadoria de estabelecimentos de mesma titularidade, tratam-se de operações de operações realizadas com não incidência do imposto, apresenta-me, totalmente, descabida tal arguição, vez que todos os documentos que dão curso as mercadorias transferidas, ou seja, todos as notas fiscais objeto da autuação, constam o destaque do ICMS interestadual, o que, de qualquer ângulo que se analise as operações, atesta-se que de fato são operações com incidência do imposto.

Em sendo operações com incidência do imposto, e que tem como objetivo a comercialização, não resta dúvida de que o sujeito passivo deveria ter efetuado a antecipação parcial do imposto nos termos do art. 12-A da Lei 7.014/96.

Todavia, comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, que é o caso objeto em análise, em relação as mercadorias objeto do demonstrativo remanescente da autuação, torna-se, então, exigível a aplicação da multa de 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Neste contexto, voto pela manutenção do valor remanescente da autuação na forma do

demonstrativo elaborado pela Fiscalização de fl. 142 dos autos, amparado no demonstrativo analítico de fls. 144 a 150. Infração 5 subsistente parcialmente, restando alterado o valor original da autuação de R\$87.002,65 para o valor de R\$22.870,38 na forma a seguir dindicado:

Data Ocorr.	Dart Vencto	Valor Histórico
31/01/2016	15/02/2016	3.277,24
29/02/2016	15/03/2016	1.890,99
31/03/2016	15/04/2016	49,35
30/04/2016	15/05/2016	1.430,74
31/05/2016	15/06/2016	1.142,86
30/06/2016	15/07/2017	1.149,31
31/07/2016	15/08/2016	1.994,57
31/08/2016	15/09/2016	2.099,57
30/09/2016	15/10/2016	3.200,76
31/10/2016	15/11/2016	2258,37
30/11/2016	15/12/2016	2.556,64
31/12/2016	15/01/2017	1.819,98
TOTAL.....		22.870,38

Por fim, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário trazido aos autos pelo defendente, conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração. Assim, o montante do débito remanece confor o quadro abaixo;

INF.	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULGADO	MULTA
01	RECONHECIDA	25,39	25,39	60%
02	RECONHECIDA	159,76	159,76	60%
03	PROCEDENTE	2.396,48	2.396,48	60%
04	IMPROCEDENTE	557,35	0,00	60%
05	PROCEDENTE EM PARTE	87002,65	22.870,38	-----
06	RECONHECIDA	168,71	168,71	-----
TOTAL		90.310,34	25.620,72	-----

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207090.0004/18-7**, lavrado contra **PAREXGROUP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARGAMASSAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.581,63**, acrescido das multas de 60% prevista no art. 42, alíneas VII, “a” e II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$168,71**, e multa percentual no valor de **R\$22.870,38**, previstas nos incisos XI e II, “d” da citada Lei e artigo, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2019

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA