

A. I. N° - 206903.0001/18-6
AUTUADO - RBX RIO COMÉRCIO DE ROUPAS S. A.
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA MORAES IUNES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 25/07/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0149-03/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Ficou comprovado, mediante revisão realizada pela autuante, que as saídas das mercadorias do regime de substituição tributária foram tributadas normalmente como se fossem mercadoria do regime normal. Infração insubsistente. **b)** UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração não impugnada. **c)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Após analisar as notas fiscais constantes dos demonstrativos e as informações complementares, autuante reconhece a improcedência desta infração. 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NOS LIVROS, DOCUMENTOS FISCAIS DECLARAÇÕES E/OU ARQUIVOS ELETRÔNICOS E O IMPOSTO RECOLHIDO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Autuado não contestou. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Revisão realizada pela autuante apurou a escrituração efetuada nos livros fiscais, concluindo pela improcedência desta infração. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. Os documentos fiscais não emitidos e não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido. Infração subsistente. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Os cálculos foram refeitos, ficando reduzido o débito, Infração subsistente em parte. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. 7. 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. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa. Infrações subsistentes. 8. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações não impugnadas. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/01/2018, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$223.352,89, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$41.980,59. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.02.40: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro, abril, maio, agosto e outubro de 2014; janeiro e setembro de 2015; março e outubro de 2016. Valor do débito: R\$1.196,28. Multa de 60%.

Infração 03 – 01.02.41: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro de 2014 a novembro de 2016. Valor do débito: R\$30.178,77. Multa de 60%.

Infração 04 – 03.01.04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desconcreto entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, no mês de novembro de 2014. Valor do débito: R\$128,88. Multa de 60%.

Infração 05 – 03.02.04: Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de junho, setembro e outubro de 2014; janeiro, fevereiro, maio, julho a setembro e dezembro de 2015; fevereiro a setembro, novembro e dezembro de 2016. Erro na aplicação da alíquota. Valor do débito: R\$9.920,03. Multa de 60%.

Infração 06 – 05.05.03: Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento de documento fiscal nos livros fiscais próprios, no mês de janeiro de 2016. Notas Fiscais não escrituradas. Valor do débito: R\$292,81. Multa de 100%.

Infração 07 – 06.05.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de junho, agosto e setembro de 2014; fevereiro, março, maio a julho de 2015; fevereiro, agosto, outubro a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$3.474,83. Multa de 60%.

Infração 08 – 07.01.03: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$41.704,70.

Infração 09 – 07.15.05: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada

normalmente, nos meses de junho e julho de 2014; março a maio, outubro e dezembro de 2015; março a maio, setembro e outubro de 2016. Valor do débito: R\$94.329,59.

Infração 10 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de junho de 2014. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$21,21.

Infração 11 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a março, junho, setembro a novembro de 2014; abril e julho de 2015; junho e julho de 2016. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$125,20.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 105 a 139 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, reproduz os itens da autuação fiscal e afirma que restará demonstrado ao final da peça defensiva que a autuação não poderá prosperar, por sua total insubsistência à luz da legislação de regência, bem como dos fatos trazidos aos autos.

Com relação às Infrações 2, 4, 10 e 11, o defendente diz que reconhece os equívocos cometidos. Por este motivo, realizou, em 28/03/2018, o pagamento dos respectivos valores, principal e multa, conforme comprovante (Doc. 02) juntado aos autos através de mídia digital (CD-ROM).

Quanto à Infração 1, alega que embora tenha se creditado do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto pelo regime de substituição tributária, ao realizar a saída das mesmas mercadorias, também indevidamente, mas, agora a favor do Fisco, debitou e recolheu o imposto.

Diz que esta situação pode ser atestada através da análise dos seus livros Registro de Saídas, nos quais é possível observar que o autuado, ainda que tenha adquirido mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, promoveu a saída tributada das mercadorias que vendeu ou transferiu.

A título de exemplo, diz que se observa no livro de Saídas de janeiro de 2014, que todas as saídas promovidas pelo impugnante sob os Códigos Fiscais de Operação e Prestação (CFOP) correspondentes a operações de comercialização ou transferência internas de mercadorias (CFOP 5102, 5152) foram integralmente tributadas.

Alega que a autuante listou, na primeira infração, diversas mercadorias adquiridas pelo impugnante para posterior comercialização (CFOP 1152 e 2152), como sujeitas à sistemática da substituição tributária no Estado da Bahia.

Como comprovado no exemplo mencionado, referente ao mês de janeiro de 2014, as mercadorias adquiridas para comercialização tiveram suas operações de saída (CFOP 5102) integralmente tributadas. Diz que este mesmo entendimento se aplica aos demais períodos autuados dos anos de 2014, 2015 e 2016, conforme livros Registro de Saída relativos a estes períodos (Doc. 03) anexos (em CD-ROM) à defesa.

Afirma que o procedimento adotado pela empresa não ocasionou qualquer prejuízo ao erário estadual, posto que o ICMS devido na operação foi recolhido. Ainda que o crédito apropriado na operação de entrada seja indevido, a tributação da mercadoria quando de sua saída também não seria devida, tendo em vista se tratar de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

Diz que em relação à tributação da operação de saída das mercadorias do estabelecimento do impugnante, ocorre a compensação entre o valor de crédito apropriado indevidamente na entrada e o valor de imposto tributado pela Impugnante indevidamente na saída, restando demonstrado que a adoção do procedimento acima não trouxe prejuízo algum ao Estado da Bahia, devendo o crédito tributário referente à Infração 01 ser considerado improcedente.

Infração 03: Diz que a Fiscalização entendeu que houve, em diversos períodos de 2014, 2015 e 2016, apropriação de créditos de ICMS em valor superior ao devido, por conta de suposto destaque de imposto a maior nas Notas Fiscais de entrada das mercadorias.

Afirma que a referida Infração contempla diferentes situações apontadas pela Fiscalização, no que diz respeito ao crédito de ICMS nelas apropriado: (i) aquisição, através de transferência interna (CFOP 1152), de mercadorias provenientes de outros estabelecimentos de titularidade do impugnante; (ii) entrada de mercadorias por conta de devolução em operações internas (CFOP 1202) e, por fim, (iii) entrada de mercadorias por conta de devolução em suposta operação interestadual (CFOP 2202).

Com relação às duas primeiras situações apontadas, quais sejam, a aquisição de mercadorias através de transferência de outros estabelecimentos também localizados no Estado da Bahia e a entrada de mercadorias por conta de devolução em operações internas, alega que a autuante entendeu por glosar, do crédito de ICMS apropriado, a parcela de dois pontos percentuais incidente sobre algumas das operações de circulação de mercadorias internas no Estado da Bahia e de arrecadação destinada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Ressalta que, previsto no art. 16-A da Lei 7.014/96, o adicional de dois pontos percentuais incide sobre as operações e prestações internas em que o remetente ou prestador e o destinatário da mercadoria, bem ou serviço estejam situados no Estado da Bahia. Partindo-se da premissa de que o ICMS incide nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, este adicional incide, portanto, sobre as operações de transferência interna de mercadorias, enquadradas no CFOP 1152, realizadas pelo impugnante.

Da mesma forma, afirma que incide referido percentual sobre as vendas de mercadorias ocorridas dentro do Estado da Bahia, motivo pelo qual, deverá estar contemplado em eventual hipótese de devolução das mercadorias comercializadas através destas vendas. Quando da saída interna das mercadorias transferidas com destino ao estabelecimento do impugnante, ou quando da devolução interna das mercadorias vendidas, tais operações foram tributadas, portanto, de acordo com a alíquota de ICMS incidente nas operações internas do Estado da Bahia à época do fato gerador (17% para os fatos geradores ocorridos até 10/03/2016 e 18% para os fatos geradores posteriores), adicionada dos dois pontos percentuais previstos no artigo 16-A da Lei 7.014/96. Cita como exemplos destas situações, as Notas Fiscais 5.106, de 14/03/2016 e 8.767 de 08/10/2016.

Ressalta que em relação aos documentos fiscais acima mencionados, as mercadorias transferidas ao estabelecimento do impugnante foram corretamente tributadas à alíquota de 20% (vinte por cento) de ICMS, conforme previsto nos artigos 15, I e 16-A, ambos da Lei 7.014/96. Seguindo a mesma linha, à devolução de venda também foi aplicada a alíquota de ICMS vigente à época da venda (20%), já adicionada dos dois pontos percentuais previstos na legislação.

Afirma que a despeito da correta tributação aplicada à operação, a Fiscalização entendeu por glosar nestas operações e em inúmeras outras operações similares, como se pode atestar através de simples análise do demonstrativo das infrações identificadas, a parcela de crédito relativa ao adicional de dois pontos percentuais destinados ao Fundo de Combate, devidamente tributado e recolhido quando da saída das mercadorias.

Através da análise do demonstrativo da autuação, a respeito das operações em comento, amparadas pelas Notas Fiscais nº 5.106 e 8.767, pode-se atestar a glosa do crédito apropriado na entrada das mercadorias justamente na parcela mencionada (dois pontos percentuais, da alíquota total de 20% de ICMS).

Alega que apesar da correta aplicação da tributação à operação, a autuante realiza, injustificavelmente, a glosa dos valores de ICMS recolhidos por conta do adicional de dois pontos percentuais, o que vai de encontro a princípio básico que rege a sistemática do ICMS: a não cumulatividade do imposto.

Diz que o artigo 309 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, determina, na alínea “a” de seu inciso I, que constitui crédito fiscal o valor do imposto cobrado relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem. Determina, também, em seu inciso VIII, que constitui crédito o valor do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, no período em que tiver ocorrido a sua entrada no estabelecimento, nos casos de devolução ou de retorno, no valor total ou parcial, conforme o caso.

Diz que as mercadorias transferidas foram, de fato, adquiridas para posterior comercialização e tendo sido tributadas, como já demonstrado, as operações de aquisição, através das alíquotas corretas de ICMS, conforme legislação vigente no Estado da Bahia, deve ser concedido, por respeito ao princípio da não cumulatividade, ao adquirente das mercadorias, o crédito integral do imposto recolhido nestas operações.

Afirma, ainda, que é permitido, também, nos casos de devolução de mercadorias, o crédito do imposto no mesmo valor do débito realizado por ocasião da saída da mercadoria. Como já concluído, as operações de venda interna realizadas pelo impugnante sofrem incidência de ICMS sob a alíquota regular prevista no Estado da Bahia, adicionada de dois pontos percentuais. O crédito apropriado na operação de devolução de venda deverá obedecer, portanto, à mesma tributação incidente na venda original da mercadoria, aí incluídos os dois pontos percentuais adicionais. Conclui que não pode prosperar, nesta parte, a Infração 03 do Auto de Infração.

Alega que a terceira situação levantada pela Fiscalização na Infração 03 é relativa à alíquota de ICMS aplicada na apropriação de crédito do imposto em entrada de mercadorias por conta de supostas devoluções interestaduais.

Afirma que, nestes casos, entendeu a autuante pela utilização, na operação de devolução das mercadorias, de alíquota de ICMS inferior àquelas efetivamente aplicadas. Seguindo a lógica aplicada pelo Fisco, o Impugnante teria, portanto, se apropriado de crédito de ICMS em alíquota superior àquela que seria aplicável à operação, o que embasou esta parcela da presente autuação.

Diz que se tratam as operações em comento, de devoluções de mercadorias realizadas pelos consumidores finais. Da análise do demonstrativo da infração em voga, nota-se que a Fiscalização considerou como aplicáveis às devoluções de mercadorias, as alíquotas de ICMS incidentes sobre operações interestaduais, inferiores, portanto, à alíquota de ICMS interna do Estado da Bahia.

A Fiscalização considerou, indevidamente, que as operações de devolução, por terem sido caracterizadas sob CFOP de operações interestaduais (CFOP 2202), tratavam-se, efetivamente de devolução de mercadoria proveniente de outra Unidade da Federação. Não foi isto, entretanto, o que ocorreu nestes casos.

O defendente informa que é conhecido sob a grife “ANIMALE”, atua por mais de 20 anos, possuindo hoje mais de 60 lojas próprias e de 500 pontos de venda em todo o território nacional. Líder em design, comunicação e distribuição, a grife figura entre as cinco maiores empresas de moda no Brasil.

Visando a satisfação da sua exigente clientela e em respeito à legislação vigente (mormente o Código de Defesa do Consumidor), o impugnante adota uma política que permite aos seus consumidores efetuar a troca ou devolução de mercadorias em qualquer uma de suas lojas, bastando, para tanto apresentar a mercadoria em perfeito estado e com a etiqueta fixada, além do Cupom Fiscal recebido por ocasião da aquisição da mercadoria.

Os dados dos Cupons Fiscais de compra são devidamente informados na Nota Fiscal de devolução da mercadoria, conforme exigido pela legislação do Estado da Bahia (artigo 454 do Regulamento do ICMS).

Ressalta que o referido documento fiscal deve contemplar, ainda, os dados do adquirente original da mercadoria, o consumidor final que agora efetua a devolução da mesma. No momento de devolução ou troca da mercadoria no estabelecimento do impugnante, há a emissão da Nota Fiscal de entrada, preenchida, com base nas informações cadastradas no sistema, com os dados do consumidor que está efetuando a operação.

Entre estes dados, figura o endereço do consumidor previamente cadastrado no sistema. Este consumidor, muitas vezes, possui domicílio em outra Unidade da Federação que não aquela onde localiza-se o estabelecimento do impugnante ou, ainda, possui, cadastrados no sistema utilizado pelo impugnante, dados desatualizados (endereço anterior ao atual, por exemplo).

Isto acarreta, então, emissão de Nota Fiscal na qual o destinatário da mercadoria (o impugnante) localiza-se no Estado da Bahia e seu remetente (o consumidor final) possui domicílio em Unidade da Federação diversa. Quando esta situação ocorre, o sistema de emissão de Notas Fiscais do impugnante, por conta de suas parametrizações, aplica, automaticamente (e indevidamente), o CFOP de devolução de venda interestadual (CFOP 2202) ao documento fiscal emitido.

Alega que apesar de a emissão da Nota Fiscal ocorrer, meramente por parametrizações do sistema de emissão, sob o CFOP de operação interestadual, não se configura, de modo algum, operação interestadual no caso em tela. Nestes casos, o que ocorreu, na realidade, foi a devolução ou troca de mercadoria previamente adquirida em operação de venda presencial a consumidor final, ocorrida no Estado da Bahia.

Observa que as Notas Fiscais de Devolução contêm, no campo de “Informações Complementares”, os dados do Cupom Fiscal referente à venda original da mercadoria devolvida. Isto comprova ter se tratado de venda presencial, ocorrida dentro de um dos estabelecimentos do impugnante, o que impossibilita, portanto, que a operação original de venda da mercadoria tenha sido interestadual, como acredita a Fiscalização.

Por conta de todo o exposto, diz que a Fiscalização entendeu, indevidamente, pela glosa parcial do crédito de ICMS apropriado pelo Impugnante sobre as devoluções de venda. Isto ocorreu porque o crédito foi apropriado à alíquota de ICMS interna do Estado da Bahia (19% ou 20%) quando, de acordo com a interpretação do Fisco, a operação original de venda da mercadoria devolvida teria sido, na verdade, uma operação interestadual sujeita à alíquota de 12% de ICMS.

A título de exemplo da situação descrita, cita as Notas Fiscais nº 3.795, de 23/01/2014 e 6.212 de 15/05/2015. Diz que os mencionados documentos fiscais e outros exemplos que embasam os argumentos aqui demonstrados foram juntados à defesa (Doc. 04), através de gravação em mídia digital (CD). Requer a total improcedência do crédito tributário exigido na Infração 03.

Infração 05: Diz que a autuante entendeu que o impugnante efetuou recolhimento a menos de ICMS por motivo de erro na apuração do imposto nas seguintes operações: (i) operações de transferências de bens do ativo imobilizado para estabelecimentos de mesma titularidade (CFOP 6552); (ii) operações de transferências de mercadorias originalmente importadas para estabelecimentos de mesma titularidade (CFOP 6152) e, por fim, (iii) operações de vendas internas de mercadorias (CFOP 5102).

No que tange às situações (i) e (ii) acima descritas, alega que a dívida fiscal de ICMS perseguida pelo Estado, com relação a essas notas fiscais, é totalmente insubsistente, uma vez que: (a) não há incidência do ICMS nas operações de transferência de bens do ativo permanente, nos termos no inciso VIII, do art. 3º, da Lei nº 7.014/1996; bem como (b) por não existir operação econômica na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, esse tipo de saída física não comporta a incidência do ICMS.

Informa que, a fim de abastecer suas lojas localizadas nesta e em outras unidades da Federação, realiza transferências internas e interestaduais de mercadorias e, como é cediço, o fato gerador do ICMS ocorre, necessariamente, com o acontecimento de uma operação mercantil que, em

regra, corresponde a uma saída física de mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, com a intenção de comercializá-la a uma outra pessoa jurídica.

Alega que a operação mercantil (não verificada no presente caso) é, portanto, o fato imponible da hipótese de incidência tributária do ICMS. Ou seja, é o fato concreto que, acontecido efetivamente, dá nascimento à obrigação tributária e obriga o contribuinte a proceder ao recolhimento do imposto.

Para que haja a circulação jurídica da mercadoria, é imprescindível que ocorra a transferência da propriedade, não bastando, para atrair a incidência do ICMS, a mera circulação física, tal como se verificou no caso concreto. É fundamental que haja a mudança de titularidade, de modo que o repasse de mercadorias do centro de distribuição do contribuinte para as lojas varejistas jamais poderia resultar na cobrança da exação estadual.

Corroborando o posicionamento acima, destaca ensinamentos do doutrinador Roque Antônio Carrazza e julgado nesse sentido, citando a Súmula nº 166, publicada no DJU de 23.08.96.

Conclui que descabe a exigência de ICMS em relação às operações de transferências de mercadorias e bens do ativo permanente, uma vez que, além de não existir operação econômica na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, sobre a transferência de material de uso e consumo, expressamente, não há a incidência do ICMS, nos termos do inciso VIII, art. 3º, da Lei nº 7.014/1996.

Alega, ainda, que ofereceu à tributação do ICMS as operações de transferência de mercadorias (CFOP 6152) entre seus estabelecimentos. Como se trata de transferência interestadual de mercadorias de origem importada, aplicou a estas operações, a alíquota de 4%, conforme artigo 15, inciso III da Lei 7.014/96.

Diz que o Fisco exige, através do Auto de Infração em questão, suposta diferença de alíquota aplicável à operação, expressando o entendimento de que tais operações seriam tributáveis sob a alíquota interestadual de 12%.

A título exemplificativo, cita a Nota Fiscal nº 6.564, de 04/08/2015, que registra uma das operações de transferência de mercadorias e faz parte da lista de operações que compõe a Infração.

Alega que são produtos de origem importada, conforme se extrai de seus Códigos de Situação Tributária – CST. Como se sabe, o CST 100 é utilizado para as mercadorias de origem estrangeira, objetos de importação direta e tributadas integralmente pelo ICMS. Outros documentos fiscais incluídos na autuação contêm mercadorias classificadas sob o CST 200 ou 300, também indicativos de mercadorias de origem importada ou com Conteúdo de Importação superior a 40%.

Apresenta o entendimento de que, ainda que se trate de operação sem incidência do imposto, conforme exposto anteriormente, o impugnante, conservadoramente, optou por tributar as transferências de mercadorias que realizou. A alíquota interestadual de 4% para o ICMS é a correta a ser aplicada à operação, motivo pelo qual não existe fundamento na cobrança, por parte do Fisco, de complemento à tributação da operação. Demais exemplos de Notas Fiscais de transferências de mercadorias importadas tributadas pela Impugnante estão anexos à Impugnação (Doc. 05), gravados em mídia eletrônica (CD).

Por fim, com relação às operações de venda interna de mercadorias (CFOP 5102) ocorridas nos períodos de abril, maio e junho de 2016 e a respeito das quais a Fiscalização entende ter havido recolhimento a menos do ICMS por conta de aplicação de alíquota incorreta, o impugnante esclarece já haver realizado, em momento anterior à presente autuação, a retificação de seus livros Fiscais para que contemplassem a diferença de imposto a ser recolhido, conforme livro de Apuração e EFD (Doc. 06) gravados em CD-ROM e anexos à impugnação.

Informa que os ajustes nos valores de ICMS a recolher que realizou, foram feitos, inclusive, em montantes superiores àqueles apontados pela Fiscalização, lançados como “Outros Débitos” nos livros fiscais e efetivamente recolhidos.

Conclui que deve o Item 05 da autuação ser considerando totalmente insubsistente, eis que: (a) não incide o ICMS sobre a transferência de mercadorias e de bens integrantes do ativo permanente; (b) ainda assim, o Impugnante recolheu corretamente os valores de ICMS incidentes sobre as transferências de mercadorias que realizou e; (c) o Impugnante já realizou, em período anterior à Fiscalização, o ajuste em seus Livros Fiscais e recolhimento da diferença do imposto devido por conta de aplicação de alíquotas incorretas de ICMS na venda interna de mercadorias, não havendo mais imposto a ser exigido.

Infração 06: Alega que a Nota Fiscal em questão é a de número 7.448, de 13/01/2016 (Doc. 07). Este documento registrou operação de transferência de mercadorias, CFOP 5152. Conforme matéria já extensivamente tratada no tópico anterior da impugnação, não há a incidência do fato gerador do ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Desta feita, não havendo imposto algum a ser recolhido sobre a operação, não há que se falar em falta de recolhimento de ICMS causada pela não escrituração do referido documento fiscal nos Livros Fiscais.

Afirma que, sendo a penalidade aplicável sobre o montante do imposto não recolhido e, sabendo-se, com base em larga doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores, que não há imposto a recolher na operação em tela, não há base para a cobrança da multa lançada na autuação. Conclui que deve o crédito tributário lançado referente à Infração 06 da presente autuação ser considerado improcedente.

Infração 07: Alega que em relação à exigência de diferença de alíquotas referente aos períodos de junho, agosto e setembro de 2014, os montantes pleiteados pela Fiscalização já foram devidamente recolhidos, no passado.

Informa que não conseguiu localizar, antes do decurso do prazo para impugnação ao Auto de Infração, os comprovantes de recolhimento dos referidos montantes. Esta comprovação pode, porém, ser facilmente obtida pelo Fisco, através dos sistemas próprios da Secretaria de Fazenda da Bahia.

Relativamente aos períodos de fevereiro, março, maio, junho e julho de 2015, alega que os valores exigidos na autuação foram efetivamente incluídos nos livros Fiscais e apuração do impugnante e devidamente recolhidos. Entretanto, por conta de um lapso, os montantes relativos à diferença de alíquotas foram lançados no campo de “Estorno de Créditos” e não no campo “Outros Débitos” dos Livros Fiscais (EFD) do impugnante.

Na prática, o lançamento dos referidos valores como “Estorno de Créditos” acaba por ter, na apuração do imposto, o mesmo efeito provocado por um lançamento de débito do tributo. Conclui que, ainda que lançados em campo incorreto da obrigação acessória, estes valores foram incluídos, sob a natureza prática de débito tributário, na apuração mensal de ICMS do impugnante, devidamente submetidos à sistemática de compensação entre créditos e débitos do imposto, conforme determina o artigo 305, § 4º, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia e recolhidos, nos casos em que se chegou a saldo devedor de ICMS.

A título de exemplo, cita os lançamentos no livro de Apuração e EFD referentes ao período de junho de 2015. Conclui que a partir do exame do livro de Apuração, o valor referente à diferença de alíquotas devido no mês de junho, R\$ 399,38, foi corretamente lançado na linha de “Outros débitos”. Este montante é idêntico ao débito exigido no Auto de Infração, relativamente ao período em comento.

Entretanto, observa-se que, por algum equívoco, o montante de R\$ 399,38, quando transportado para a EFD, foi lançado no campo “Estorno de créditos” e adicionado, assim, ao montante de R\$ 7.187,49 que já constava do livro de Apuração como efetivo estorno de crédito.

Conclui que os R\$ 7.586,87 escriturados na EFD são compostos pela soma dos valores de “Estorno de Créditos” e dos valores de “Outros Débitos” (diferença de alíquotas) lançados no Livro de Apuração.

Não há que se falar, portanto, em falta de recolhimento da diferença de alíquotas, considerando que estes débitos foram efetivamente abatidos dos créditos fiscais de ICMS existentes no período e devidamente recolhidos pelo impugnante, quando existente saldo de imposto a recolher. Referida situação se repetiu em relação aos demais períodos de 2015 autuados.

Para comprovação do alegado, informa que anexa aos autos (via CD-ROM, os espelhos dos Livros de Apuração e EFD relativos aos períodos de fevereiro, março, maio, junho e julho de 2015 (Doc. 08).

Por fim, com relação aos períodos de fevereiro, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2016, alega que já incluiu em seu livro de Apuração e EFD, os débitos relativos à diferença de alíquotas de ICMS, conforme exemplificou, utilizando-se como amostragem, o período de dezembro de 2016.

Assegura que o montante relativo à diferença de alíquotas foi efetivamente debitado na apuração do ICMS, no período de dezembro de 2016 (e nos demais períodos autuados). Ainda assim, entendeu a Fiscalização ser devida majoração na base de cálculo e no valor de diferença de alíquotas a ser recolhido pelo impugnante, de forma que fosse incluído, nesta base, o ICMS da operação própria.

Ressalta que se trata de aquisições que deram origem ao débito e recolhimento da diferença de alíquotas de ICMS, de operações de mera transferência de mercadorias entre estabelecimentos de titularidade do impugnante.

Apresenta o argumento de que, nestas operações, não há a incidência do ICMS, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial. A matéria é abordada, inclusive, na Súmula nº 166 do STJ, que determina que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Desta feita, não havendo incidência do ICMS sobre as operações de transferência realizadas pelo impugnante, não há, conseqüentemente hipótese que embase a necessidade de recolhimento da diferença entre as alíquotas interestadual e aquela praticada no estado de destino com relação a estas operações.

Para comprovação do alegado, anexa à defesa (CD-ROM) com os espelhos dos livros de Apuração e EFD, relativos aos períodos de fevereiro, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2016 (Doc. 09). Conclui que deve o crédito tributário relativo à Infração 07, ser considerado totalmente improcedente.

Infrações 08 e 09: Conforme se verifica do relato constante do Auto de Infração, na infração 08, a Fiscalização cobra multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, referente às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente e na Infração 09, cobra multa percentual sobre o 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 registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente

Em razão da falta de pagamento da antecipação tributária, foi imputada ao impugnante, a pesada penalidade 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido, nos termos da alínea “d”, do inciso II, do artigo 42, da Lei 7.014/96.

Alega que, conforme declarado pela própria autuante no seu relato, todas as Notas Fiscais foram devidamente registradas na escrita fiscal, e as saídas posteriores de todas das mercadorias foram tributadas normalmente. Assim, uma vez que o ICMS sobre as saídas subseqüentes das

mercadorias foi efetivamente recolhido, entende que descabe a exigência das multas lançadas nos itens 08 e 09 do Auto de Infração.

Conclui que, sendo a penalidade aplicável sobre o montante do imposto não recolhido e, restando reconhecido pela própria fiscalização que não há imposto a recolher, não há base para a cobrança da multa lançada na autuação. Deve o crédito tributário referente às mencionadas Infrações 08 e 09 ser considerado improcedente.

O defendente requer seja acolhida a impugnação, para considerar totalmente improcedente as Infrações 01, 03, 05, 06, 07, 08 e 09, cancelando-se o crédito tributário com a consequente determinação do arquivamento do feito.

Ainda, requer seja declarada a quitação das Infrações 02, 04, 10 e 11, conforme comprovante de pagamento apresentado na peça de defesa.

Finalmente, requer se convertam o lançamento em diligência fiscal, atitude que poderá dar ao defendente a possibilidade de demonstrar inequivocamente a impropriedade do lançamento, bem como a sua total lisura perante o Fisco Estadual.

Solicita que todas as intimações relativas ao presente processo sejam feitas ao Representante Legal da Impugnante, Dr. Gilberto Raimundo Badaró de Almeida, estabelecido na Rua Frederico Simões, nº 153, Ed. Empresarial Orlando Gomes, Salas 513/514, Salvador/BA – CEP 41820-774, e com endereço eletrônico: gilbertobadaro@badar

A autuante presta informação fiscal às fls. 202/208 dos autos. Quanto à infração 01, diz que o defendente esclarece que muito embora tenha se creditado do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto pelo regime de substituição tributária, ao realizar a saída das mesmas mercadorias, também indevidamente, debitou e recolheu o imposto, não ocasionando qualquer prejuízo ao Erário estadual.

Informa que, após verificar as alegações do autuado, constatou que, conforme esclarecido nas razões de defesa, as saídas das mercadorias do regime de substituição tributária foram, indevidamente, tributadas normalmente. Afirma que o entendimento neste caso é a não cobrança do tributo, por isso, solicita a improcedência desta infração.

Sobre a Infração 02 – 01.02.40 e a Infração 04 – 03.01.04, diz que o autuado reconhece a procedência destes itens da autuação fiscal.

Infração 03 – 01.02.41: Após analisar as alegações do autuado, informa, preliminarmente, que com relação ao Art. 16-A, que trata do adicional de dois pontos percentuais destinadas ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, os produtos comercializados pela empresa não fazem parte do rol relacionado nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, portanto, não são devidos. Porém, como a empresa erroneamente realiza esses recolhimentos dos 2%, e, após analisar as notas fiscais constantes dos demonstrativos e as informações complementares, acata as alegações defensivas. Assim, solicita a improcedência desta infração.

Infração 05 – 03.02.04: Diz que o defendente alegou ser insubsistente o débito apurado, por entender que não há a incidência do ICMS nas operações de transferência de bens do ativo permanente, nos termos do inciso VIII, do art. 3º, da Lei nº 7.014/1996, bem como, por não existir operação econômica na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

Após análise das alegações defensivas, informa que em relação às transferências de bens do ativo permanente (CFOP 6552), acata as alegações do autuado, conforme previsto no Inciso VIII, do art. 3º, da Lei nº 7.014/1996.

Com relação ao CFOP 6152, esclarece que conforme previsto no Inciso I, do Art. 4º, da Lei nº 7.014/1996, ocorre, sim, o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Entretanto, após verificar, que se trata de produtos importados, acata as alegações do defendente,

visto que o contribuinte aplicou a alíquota de 4% nas operações, conforme artigo 15, inciso III, da Lei 7.014/1996.

Quanto ao CFOP 5102, verificou serem verdadeiras as informações prestadas pelo defendente, pois foram realizadas as retificações nos livros fiscais. Diante de todo o exposto, solicita a improcedência desta infração.

Infração 06 – 01.02.06: Informa que, em relação ao CFOP 5152, esclarece que conforme previsto no Inciso I, do Art. 4º, da Lei nº 7.014/1996, ocorre, sim, o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Pede a procedência desta infração.

Infração 07 – 06.05.01: Repete a alegação do autuado de que, com relação às diferenças de junho, agosto e setembro de 2014, os valores foram devidamente recolhidos no passado, entretanto, não conseguiram localizar os comprovantes. Nos meses referentes ao exercício de 2015, os valores devidos foram incluídos nos livros fiscais e apuração e devidamente recolhidos, e por conta de um lapso, os montantes relativos à diferença de alíquotas foram lançados no campo “Estorno de Créditos”. E quanto às diferenças encontradas em 2016, não podem prosperar, visto tratar-se de operações de transferência entre estabelecimentos do impugnante.

Após verificar as alegações do autuado, informa que: Em 2014, após reanalisar os recolhimentos realizados pelo autuado nos sistemas internos da SEFAZ, restou um débito reclamado no valor de R\$130,84. E em 2015, após considerar o lapso informado pelo contribuinte, sobrou um residual devido de R\$0,08. Por fim, no exercício de 2016, esclarece que conforme previsto no Inciso I, do art. 4º, da Lei nº 7.014/1996, ocorre, sim, o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, assim mantém as diferenças reclamadas no valor de R\$1.864,79.

Pede a procedência parcial desta infração, no valor histórico de R\$1.995,71, conforme novos demonstrativos em anexo.

Infração 08 – 07.01.03 e Infração 09 – 07.15.05: Esclarece que as multas cobradas são devidas, conforme preceitua o art. 42, inciso II, “d”, da Lei 7.014/96. Solicita a procedência destas infrações.

Infração 10 – 16.01.01 e Infração 11 – 16.01.02: Diz que o autuado reconhece a procedência destas infrações.

Finaliza, solicitando que o mesmo seja julgado IMPROCEDENTES INFRAÇÃO 01 – 01.02.06, INFRAÇÃO 03 – 01.02.41 e INFRAÇÃO 05 – 03.02.04; PARCIALMENTE PROCEDENTE a INFRAÇÃO 07 – 06.05.01 e TOTALMENTE PROCEDENTES INFRAÇÃO 02 – 01.02.40, INFRAÇÃO 04 – 03.01.04, INFRAÇÃO 06 – 01.02.06, INFRAÇÃO 08 – 07.01.03, INFRAÇÃO 09 – 07.15.05, INFRAÇÃO 10 – 16.01.01 e INFRAÇÃO 11 – 16.01.02.

Intimado sobre a informação fiscal, o defendente apresentou manifestação às fls. 248 a 250, dizendo que no dia 04.09.2018, tomou ciência da informação fiscal, de fls. 202 a 237, a qual, em síntese: (i) reconheceu a improcedência das Infrações 01, 03 e 05; (ii) reconheceu a procedência parcial da Infração 07; e (iii) manteve a exigência das Infrações 08 e 09, todas do presente Auto de Infração.

O defendente concorda com a manifestação fiscal, no que diz respeito às Infrações 01, 03 e 05, do Auto de Infração em tela, que foram reconhecidas como improcedentes pela autuante.

Com relação à Infração 07, diz que a Fiscalização manifestou-se pela improcedência da exigência da diferença de alíquotas dos períodos de 2014 e 2015, mas manteve a cobrança do período de 2016, por entender que ocorreu fato gerador do imposto nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, nos termos do inciso I, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96.

O autuado discorda do entendimento acima, no que tange a exigência do imposto no ano de 2016, alegando que não há incidência do ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, inclusive, tal entendimento está pacificado pela Súmula

166, do STJ. Desta maneira, reitera os argumentos apresentados na sua impugnação e requer que seja reconhecida a improcedência total da Infração 7, do Auto de Infração em voga.

Quanto às Infrações 08 e 09, do Auto de Infração, nas quais a Fiscalização exigiu multa sobre o ICMS que deveria ter sido pago de forma antecipada, mas que tiveram o imposto recolhido normalmente nas saídas posteriores da mercadoria, o defendente também reitera os argumentos de sua impugnação, para que essas Infrações sejam julgadas improcedentes, alegando que o pagamento do imposto foi efetuado, ainda que a destempo, não causando prejuízo algum ao Erário.

Ressalta que a multa aplicada nas Infrações 08 e 09, no percentual de 60% (sessenta por cento) do valor do ICMS, é a mesma para aqueles contribuintes que deixaram de recolher o imposto, ou seja, que agiram de forma negligente, configurando uma situação claramente mais gravosa.

Frisa que, nos casos ora combatidos, ocorreu algum erro sistêmico no cadastro das mercadorias que ocasionou no recolhimento do imposto no momento da saída, sendo que esse equívoco, como visto, não acarretou qualquer prejuízo aos cofres públicos.

Assim, diante da sua conduta idônea, caso os Julgadores não entendam pela improcedência das Infrações, requer que a multa aplicada pela Fiscalização seja reduzida ou cancelada, nos termos do art. 24, inciso III, do Decreto 7.592/99 (Regimento Interno do CONSEF/BA), que assim dispõe:

Por fim, requer a improcedência das Infrações 01, 03 e 05, assim como, das Infrações 07, 08 e 09, pelas razões e fatos apresentados na impugnação e na manifestação.

Subsidiariamente, na hipótese de manutenção das Infrações 08 e 09, requer que a multa seja reduzida ou cancelada nos conforme previsto no inciso III, do art. 24, do Decreto 7.592/99.

O autuante presta nova informação fiscal às fls. 254/255 dos autos. Após analisar a manifestação do autuado e constatar que não houve novos elementos e/ou alegações juntados ao PAF, ratifica toda a informação fiscal prestada às fls. 202 a 208 pela Auditora Fiscal Maria de Fátima Ferraz Silva Guimarães (Cad. 13.299-167-8), mantendo as alterações realizadas, tudo conforme demonstrativos às fls. 209 a 237, além da mídia em CD, às fls. 238.

DA CONCLUSÃO

Solicita que o presente Auto de Infração julgado IMPROCEDENTES, INFRAÇÃO 01 – 01.02.06, INFRAÇÃO 03 – 01.02.41, INFRAÇÃO 05 – 03.02.04; PARCIALMENTE PROCEDENTES INFRAÇÃO 07 – 06.05.01 e TOTALMENTE PROCEDENTES INFRAÇÃO 02 – 01.02.40, INFRAÇÃO 04 – 03.01.04, INFRAÇÃO 06 – 01.02.06, INFRAÇÃO 08 – 07.01.03, INFRAÇÃO 09 – 07.15.05, INFRAÇÃO 10 – 16.01.01 e INFRAÇÃO 11 – 16.01.02.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

O autuado requereu a realização de diligência fiscal, possibilitando demonstrar inequivocamente a impropriedade do lançamento, bem como a sua total lisura perante o Fisco Estadual.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos

elaborados pela autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o presente lançamento trata da exigência de ICMS e multa, tendo sido apuradas onze infrações à legislação tributária, conforme descrição dos fatos e demonstrativos acostados aos autos.

De acordo com as alegações defensivas, o autuado reconheceu a procedência do débito apurado nas infrações 02, 04, 10 e 11, informando que reconhece os equívocos cometidos, por isso, realizou, em 28/03/2018, o pagamento dos respectivos valores (principal e multa), conforme comprovante juntado aos autos através de mídia digital (CD-ROM). Dessa forma, voto pela subsistência dos itens não impugnados, considerando que não há lide a ser decidida.

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016.

O defendente alegou que embora tenha se creditado do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto pelo regime de substituição tributária, ao realizar a saída das mesmas mercadorias, também indevidamente, mas, agora a favor do Fisco, debitou e recolheu o imposto. Esta situação pode ser atestada através da análise dos seus livros Registro de Saídas.

Na informação fiscal, a autuante disse que de acordo com os esclarecimentos prestados e comprovação constantes nas razões de defesa, as saídas das mercadorias do regime de substituição tributária foram, indevidamente, tributadas normalmente. Afirmou que o entendimento neste caso é a não cobrança do tributo, por isso, solicitou a improcedência desta infração.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro de 2014 a novembro de 2016.

Após analisar as alegações do autuado, a autuante informou que em relação ao art. 16-A, da Lei nº 7.014/96, que trata do adicional de dois pontos percentuais destinados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, os produtos comercializados pela empresa não fazem parte do rol relacionado nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, portanto não são devidos. Porém, como a empresa erroneamente realiza esses recolhimentos dos 2%, e, após analisar as notas fiscais constantes dos demonstrativos e as informações complementares, acatou as alegações defensivas, e solicitou a improcedência desta infração.

Infração 05: Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de junho, setembro e outubro de 2014; janeiro, fevereiro, maio, julho a setembro e dezembro de 2015; fevereiro a setembro, novembro e dezembro de 2016.

Após análise das alegações defensivas, a autuante informou que em relação às transferências de bens do ativo permanente (CFOP 6552), acata as alegações do autuado, conforme previsto no Inciso VIII, do Art. 3º, da Lei nº 7.014/1996, que se refere à não incidência do ICMS nas saídas de bens integrados no ativo permanente, quando tenham sido objeto de uso no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação.

Com relação ao CFOP 6152, a autuante esclareceu que conforme previsto no Inciso I, do Art. 4º, da Lei nº 7.014/1996, ocorre o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Entretanto, após verificar, que se trata de produtos importados, acatou as alegações defensivas, visto que o contribuinte aplicou a alíquota de 4% nas operações, conforme artigo 15, inciso III, da Lei 7.014/1996.

Quanto ao CFOP 5102, disse que verificou serem verdadeiras as informações prestadas pelo defendente, pois foram realizadas as retificações nos livros fiscais. Concluiu solicitando a improcedência desta infração.

Observo que as informações prestadas pela autuante convergem integralmente com os argumentos e comprovações apresentados pelo defendente, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos nas razões de defesa, alicerçados nos documentos e escrituração fiscal, tendo sido acolhidos pela autuante, concluo que não subsistem as exigências fiscais constantes nas infrações 01, 03 e 05.

Infração 06: Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento de documento fiscal nos livros fiscais próprios, no mês de janeiro de 2016. Notas Fiscais não escrituradas.

O defendente alegou que a Nota Fiscal em questão é a de número 7.448, de 13/01/2016 (Doc. 07). Este documento registrou operação de transferência de mercadorias, CFOP 5152. Conforme matéria já extensivamente tratada no tópico anterior da impugnação, alegou que não há incidência do fato gerador do ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Disse que não havendo imposto algum a ser recolhido sobre a operação, não há que se falar em falta de recolhimento de ICMS causada pela não escrituração do referido documento fiscal nos Livros Fiscais.

Acrescentou que, sendo a penalidade aplicável sobre o montante do imposto não recolhido e, sabendo-se, com base em larga doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores que não há imposto a recolher na operação em tela, não há base para a cobrança da multa lançada na autuação.

A autuante afirmou que, em relação ao CFOP 5152, conforme previsto no Inciso I, do Art. 4º, da Lei nº 7.014/1996, ocorre, sim, o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Solicitou a procedência desta infração.

Observo que são consideradas transferências, as saídas de mercadorias existentes no estoque do estabelecimento remetente para o estoque de outro estabelecimento pertencente ao mesmo titular, e em relação a essas operações interestaduais, não houve qualquer alteração das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições constantes no § 4º do art. 13, da LC nº 87/96, que trata da base de cálculo do ICMS na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular.

Quanto ao argumento defensivo de que se deve aplicar ao caso em comento a Súmula 166, observo que as operações objeto da autuação estão submetidas ao rigor da Lei Complementar 87/96, portanto, sujeitas à tributação pelo ICMS, sendo lícito aos Estados a cobrança do referido imposto, concluindo-se que após a edição da Lei Complementar nº. 87/96, configura-se fato gerador do ICMS a operação de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme art. 12, inciso I da mencionada Lei.

No caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, em princípio, não caracteriza uma operação e não há pagamento nem recebimento de numerário. Entretanto, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, § 3º, II da Lei Complementar 87/96. Portanto, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se a ocorrência do fato gerador do ICMS. Concorro com o posicionamento da autuante e voto pela subsistência desta infração.

Infração 07: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de junho, agosto e setembro de 2014; fevereiro, março, maio a julho de 2015; fevereiro, agosto, outubro a dezembro de 2016.

O autuado alegou que em relação à exigência de diferença de alíquotas referente aos períodos de junho, agosto e setembro de 2014, os montantes pleiteados pela Fiscalização já foram devidamente recolhidos, no passado.

Entretanto, informou que não conseguiu localizar, antes do decurso do prazo para impugnação ao Auto de Infração, os comprovantes de recolhimento dos referidos montantes. Disse que esta comprovação pode ser facilmente obtida pelo Fisco, através dos sistemas próprios da Secretaria de Fazenda da Bahia.

Relativamente aos períodos de fevereiro, março, maio, junho e julho de 2015, alegou que os valores exigidos na autuação foram efetivamente incluídos nos livros Fiscais e apuração do impugnante e devidamente recolhidos. Entretanto, por conta de um lapso, os montantes relativos à diferença de alíquotas foram lançados no campo de “Estorno de Créditos” e não no campo “Outros Débitos” dos Livros Fiscais (EFD) do impugnante.

Quanto às diferenças encontradas em 2016, o defendente alegou não podem prosperar, visto tratar-se de operações de transferência entre seus estabelecimentos, ou seja, do mesmo titular.

Após verificar as alegações do autuado, a autuante informou que: Em relação a 2014, após reanalisar os recolhimentos realizados pelo autuado nos sistemas internos da SEFAZ, restou um débito reclamado no valor de R\$130,84 (fl. 212 do PAF). E em 2015, após considerar o lapso informado pelo contribuinte, sobrou um residual devido de R\$0,08 (fl. 223 do PAF). No exercício de 2016, esclarece que conforme previsto no Inciso I, do art. 4º, da Lei nº 7.014/1996, ocorre, sim, o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, assim mantém as diferenças reclamadas para o exercício de 2016, no valor total de R\$1.864,79. Solicitou a procedência parcial desta infração, no valor total de R\$1.995,71.

Na manifestação apresentada após a informação fiscal, o defendente discordou do entendimento acima, no que tange a exigência do imposto no ano de 2016, alegando que não há incidência do ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, inclusive, tal entendimento está pacificado pela Súmula 166, do STJ. Desta maneira, reitera os argumentos apresentados na sua impugnação e requer que seja reconhecida a improcedência total da Infração 7.

Como já mencionado neste voto, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se a ocorrência do fato gerador do ICMS, e o entendimento que vem prevalecendo é o de que Súmula 166 do STJ não enfrentou o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições constantes no art. 13, § 4º da LC nº 87/96.

Dessa forma, acato as conclusões da autuante, e voto pela subsistência parcial deste item do presente lançamento, no valor total de R\$1.995,71, conforme quadro abaixo, elaborado com base no demonstrativo da autuante.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
30/06/2014	09/07/2014	130,84
28/02/2015	09/03/2015	0,02
31/03/2015	09/04/2015	0,01
31/05/2015	09/06/2015	0,05
29/02/2016	09/03/2016	457,70
31/08/2016	09/09/2016	608,06
31/10/2016	09/11/2016	239,81
30/11/2016	09/12/2016	313,93

31/12/2016	09/01/2017	245,29
T O T A L		1.995,71

As infrações 08 e 09 serão analisadas conjuntamente, considerando que tratam de multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária e antecipação parcial, respectivamente, mantendo-se a mesma ordem em que foi apresentada a defesa.

Infração 08: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$41.704,71.

Infração 09: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de junho e julho de 2014; março a maio, outubro e dezembro de 2015; março a maio, setembro e outubro de 2016. Valor do débito: R\$94.329,60.

O defendente alegou que, conforme declarado pela própria autuante no seu relato, todas as Notas Fiscais foram devidamente registradas na escrita fiscal, e as saídas posteriores de todas das mercadorias foram tributadas normalmente. Uma vez que o ICMS sobre as saídas subsequentes das mercadorias foi efetivamente recolhido, entende que descabe a exigência das multas lançadas nos itens 08 e 09 do Auto de Infração.

Concluiu que, sendo a penalidade aplicável sobre o montante do imposto não recolhido e, restando reconhecido pela própria fiscalização que não há imposto a recolher, não há base para a cobrança da multa lançada na autuação. Deve o crédito tributário referente às mencionadas Infrações 08 e 09 ser considerado improcedente.

Observe que a multa exigida nestes itens da autuação se destina ao contribuinte que deixar de recolher o ICMS por antecipação tributária e antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, sendo dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96.

Vale salientar que constitui infração relativa ao ICMS à inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo e a responsabilidade pelo cometimento de infração não depende da intenção do agente, bem como, da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato. Neste caso, não elide a imputação fiscal a alegação de que não houve prejuízo ao Tesouro Estadual, uma vez que houve descumprimento da legislação do ICMS, restando provado que o autuado não efetuou o recolhimento do imposto devido, nos prazos regulamentares, caracterizando o prejuízo pelo não recolhimento tempestivo do tributo devido.

Quanto ao pedido para redução ou cancelamento da multa, observe que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa, redução ou cancelamento de multa por infração de obrigação principal.

Concluo pela subsistência destas infrações, considerando que a aplicação da penalidade é prevista na Lei 7.014/96, conforme já mencionado, e sendo a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, a autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério, independente de qualquer outro elemento, inclusive a apreciação da existência ou não de dolo, simulação ou má-fé.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observe que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/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. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	C O N C L U S Ã O	IMPOSTO	MULTA
01	IMPROCEDENTE	-	-
02	PROCEDENTE	1.196,28	-
03	IMPROCEDENTE	-	-
04	PROCEDENTE	128,88	-
05	IMPROCEDENTE	-	-
06	PROCEDENTE	292,81	-
07	PROCEDENTE EM PARTE	1.995,71	-
08	PROCEDENTE	-	41.704,71
09	PROCEDENTE	-	94.329,60
10	PROCEDENTE	-	21,21
11	PROCEDENTE	-	125,20
TOTAL	-	3.613,68	136.180,72

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 **206903.0001/18-6**, lavrado contra **RBX RIO COMÉRCIO DE ROUPAS S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.613,68**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.320,87 e 100% sobre R\$292,81, previstas no art. 42, inciso II, “b” e “f”, inciso III e inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor total de **R\$136.180,72**, prevista no art. 42, incisos II, “d”; IX e XI da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2019

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR