

A. I. Nº - 299130.0013/17-7
AUTUADO - ABREU COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ELETRÔNICOS EIRELI - EPP
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20.11.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0172-05/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. **2.** RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. DESENCONTRO ENTRE OS VALORES LANÇADOS NA ESCRITA FISCAL E OS VALORES RECOLHIDOS. Exigências fiscais lastreadas nas informações existentes na escrita fiscal do contribuinte. Infrações 01 e 02 mantidas. **3.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **4.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. Infrações parcialmente impugnadas. Não excluídas das exigências fiscais relativas à antecipação do imposto as operações de entrada de mercadorias originárias de transferências de outros estabelecimentos da mesma empresa. **5.** MULTA PERCENTUAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. SAÍDAS SUBSEQUENTES TRIBUTÁVEIS. Infração subsistente. Indeferido pedido de realização de novas diligências no PAF. Não acolhidas as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa. Processo devidamente saneado após reabertura do prazo de defesa. Mantidas as multas lançadas. Impossibilidade de declaração, pela instância administrativa, de invalidade de norma inserida no ordenamento jurídico, sob o argumento do efeito confiscatório das penalidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado 14/09/2017, para exigir ICMS e multas, no valor principal de **R\$444.213,99**, em razão do cometimento das infrações à legislação tributária a seguir descritas:

Infração 01 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor exigido: R\$52.831,85, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Valor exigido: R\$6.885,66, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Valor exigido: R\$101.727,73, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Valor exigido: R\$4.440,65, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 – *Recolheu a menor do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Valor exigido: R\$182.414,20, acrescido da multa de 60%;*

Infração 06 – *Multa percentual sobre o 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 registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Valor exigido: R\$95.913,90. Multa de 60% sobre o valor das entradas das mercadorias.*

O contribuinte foi notificado do lançamento, em 26/09/17, através de intimação pessoal e ingressou com defesa administrativa, dentro do prazo legal, protocolada em 24/11/2017, peça subscrita por advogados com procuração nos autos (doc. fl. 72).

A impugnante informa, inicialmente, ser Empresa que possui sua atividade empresarial voltada à fabricação de aparelhos elétricos e de informática, comércio em atacado e a varejo de aparelhos elétricos e eletrônicos de uso pessoal e doméstico e de peças e acessórios para eletrodomésticos, conforme se infere da análise de Contrato Social (**Doc. 01 – fls. 69/71**), em anexo.

Arguiu a nulidade de todo o AUTO DE INFRAÇÃO, por ausência de menção nos Demonstrativos das CHAVES eletrônicas das NOTAS FISCAIS que compõem as acusações fiscais. Sustenta que essa omissão configura afronta ao direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal. Que de acordo com estes direitos, será garantida a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa. No presente Auto de Infração, contudo, houve direta e fulminante violação aos direitos acima colacionados.

Pontuou que a supressão do item “chave de nota” nas planilhas anexadas ao Auto de Infração em epígrafe obsta a plena defesa da impugnante, haja vista que a ausência da referida informação teria inviabilizado o confronto das notas fiscais autuadas pela impugnante, atingindo diretamente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa que jamais podem ser suprimidos.

Transcreveu, na inicial defensiva, disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF, Dec. 7.629/99), contidos no art. 39, III e art. 41, II, relacionados às exigências formais do Auto de Infração, no tocante à descrição dos fatos (forma clara, precisa e sucinta) e exigência de demonstrativos, levantamentos e provas necessárias à demonstração do fato considerado infração.

Destacou, ainda, que demonstrativos, com o fito de atender o objetivo ao qual se propõem, devem conter certos elementos que permitem fundamentar a infração descrita, dentre eles, a chave da Nota Fiscal Eletrônica (NFe) que serviu de base probatória da acusação, conforme previsão do art. 39, IV do RPAF/99, norma também transcrita na inicial.

Reitera o argumento de que o lançamento de ofício, no presente caso, encontra-se carente de dados que permitam a correlação dos valores às respectivas infrações, resultando em nítida violação aos princípios do contraditório e ampla, garantias estas devidamente previstas no art. 5º, LV da CF/88:

Sobre esse tema, transcreveu trechos do Acórdão nº 161/2012, originário do Conselho de Contribuintes do Estado do Tocantins, com o seguinte conteúdo:

ACÓRDÃO Nº: 161/2012 – PROCESSO Nº: 2011/7270/500336 – RECURSO VOLUNTÁRIO: 8067 – AUTO DE INFRAÇÃO: 2011/001548 – RECORRENTE: DISMOBRAS IMP EXP E DISTRIB. DE MOVEIS E ELETRODOMEST. LTDA – RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

EMENTA: ICMS. NÃO COMPROVAÇÃO DE FORMA EFETIVA DA DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS. HISTÓRICO CONFUSO E INCOMPREENSÍVEL. AUSÊNCIA DOS DEMONSTRATIVOS E IDENTIFICAÇÃO DA ORIGEM DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. NULIDADE – É nulo o auto de infração cuja redação do histórico seja de difícil compreensão e também não se faz acompanhar dos demonstrativos e identificação da origem dos créditos tributários.

Voltou a pedir que seja decretada a NULIDADE do presente Auto de Infração, por completa ausência de apresentação de demonstrativos que possibilitem a verificação e/ou confirmação das infrações elencadas na peça acusatória.

Passou, mais à frente, a discorrer acerca do princípio da VERDADE MATERIAL, que se encontra positivado na legislação da Bahia no art. 2º, caput, do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), que disciplina o Processo Administrativo no âmbito do Estado da Bahia. Ressaltou que essa Secretaria da Fazenda, por meio dos membros que compõem suas Turmas Julgadoras, tem mostrado o bom hábito de converter processos em diligência (ou pericial) fiscal, quando não há condições seguras de pronunciamento sobre o feito. Assim, na busca da verdade material, afirma que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco, cabendo a este, provar a ocorrência do fato gerador ou da infração que se quer imputar ao sujeito passivo. Que somente deve haver inversão do ônus da prova (para transferi-lo ao contribuinte) na hipótese de haver disposição expressa da norma legal nesse sentido.

Nessa linha de argumentação, passa a discorrer mais à frente sobre o PRINCÍPIO DA INQUISITORIEDADE no processo administrativo fiscal. Pondera a defesa, que o fato gerador da obrigação tributária deve ser apurado *ex officio*, devendo a autoridade julgadora administrativa presidir a determinação do modo e da extensão dessa apuração, não estando adstrita, apenas, às alegações e provas produzidas pelas partes (autuante e autuado). Por conseguinte, reconhecendo-se a inquisitorialidade como princípio ínsito à atividade administrativo-tributária, a defesa sustenta que as autoridades devem, sempre, atentar para as normas que regulamentam o PAF, no tocante a ir em busca de novas provas, determinando, a pedido do sujeito passivo ou de ofício, a realização de perícias ou diligências necessárias, bem como a resposta de quesitos feitos pelo sujeito passivo, que visem esclarecer os fatos conectados com o lançamento do crédito tributário.

Ao ingressar nas razões de mérito, o contribuinte passa a discorrer sobre a NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS NOS DESLOCAMENTOS DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA. Afirmou que ao compulsar a planilha anexada pelo Auditor Fiscal, constatou que fora atribuído como devido, a título de ICMS, valores referentes às operações de transferência de mercadoria entre estabelecimento da mesma empresa, quer seja entre a Filial, situada no Estado do Ceará, e a Matriz, com a sede no Estado da Bahia. Apresentou na peça de defesa, cópia da Nota Fiscal nº 000.010.353 (**Doc. 04 – fls. 58 e 80**), prova inserida por amostragem. Que pela análise da nota fiscal acima compulsada por amostragem, aliado ao contrato social da empresa (**Doc. 01 – fls. 69/70**), verifica-se que a operação materializada no referido documento fiscal, consiste em transferência de mercadorias entre a matriz (CNPJ nº 011.125.363/0001-70), da Impugnante, situada no Estado da Bahia, para a sua filial (CNPJ nº 011.125.363/0003-31), situada no Estado do Ceará, operação esta que não configura o fato gerador do ICMS, conforme Súmula 166 do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), abaixo transcrita:

SÚMULA 166 do STJ: "NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DE ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE."

Observou a defesa, que nas operações supostamente sujeitas ao ICMS, o Auditor autuante inseriu aquelas com número de CFOP 6152 (*neste código estão as mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização ou comercialização e que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento, transferidas para outro estabelecimento da mesma empresa*) e CFOP 6949 (*outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos códigos anteriores*), as quais consistem em transferência de mercadorias entre matriz, localizada no Estado da Bahia, no município de Simões Filho, e a filial, situada no Estado do Ceará, não sujeitas a incidência do ICMS. Reproduziu parte dessas operações no quadro inserido à fl. 59 dos autos.

Em relação à Súmula 166 do STJ, enfatizou, em virtude da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito ora apresentada, a 01ª Seção daquele tribunal superior submeteu o Recurso Especial nº 51.125.133/SP a julgamento, conforme o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil/73, com ônus de representativo de controvérsia, aplicando-se o entendimento ali firmado a todos os casos análogos ao julgado. Reproduziu às fls. 60/62 o julgamento do supracitado Recurso Representativo da controvérsia.

Pondera a defendente, que as transferências de mercadorias entre seus estabelecimentos são consideradas mera circulação física, não havendo qualquer tipo de circulação econômica para

fins de transferência de propriedade, pois não ocorreu a mudança de titularidade do produto, motivo pelo qual não se pode falar em incidência do ICMS, quer seja na sistemática do Diferencial de Alíquota, quer seja em Antecipação Parcial ou por Substituição Tributária.

Mais à frente, a defesa declarou a existência de diversas demandas judiciais com a mesma problemática ora discutida, a exemplo da Ação Declaratória tombada sob o nº 0020523-94.2014.8.17.0001 que tramitou na 01ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Pernambuco, cuja movimentação processual foi reproduzida à fl. 63 deste PAF. Disse que nesta ação, em que pese o polo ativo ser distinto da impugnante, fora concedida a antecipação de tutela (**Doc. 05 – fls. 82/84**), determinando que a Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco não lavre autos de infração cujo objeto de fiscalização seja a incidência do ICMS sobre mercadorias deslocadas (transferidas) entre Matriz e filiais, ou entre suas filiais em operações interestaduais, bem como que esta se abstenha de realizar qualquer tipo de retenção/apreensão de mercadorias quando se tratar da operação descrita.

Ao concluir a primeira parte da peça impugnatória, a defesa requer que seja declarada a **IMPROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

Em alegações subsidiárias, a defesa argumenta que as multas aplicadas no auto de infração, no percentual de 60% (sessenta por cento), possuem nítido caráter confiscatório, revelando-se abusivas, incidindo em violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Sobre o tema transcreveu trechos de lições doutrinárias dos juristas: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e SACHA CALMON NAVARRO.

Destacou a defesa, que a multa correspondente a 60% (sessenta por cento) do suposto tributo devido, tem nítido caráter confiscatório e que o inciso IV, do art. 150 da CF/88, veda o confisco através da utilização de tributo confisco. Nestes termos, toda e qualquer violação ao direito de propriedade sem a prévia e justa indenização configura-se como confisco. Afirmou que a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 91.707/MG || RE 82.510/SP e RE 60.476/SP) confirma o posicionamento acerca da impossibilidade de aplicação da multa em percentual excessivo, em razão dos princípios da vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade. Reproduziu à fl. 65 trechos das ementas dos citados julgados da corte superior brasileira.

Requer a exclusão e/ou redução das penalidades pecuniárias em face de valor excessivo, em nome, também, dos princípios da RAZOABILIDADE e da PROPORCIONALIDADE.

Ao finalizar a inicial defensiva, o contribuinte formula os seguintes pedidos:

1. Que o Auto de Infração seja julgado **TOTALMENTE NULO**, em virtude da supressão total do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal c/c art. 39, III e IV e art. 41, II do RPAF/99, tendo em vista a supressão do item “chave de nota” nas planilhas anexadas ao Auto de Infração em epígrafe.
2. Não sendo acolhido o pedido n. 1, que se converta o julgamento do Auto de Infração em diligência, de modo a que o ilustre Auditor Fiscal se digne a apresentar aos autos novos demonstrativos que constem os números das chaves das NF's, reabrindo-se prazo para apresentação de impugnação administrativa.
3. Não sendo acolhidos os pedidos anteriores que o Auto de Infração seja julgado **PARCIALMENTE IMPROCEDENTE**, em razão do ilustre Auditor Fiscal ter lavrado o respectivo Auto de Infração, incluindo valores de ICMS inerentes a diversas operações de deslocamento de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa, entre Matriz e Filial, classificadas como CFOP's 6152 e 6949, os quais conforme já pacificado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Súmula nº 166), não incide ICMS (DIFAL, Antecipação Parcial e Substituição Tributária).
4. Na hipótese de não serem deferidos os pedidos anteriores, que seja determinado a inaplicabilidade da multa no percentual de 60% (sessenta por cento) dado o nítido caráter confiscatório que encontra vedação constitucional (art. 150, IV) de sorte que é perfeitamente cabível a sua exclusão e/ou redução em face de valor excessivo, tudo em

- respeito, também, aos princípios da RAZOABILIDADE e da PROPORCIONALIDADE e a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 91.707/MG; RE 82.510/SP; RE 60.476/SP);
5. Seja, ainda, determinado o arquivamento do presente Auto de Infração, dando-se baixa no respectivo Processo Administrativo, após todas as formalidades legais necessárias;
 6. Requer, por fim, a produção de todos os meios de prova de direito admitidos, inclusive juntada de novos documentos, depoimento pessoal dos agentes autuadores, bem como outras que se façam necessárias para o bom deslinde deste Processo Administrativo.

Prestada a Informação fiscal, em 03/05/18, peça processual anexada às fls. 89/97 dos autos. O autuante fez uma síntese das acusações fiscais, das alegações defensivas e do histórico do contribuinte perante a SEFAZ - BA, onde destacou que a empresa autuada:

- *Tem 11 (onze) processos relativos a débitos fiscais inscritos em dívida ativa;*
- *Tem divergências entre ICMS normal informado na DMA e o recolhido no mês de março de 2018, além dos meses já inseridos no presente auto de infração;*
- *Está omissa de EFD nos meses de set, out, nov, de 2014 e jan, fev, mar de 2015;*
- *Está atualmente descredenciado em virtude de restrição de crédito-Dívida Ativa;*
- *Está com a arrecadação zerada nos últimos três meses (janeiro, fevereiro e março).*

Pontuou, em seguida, que a presente ação fiscal foi executada com base na escrituração fiscal digital (EFD) enviada pelo próprio contribuinte e constante no banco de dados da SEFAZ-Ba, tendo resultado no auto de infração ora contestado.

A respeito da alegada falta da chave da nota, esclareceu que **infrações 01 – 02.01.01 e 02 – 03.01.01** referem-se a ICMS NORMAL declarado e não recolhido, portanto, em nada se relacionam com dados de NFe. Mesmo constado os demonstrativos das duas infrações, (fls. 15 e 16) estes não foram impugnadas pela recorrente.

Quanto aos demonstrativos das infrações de 03 a 06, pede que julgadores deste Tribunal Administrativo examinem as folhas de 17 a 43 do Auto de Infração, onde pode ser observado que constam todas as informações de cada item da NFE em todos os demonstrativos. São dados como: o número da nota, a data (dia, mês e ano) de emissão da nota, a data (dia, mês e ano) do lançamento da nota na escrituração fiscal do contribuinte, CNPJ do emitente da nota, unidade da federação da emissão da nota, código do item, descrição dos produtos o valor de cada item, a base de cálculo, NCM, alíquota etc. Declarou ser esse formato de demonstrativo, o padrão utilizado em diversas autuações fiscais, concluídas e muitas já quitadas.

Destacou, ainda, que todas estas notas fiscais constam na Escrituração Fiscal Digital (EFD) do próprio contribuinte, estão todas listadas nos demonstrativos de cálculos das infrações conforme destacado abaixo:

- *Demonstrativo de cálculo do ICMS ST não recolhido, exercício 2016 e 2017, infração 03 – 07.01.01 (fls. 17 a 22);*
- *Demonstrativo de cálculo do ICMS ST recolhido a menor, exercício 2016 e 2017, infração 04 – 07.01.02 (fls. 23 e 25);*
- *Demonstrativo de cálculo do ICMS Antecipação parcial recolhido a menor, exercício 2016, infração 05 – 07.15.02 (fls. 26 e 31);*
- *Demonstrativo de cálculo do ICMS Antecipação parcial recolhido a menor, exercício 2017, infração 06 – 07.15.03 (fls. 32 e 43);*

Argumenta que o pedido de decretação de nulidade do Auto de Infração não se sustenta, pois, baseado em afirmações falsas e descabidas e sem nenhum fundamento, ou seja, que houve ausência de apresentação dos demonstrativos. Disse ainda, que a defesa busca ganhar tempo com a realização de diligências protelatórias e reafirma que em todos os demonstrativos anexados aos autos constam dados suficientes para caracterização e identificação do DANFE. Ademais, em todo DANFE existe a chave da NFE que possibilita o acesso NFE. Rejeita, portanto, a totalidade dos argumentos da autuada quanto à preliminar de nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao pedido de conversão do feito em diligência, o autuante transcreveu as disposições normativas desse tema contidas no RPAF, art. 147, para declarar que a defesa não aportou (juntou) nos autos, prova ou documento que pudesse colocar em dúvida a verdade substancial das infrações praticadas. Afirmou, que a defesa visa ganhar prazo porque se encontra com sua situação fiscal perante a SEFAZ/BA extremamente complicada, inclusive estando atualmente na situação, DESCREDENCIADO no sistema da SEFAZ.

Quanto à alegação de NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS NAS TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA, o autuante, ao contraditar os argumentos defensivos, disse que o contribuinte não esquadrinhou (examinou) corretamente os autos e assim não viu que em todos os demonstrativos das infrações de 03 a 06 consta uma coluna “UF” indicando o Estado de origem onde a nota fiscal eletrônica foi emitida. Que todas as operações relacionadas nos demonstrativos, se referem a entradas interestaduais de mercadorias. Que em relação à incidência do imposto, a página oficial da Sefaz/Ba, na internet (Sefaz Net), no item que trata de perguntas e respostas sobre a antecipação parcial, apresenta o seguinte entendimento, abaixo transcrito:

“Quando ocorre o FATO GERADOR da Antecipação Parcial?”

Nas entradas interestaduais de mercadorias p/comercialização, inclusive a título de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa. Conforme art. 12-A da Lei 7.014/96”.

Ainda em relação à antecipação parcial, declarou que o artigo 12-A da Lei Estadual nº 7.014 de 04/12/1996, estabelece que nas aquisições interestaduais de mercadorias será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, conforme reprodução da norma, inserida à pag. 99 dos autos:

“LEI Nº 7.014 DE 04 DE DEZEMBRO DE 1996

Da Substituição Tributária por Antecipação e das Demais Hipóteses de Antecipação Tributária

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.”*

Quanto ao DANFE nº 10.535, anexado à fl. 58, ressaltou que esse documento fiscal acobertou operação de saída e que, neste A.I., não foram realizadas cobranças de ICMS por saídas promovidas pelo estabelecimento autuado, pois todos os roteiros realizados são de operações de entrada, de forma que o documento apresentado não se presta nenhuma análise ou comparação.

Pelas razões expostas, o autuante mantém todas as cobranças lançadas no Auto de Infração.

Com relação ao argumento defensivo de CONFISCO da multa aplicada no Auto de Infração, no PERCENTUAL DE 60% (SESSENTA POR CENTO) do valor do imposto, o autuante declarou que o contribuinte deixou de pagar antecipação parcial e para esta infração, a Lei Estadual nº 7.014/96, no art. 42, estabelece a multa percentual que foi aplicada conforme se encontra detalhado na infração nº 06 – 07.15.03. Que tal infração está comprovada pelo demonstrativo de débito de fls. 36 a 43, e o conteúdo da matéria suscitada é de cunho exclusivamente legal. Sendo assim, por se tratar de matéria exclusivamente jurídica, submeteu o questionamento da autuada à análise do CONSEF.

Ao enfrentar, na parte final da peça informativa, os pedidos específicos formulados pela defesa, o autuante fez as seguintes considerações:

- 1) Pedido para que o A.I. seja considerado totalmente nulo em virtude de falta da chave das notas:

Pedido absolutamente improcedente tendo vista que todas as informações das notas fiscais constam nos demonstrativos e todas as notas constam na escrituração fiscal digital do contribuinte que foi enviada por ele próprio, conforme arquivos gravados em CD de dados de

fl. 44. O pedido é descabido e sem amparo na legislação conforme artigos 145 e 147, inciso I, alíneas “a” e “b” do Decreto Nº 7.629 DE 09/07/1999 (RPAF).

2) Pedido de que o julgamento do A.I. seja convertido em diligência:

De acordo com os mesmos fundamentos do item anterior este pedido tem apenas o objetivo de procrastinar o andamento do processo e tendo em vista que constam nos demonstrativos dados como o número do documento, data de emissão, data da escrituração e todos os demais dados necessários à identificação da nota.

3) Pedido para que o A.I. seja julgado parcialmente improcedente, em razão de incluir operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa:

A cobrança da antecipação foi realizada com base no artigo 12-A da Lei Estadual nº 7.014 de 04/12/1996, procedimento que é de amplo conhecimento no âmbito do Estado da Bahia, inclusive como o próprio contribuinte chega a afirmar às fls. 62. Portanto o pedido deve ser rejeitado por absoluta falta de fundamento legal.

4) Pedido de redução ou exclusão da multa de 60% em razão do caráter confiscatório:

Esta solicitação trata de matéria legal, portanto não pode ser acatada tendo em vista escapa ao nosso poder de atuação, uma vez que exercemos atividade cujo poder é exclusivamente vinculado.

5) Por fim, pedido de arquivamento do Auto de Infração:

Este pedido não tem fundamento devido a todas as razões anteriormente apresentadas.

Ao concluir a peça informativa, o autuante pede que o presente PAF seja enviado ao CONSEF para análise e julgamento.

Distribuído o PAF para esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, na relatoria da então Conselheira Teresa Cristina Dias Carvalho, foi o mesmo convertido em diligência na sessão ocorrida em 27/09/2018, ocasião em que foi determinada a execução das seguintes medidas saneadoras do feito:

1 – elaborar novos demonstrativos, relativos às infrações 03 a 06, colocando a chave da nota fiscal nos mesmos;

2 – Intimar o sujeito passivo para receber cópia dos novos demonstrativos;

3 – Reabrir prazo de defesa de 60 (sessenta) dias para que o sujeito passivo possa se manifestar, querendo;

4 – Prestar nova informação fiscal após a pronúncia do sujeito passivo.

Através dos expedientes juntados às fls. 107 a 122, e respectivos documentos, foi cumprida a diligência determinada pela Relatora do PAF, com a subsequente intimação do contribuinte do conteúdo dos novos Demonstrativos com as chaves eletrônicas das notas fiscais, entregues ao sujeito passivo em mídia eletrônica (CD – fl. 110), sendo aberto novo prazo de defesa de 60 dias. Após ter sido notificado pelos correios, sem sucesso, e pela via editalícia (Edital nº 05/2019, publicado no DOE de 24/04/2019 – doc. fl. 122), o contribuinte não voltou a se manifestar no processo.

Em 20/08/2019, o presente PAF foi redistribuído para este Relator para instrução e julgamento, considerando a aposentadoria da julgadora que havia anteriormente atuado neste PAF. Em 10/10/2019 foi declarado que os autos estavam conclusos para julgamento, sendo o mesmo incluído na pauta desta 5ª JJF, em 22/10/2019.

VOTO

O Auto de Infração em lide, é composto de 06 (seis) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O contribuinte, ao impugnar o lançamento de ofício, suscitou a nulidade do ato de lançamento tributário, requereu a realização de diligência no feito, alegou que parte das operações não estavam submetidas à exigência do ICMS, por se tratar de remessas interestaduais de mercadorias em transferência entre estabelecimentos da mesma empresa. Pediu ainda, em razões subsidiárias,

a exclusão e/ou redução das penalidades pecuniárias de 60% do imposto, sustentado a efeito confiscatório da cobrança e a violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Cabe examinar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo. A impugnação foi oferecida dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui anomalias com extemporaneidade. Inexistem defeitos de representação, considerando que a peça defensiva foi firmada por advogados devidamente habilitados através de instrumento de procuração anexo.

No que se refere à alegação de nulidade por cerceamento do direito de defesa, em razão da falta de inserção nos demonstrativos da autuação das chaves para acesso às informações das notas fiscais eletrônicas, observo que essa omissão foi corrigida, através da diligência determinada pela Relatora anterior deste PAF, ocasião em que foram entregues ao contribuinte, em mídia digital (CD), novos Demonstrativos, com a subsequente reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias. O vício apontado pela defesa foi devidamente corrigido, não subsistindo a nulidade suscitada na inicial.

Indefiro a realização de novas diligências neste feito, por entender presentes nos autos, os elementos de prova suficientes para deliberação acerca das exigências fiscais, conforme será melhor detalhado no exame de mérito das cobranças.

No que se refere à autuação fiscal, verifico que as infrações 01 e 02 estão relacionadas, respectivamente, à exigência de ICMS em decorrência da falta de recolhimento e recolhimento a menos do imposto, das operações regularmente lançadas na escrituração fiscal. Não houve da parte do contribuinte, contestação específica dessas cobranças. Por sua vez, a autuação fiscal está lastreada na EFD (escrituração fiscal digital) do contribuinte, constituindo essa, prova suficiente das operações e do não recolhimento do imposto. Infrações mantidas sem alteração.

As infrações de 03 a 06 dizem respeito às operações de entradas de mercadorias em que o contribuinte deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido a título de antecipação tributária total e ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA parcial, ou, efetuou o recolhimento a menos do imposto. Na última imputação só é exigida a multa percentual de 60% do imposto, visto que o contribuinte tributou normalmente as operações subsequentes de saídas.

Em relação a essas exigências fiscais (infrações 03 a 06), o contribuinte se insurge parcialmente contra as cobranças, alegando a não incidência do ICMS nas operações de transferências de mercadorias realizadas entre seus estabelecimentos, localizados na Bahia e no Estado do Ceará. Invoca a aplicação ao caso da Súmula 166 do STJ.

Em relação à antecipação parcial, o artigo 12-A da Lei Estadual nº 7.014 de 04/12/1996, estabelece que nas aquisições interestaduais de mercadorias será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, conforme reprodução da norma, abaixo transcrita:

“LEI Nº 7.014 DE 04 DE DEZEMBRO DE 1996

Da Substituição Tributária por Antecipação e das Demais Hipóteses de Antecipação Tributária

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.”*

Em se tratando de operações interestaduais, não há previsão no ordenamento jurídico pátrio de não incidência do imposto nas saídas/remessas de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, devendo o destinatário, localizado no Estado da Bahia, promover o pagamento da antecipação tributária parcial, em relação às mercadorias recebidas para fins de revenda ao efetuar o pagamento do imposto antecipado com encerramento da fase de tributação, relativamente às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Há que se destacar, ainda, que a Súmula 166 do STJ foi formulada antes da publicação da LC 87/96, que prevê em seu texto, a incidência do ICMS nas saídas de mercadorias, ainda que entre

estabelecimentos do mesmo contribuinte. Assim dispõe o art. 12, inc. I da referida Lei Complementar do ICMS, com a seguinte redação:

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

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

Nesse mesmo sentido, a Procuradoria do Estado da Bahia, no incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, firmou a interpretação da legalidade e legitimidade da cobrança do ICMS nas operações de transferência de mercadorias interestaduais, destacando que a não incidência se encontrava restrita às operações internas.

Quanto ao DANFE nº 10.535, anexado à fl. 58, em concordância com o autuante, observo que esse documento fiscal acobertou operação de saída promovida pelo estabelecimento da empresa situado na Bahia, e que, neste A.I., não foram realizadas cobranças de ICMS por saídas promovidas pelo estabelecimento autuado, pois todos os roteiros realizados, são de operações de entrada, de forma que o documento apresentado não se presta a nenhuma análise ou comparação que possa modificar a infração imputada ao sujeito passivo.

Pelas razões acima expostas, mantenho as cobranças lançadas nos itens 03 a 06 do Auto de Infração.

No tocante à penalidade de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto exigido, afasto também argumentos defensivos relacionados com o cancelamento ou redução da referida multa com espeque no princípio do não confisco, positivado no art. 150, inc. IV da CF/88. Isto porque não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento, a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III do RPAF, (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Importante consignar, em acréscimo as razões já expendidas, que as penalidades aplicadas nas ocorrências que compõem o presente Auto de Infração, correspondem a 60% (sessenta por cento) do valor do imposto exigido ou que deixou de ser recolhido pelo contribuinte. Há previsão de redução das penas pecuniárias na própria peça de lançamento. Os percentuais de redução das penalidades variam de 90%, caso o imposto fosse pago integralmente antes do encerramento do prazo de impugnação, a 70%, em caso de pagamento não integral, podendo atingir até 25%, se pago o débito antes do ajuizamento da execução fiscal, de forma que as multas lançadas podem ser submetidas a expressivas reduções, conforme previsto na própria lei de regência do ICMS na Bahia (Lei nº 7.014/96), no seu art. 45. O percentual da multa indicado no Auto de Infração é, portanto, variável e submetido às expressivas reduções previstas em lei.

Ante o exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299130.0013/17-7**, lavrado contra **ABREU COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ELETRÔNICOS EIRELI - EPP.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$348.300,09**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “b”, “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$95.913,90**, prevista no inciso II, “d”, do mesmo dispositivo legal já citado, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, em 22 de outubro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR