

A. I. N° - 207108.0038/14-0
AUTUADO - VDS EXPORT LTDA. (GVS FRUIT COMPANY LTDA.)
AUTUANTE - JORGE ANTONIO OLIVEIRA SOUZA
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28.04.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0043-02/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS SUBSEQÜENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Comprovado pela defesa que as saídas subsequentes ocorreram com débito do imposto. Infração elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Defesa comprovou equívocos da fiscalização. Afastada arguição de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2014, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$33.704,55, em razão de:

INFRAÇÃO 01 - 01.05.01 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Valor histórico autuado R\$23.910,46.

INFRAÇÃO 02 - 06.01.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor histórico autuado R\$9.794,09.

O autuado em sua defesa, fls. 30 a 36, em relação à infração 01, aduz que é cumpridora de suas obrigações fiscais, entretanto, frisa que essa assertiva não quer dizer que, eventualmente, não esteja passível de autuações, notadamente pela possibilidade de haver divergências conceituais, ou mesmo falhas pontuais na apuração das suas obrigações.

Destaca que 66% do valor da fiscalização decorreu de uma operação de “transferência” de mercadorias entre filiais do mesmo grupo, apurando-se possível equívoco na utilização de crédito decorrente da entrada de mercadorias, sem efetuar o respectivo estorno do ICMS, vez que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Contudo, a Nota Fiscal n° 3094 (Doc. 01), fls. 37 a 38 dos autos, que foi objeto da autuação, refere-se a uma Retroescavadeira transferida em 12/08/2013, da filial com CNPJ 04.740.475/0003-37, para a impugnante, também filial, sendo devolvida para a primeira pela Nota Fiscal n° 1236 (Doc. 02), fls. 39 e 40 dos autos, no mês subsequente a sua entrada. Portanto, como valor do débito na saída é igual ao do crédito na entrada, fiscalmente as operações ficam “nulas”.

Assegura que a mesma situação ocorre com todas as demais notas fiscais objeto de autuação, já que as saídas de bem do ativo imobilizado não estão amparadas por isenção do ICMS.

Entende que estes fatos são demasiadamente relevantes e demandam a declaração da improcedência da presente exigência, transcrevendo o art. 309, VII, do RICMS/BA.

Ressalta que, nesse sentido, inquestionável é o direito ao crédito fiscal, nas operações que tenha resultado a entrada de bens destinados ao ativo imobilizado da empresa, razão pela qual a impugnante se creditou corretamente.

Quando do retorno da mercadoria à outra Filial do grupo, a operação, controlada pela Nota Fiscal n° 1236 contém a mesma alíquota e base de cálculo que acobertou a operação anterior, pois

idênticos são também os efeitos fiscais que anulam completamente a operação anterior.

Assim, entende que o Auto de Infração deve ser cancelado na sua totalidade.

Quanto à infração 02, destaca que a fiscalização se equivocou ao desconsiderar os pagamentos a título de DIFAL das Notas Fiscais n^{os} 1494 e 137715, resultantes do lançamento a débito na apuração do imposto, conforme prova documental produzida na defesa (Doc. 03), fls. 41 a 47 dos autos, comprovando plena regularidade no procedimento adotada pela impugnante em relação as notas fiscais autuadas, acima mencionadas, devendo ser expurgadas da exigência perpetrada na infração 02, diante da extinção do crédito tributário pelo pagamento, realizado antes da fiscalização, nos termos do art. 156, I, do CTN.

Em relação às Notas Fiscais n^{os} 3094, 3073 e 3559 (Doc. 04), fls. 48 a 50 dos autos, trata-se de transferência de mercadorias entre filiais do mesmo estabelecimento e, portanto, não há que se falar em cobrança de imposto face à ausência de mercancia nas transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica. Cita duas decisões do STF, destacando ser posicionamento já sedimentado no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o fato gerador do ICMS nasce da circulação física da mercadoria combinada com o negócio jurídico (transferência da propriedade).

Conclui que eventual cobrança de imposto decorrente de operações envolvendo a transferência de mercadorias entre estabelecimento da mesma pessoa jurídica, esbarra no sólido posicionamento jurisprudencial acerca da própria não incidência do ICMS.

Ao final, requer pela improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fls. 83 e 84, o autuante destaca que o contribuinte em sua defesa citou decisões do STF.

À folha 87 o PAF foi convertido em diligência para que fossem anexados os levantamentos fiscais e reaberto o prazo de defesa, o que foi atendido às folhas 91, 102 a 107 dos autos.

Em nova manifestação defensiva, fls. 119 a 126, o autuado ratifica os termos da impugnação administrativa apresentada em face do Auto de Infração, conforme razões reiterativas abaixo informadas.

Em relação à infração 01, aduz que 66% do valor da fiscalização decorreu de uma operação de "transferência" de mercadorias entre filiais do mesmo grupo, apurando-se possível equívoco na utilização de crédito decorrente da entrada de mercadorias, sem efetuar o respectivo estorno do ICMS, vez que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto, sem, contudo, que a fiscalização fizesse qualquer efetiva apuração nas informações indicadas nas notas fiscais analisadas, principalmente porque havia expressa indicação da natureza da operação, bem como o destaque do Imposto.

Acrescenta que não se questiona o fato de que a fiscalização pode e deve, sempre que possível, trabalhar com informações fornecidas pelos seus contribuintes. Ocorre que, não pode a fiscalização atuar sem critério, ou melhor, não "filtrar" os critérios que foram fornecidos pelo contribuinte. No presente caso, por exemplo, a Nota Fiscal nº 3094 (fl. 38) que foi objeto da autuação, refere-se a uma Retroescavadeira transferida em 12/08/2013, da filial com CNPJ 04.740.475/0003-37, para a Impugnante, também filial, sendo devolvida para a primeira pela Nota Fiscal 1236 (fl. 40) no mês subsequente a sua entrada. Portanto, como valor do débito na saída é igual ao do crédito na entrada, fiscalmente as operações ficam "nulas". Portanto, observa que a fiscalização não foi realizada com a devida cautela. Caso a fiscalização tivesse qualquer dúvida quanto à natureza da operação realizada, deveria buscar junto aos registros contábeis da impugnante qualquer elemento que descaracterizasse a operação em questão, e não simplesmente atuar pela falta de estorno do crédito decorrente da suposta saída de mercadoria com isenção do imposto. Estes fatos são demasiadamente relevantes e demandam a anulação do lançamento pela sua total inconsistência.

Quanto ao direito ao crédito, transcreve novamente o art. 309, VII, do RICMS/BA, já citados

na primeira manifestação defensiva. Diz que nesse sentido, inquestionável é o direito ao crédito fiscal, nas operações que tenha resultado a entrada de bens destinados ao ativo imobilizado da empresa, razão pela qual a Impugnante se creditou corretamente. Em seguida, quando do retorno da mercadoria à outra Filial do grupo, a operação, controlada pela Nota Fiscal nº 1236 contém a mesma alíquota e base de cálculo que acobertou a operação anterior, pois idênticos são também os efeitos fiscais que anulam completamente a operação anterior.

Relativamente à da Infração 02, diz que se verifica equívoco na fiscalização ao desconsiderar os pagamentos a título de DIFAL das Notas Fiscais nºs 1494 e 137.715, resultantes do lançamento a débito na apuração do imposto, conforme prova documental produzida, fls. 42 a 47. Entende que houve plena regularidade no procedimento adotada pela impugnante em relação as notas fiscais autuadas, acima mencionadas, devendo ser expurgadas da exigência perpetrada na infração 02, diante da extinção do crédito tributário pelo pagamento, realizado antes da fiscalização, nos termos do art. 156, I, do CTN.

O PAF foi convertido em diligência, fls. 133 e 134, para que fossem *produzida nova informação fiscal e que fosse acostar aos autos levantamento fiscal detalhado por nota fiscal, e descrição das mercadorias, datas, base de cálculo, alíquota, ICMS devido, ICMS recolhido e ICMS a recolher*;

Em atendimento ao pedido de diligência o fiscal, fls. 138 e 139, observa que o próprio defendente reconhece o equívoco do lançamento no PAF, página 32, no corpo de sua defesa (negrito destacado pelo autuante): *"Na espécie, 66% do valor da fiscalização decorreu de uma operação de "transferência", de mercadorias entre filiais do mesmo grupo, apurando-se possível equívoco na utilização de crédito decorrente da entrada de mercadorias, sem efetuar o respectivo estorno do ICMS, vez que posteriormente foram objetos de saídas com isenção do imposto."*

A respeito de a solicitação do CONSEF, apresenta a planilha abaixo:

ESTORNO DE CRÉDITO INFRAÇÃO 01.05.01

N.F.	DATA	PRODUTO	PÁGINA	VALOR DA NF-e	ALÍQUOTA	IMPOSTO DESTACADO E CREDITADO
3094	12/08/2013	RETROESCAVADEIRA	38	183.999,01	12%	22.079,88
3073	08/08/2013	PULVERIZADOR	49	8.000,00	12%	960,00
10545	18/10/2013	TRATOR	140	10.000,00	12%	1200,00
TOTAIS:				201.999,01	12%	24.239,88

Já quanto a cobrança Diferença de Alíquota infração 06.01.01 solicita ao CONSEF:

N.F.	DATA	PRODUTO	PÁGINA	VALOR DA NF-e	ALÍQUOTA	IMPOSTO	ALÍQUOTA	IMPOSTO A PAGAR
137715	25/04/2013	TELHA	42	6.311,85	4%	252,47	17%	568,07

- Cálculo da Nota Fiscal: $137.715 = 6.311,85 \times 13 = R\$820,54 - 252,47 = R\$568,07$;
- Valor Cobrado no Auto de Infração: $= 332,59$;
- Diferença a ser cobrada: R\$235,48.

Acrescenta o fiscal autuante que embora tenha anexada a Nota fiscal no PAF, fl. 42, não fez o defendente, nenhuma referência a Nota Fiscal nº 137.715, em sua defesa.

Solicita do conselho que exclua da Cobrança o valor de R\$9.166,36, datada no Auto de Infração como data de ocorrência, 31/08/2013, já que esse valor foi capturado no relatório da PGF, fl. 05 do PAF, e está ligada a nota Creditada Indevidamente na Infração 01.05.01.

Quanto ao valor de R\$295,00, datado de 30/10/2013, informa que acosta cópia da Nota Fiscal Eletrônica nº 10545, datada de 18/10/2013, que se refere a compra de uma trator usado cujo valor do ICMS está desonerado, código 40 Isenta. Contudo o contribuinte se creditou do valor de R\$1.200,00, conforme Livro de Entrada (folha 22 do PAF) e não estornou vide folha 23 do PAF Livro de Apuração de ICMS, solicitando ao conselho que seja lançado este valor como Estorno de Crédito Infração 01.05.01. Portanto o valor lançado como Diferencial de Alíquota, R\$295,00 não seja considerado.

Deste modo solicita a confirmação da Procedência dos seguintes valores:

- ESTORNO DE CRÉDITO Infração 01.05.01 R\$24.239,88;
- Diferença de Alíquota infração 06.01.01 R\$235,48;
- Total do Auto de Infração: R\$24.475,36.

O autuado apresentou nova manifestação defensiva, fls. 153 a 160, dizendo que em sede de Impugnação a Autuada apresentou sólida argumentação demonstrando que a autuação guerreada não merece prosperar, devendo ser cancelada na sua integralidade. Ato contínuo, o autuante tentou, sem sucesso, rebater os argumentos de defesa apresentando sua informação fiscal às fls. 83 e 84. Ocorre que, a Junta de Julgamento Fiscal, considerou que a referida informação apresentada não atende ao quanto disposto no §6º do art. 127 do RPAF, posto que não enfrentou com clareza e precisão todos os aspectos da defesa com fundamentação. Por esta razão, os Julgadores determinaram a conversão do presente processo em nova diligência, fl. 153 e 154, para que fossem adotadas as seguintes providências: 1 - O autuante produza nova informação fiscal, analisando os argumentos defensivos, observado o previsto no art. 127, § 6º, do RPAF/99: "*a informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.*". 2 - Acostar aos autos levantamento fiscal detalhado por nota fiscal, e descrição das mercadorias, data, base de cálculo, alíquota, ICMS devido, ICMS recolhido, e ICMS recolher;

Frisa que diante da determinação da Junta, o Fiscal apresentou nova informação, da qual depreende-se, de logo, que houve revisão da autuação em comento para exclusão dos lançamentos, com relação à infração 02, conforme planilha à folha 155.

Com relação aos lançamentos remanescentes, consigna que, por mais uma vez, não foram enfrentado os principais aspectos trazidos na defesa, devendo ser julgada improcedente a autuação em comento, como será melhor demonstrado a seguir. Da análise da nova Informação Fiscal diz que, antes de adentrar ao mérito das infrações, o Fiscal pretendendo afastar eventual arguição de nulidade transcreve o §1º do art. 18 do RPAF, que trata da possibilidade de correção das omissões ou incorreções verificadas no auto de infração, por determinação da autoridade competente. Sucede que, como já asseverado, em que pese a Junta de Julgamento Fiscal tenha oportunizado ao Autuante a apresentação de nova informação fiscal, à luz do dispositivo supramencionado, permaneceram sem enfrentamento os principais aspectos da defesa apresentada, confirmando a insubsistência da presente autuação, conforme passaremos a demonstrar adiante.

a) INFRAÇÃO 01 - ESTORNO DE CRÉDITO

Sobre a Infração 01 – Estorno de crédito, diz que o fiscal aduz que a autuada reconheceu o equívoco nos lançamentos autuados, no bojo de sua defesa. Todavia, não merecem prosperar as alegações do fiscal. Pois da simples leitura na íntegra do parágrafo parcialmente citado pelo Fiscal, resta clara a pretensão da autuada em narrar a equivocada autuação que lhe foi imputada, rechaçando-a ao final com inquestionáveis argumentos, *literis*:

“Na espécie, 66% do valor da fiscalização decorreu de uma operação de “transferência” de mercadorias entre filiais do mesmo grupo, apurando-se possível equívoco na utilização de crédito decorrente da entrada de mercadorias, sem efetuar o respectivo estorno do ICMS, vez que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto, sem, contudo, que a fiscalização fizesse qualquer efetiva apuração nas informações indicadas nas notas fiscais analisadas, principalmente porque havia expressa indicação da natureza da operação, bem como o destaque do Imposto.”

Frisa que, ato contínuo, restringe-se em trazer breve narrativa das folhas 18 a 29 do PAF, sem qualquer vinculação específica às notas autuadas e/ou contestação da razões trazidas pela autuado em sua defesa. Nesse particular, olvidou-se, mais uma vez, de avaliar as notas fiscais apresentadas pela defesa (Doc. 01 e 02 da Impugnação), que afastam a necessidade de estorno do crédito, como pretendido pela fiscalização, dando ensejo ao cancelamento da autuação. Por exemplo, a Nota Fiscal autuada nº 3094 (Doc. 01 da Impugnação), de valor mais expressivo,

refere-se a uma Retroescavadeira transferida em 12/08/2013, da filial com CNPJ 04.740.475/0003-37, para a Impugnante, também filial, sendo devolvida para a primeira pela Nota Fiscal nº 1236 (Doc. 02 da Impugnação) no mês subsequente a sua entrada. Portanto, como o valor do débito na saída é igual ao do crédito na entrada, fiscalmente as operações se "anularam". Tais informações sequer foram enfrentadas pelo auditor em nova informação. Isto é, foi comprovada a insubsistência da autuação de forma incontestável, tanto é assim que mesmo tendo duas oportunidades para se manifestar a respeito das referidas notas o fiscal se manteve inerte.

Destaca que, ainda assim, pretendeu inovar no lançamento ao solicitar Via informação fiscal o lançamento do valor de R\$1.200,00, em relação a Nota Fiscal Eletrônica nº 10545, datada de 18/10/2013, como estorno de crédito a ser relacionado na Infração 01.05.01, a qual foi inicialmente autuada em razão de suposta falta de recolhimento da Diferença De Alíquota (DIFAL) - Infração 02, o que é vedado pelo art. 145 c/c o art. 149 do CTN.

Destaca, ainda, a dificuldade na compreensão das informações prestadas pelo fiscal, inviabilizando o exercício da ampla defesa e do contraditório pela Autuada. Neste cenário, não resta alternativa a Autuada, senão pugnar pelo imediato cancelamento da presente autuação.

No tocante à Infração 02, reitera que o fiscal revisou a autuação para exclusão dos seguintes lançamentos. Nesses termos, foi mantida a autuação apenas em relação a Nota Fiscal nº 137.715, com redução do valor autuado de R\$332,59 para R\$235,48. Com relação a referida nota, a autuada apresentou em sua defesa a evidência do recolhimento da diferença de alíquota (Doc. 03 da Impugnação), o que também não foi analisado pelo fiscal nas informações prestadas. Nesses termos, também deve ser cancelada a presente infração, em razão da confirmação do recolhimento pela autuada.

Por todo o exposto, requer a Impugnante que seja cancelado integralmente a presente autuação.

Requer, ainda, seja afastada a inovação no lançamento pretendida pelo Autuante, ao solicitar via informação fiscal o lançamento do valor de R\$1.200,00, em relação a Nota Fiscal Eletrônica nº 10545 datada de 18/10/2013, como estorno de crédito a ser relacionado na Infração 01.05.01, a qual foi inicialmente autuada em razão de suposta falta de recolhimento da Diferença de Alíquota (DIFAL), à luz da vedação prevista no art. 145 c/c o art. 149 do CTN.

VOTO

Inicialmente, verifico, no presente PAF, a identificação do sujeito passivo, as descrições das infrações, dos dispositivos da legislação tributária inerentes ao enquadramento e à tipificação da multa. Há indicação da base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido, conforme art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA, permitindo ao impugnante o exercício do seu direito de defesa e do contraditório, principalmente após as realizações das diligências, motivo pelo qual não acolho o pedido de nulidade.

Na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto.

Portanto, a acusação é bastante clara, qual seja: utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do ICMS.

Em sua defesa o autuado destacou que 66% do valor da fiscalização decorreu de uma operação de "transferência" de mercadorias entre filiais do mesmo grupo, apurando-se possível equívoco na utilização de crédito decorrente da entrada de mercadorias, sem efetuar o respectivo estorno do ICMS, vez que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Contudo, a Nota Fiscal nº 3094, fl. 38 dos autos, que foi objeto da autuação, refere-se a uma Retroescavadeira transferida em 12/08/2013, da filial com CNPJ 04.740.475/0003-37, para a impugnante, também filial, sendo devolvida para a primeira pela Nota Fiscal nº 1236, fls. 40 dos autos, no mês subsequente a

sua entrada. Portanto, como valor do débito na saída é igual ao do crédito na entrada, fiscalmente as operações ficam “nulas”. Acrescenta que a mesma situação ocorre com todas as demais notas fiscais objeto de autuação, já que as saídas de bem do ativo imobilizado não estão amparadas por isenção do ICMS.

Na informação fiscal o autuante não apresentou comprovação do que ele acusou no Auto de Infração, ou seja, utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do ICMS.

Nos documentos acostados aos autos restou comprovado que se tratam de operações de entradas de bens do ativo, os quais, foram recebidos em transferências de outra filial, havendo o retorno no mês seguinte, da filial do estabelecimento autuado, com os débitos do ICMS correspondentes, sendo transferido novamente, não havendo prejuízo comprovado no recolhimento do imposto.

Logo, voto pela improcedência da infração 01.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Na impugnação o autuado destacou que a fiscalização se equivocou ao desconsiderar os pagamentos a título de DIFAL das Notas Fiscais n^{os} 1494 e 137.715.

Entendo razão assistir ao contribuinte, pois o mesmo comprovou o recolhimento dos valores referentes aos documentos fiscais, conforme prova acostada às folhas 41 a 47 dos autos, razão pela qual fica excluída da autuação.

Em relação à Nota Fiscal n^o 3094, conforme já analisado na infração 01, e prova acostada aos autos, trata-se de uma Retroescavadeira transferida em 12/08/2013, da filial com CNPJ 04.740.475/0003-37, para a impugnante, também filial, sendo devolvida para a primeira pela Nota Fiscal n^o 1236, fl. 40 dos autos. Logo, fica excluída da autuação.

No tocante à Nota Fiscal n^o 10.545, não pode ser acolhido o pedido da fiscalização para ser incluído na autuação, pois não constava da autuação inicial. Assim, deve ser objeto de nova ação fiscal.

Logo, a infração 02 é improcedente.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração n^o **207108.0038/14-0**, lavrado contra **VDS EXPORT LTDA. (GVS FRUIT COMPANY LTDA.)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR