

A. I. Nº - 300766.0007/18-9
AUTUADO - ATACADÃO DM LTDA.
AUTUANTE - LUCIMAR RODRIGUES MOTA
ORIGEM - INFAS PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0095-01/19

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O INFORMADO EM DOCUMENTOS FISCAIS. Autuado elide parcialmente o lançamento ao comprovar que parte substancial da exigência fiscal diz respeito a notas fiscais de transferências internas, cujas saídas ocorrem sem incidência do ICMS, conforme o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 que orienta no sentido de que não incide o ICMS nas transferências internas de mercadorias. Excluídos da exigência fiscal os valores atinentes às notas fiscais arroladas na autuação relativas às transferências internas. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Indeferido o pedido de realização de diligência/perícia com fulcro no art. 147, I, "a" II, "b" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em, 12/12/2018, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$352.332,26, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos.*

Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2014, janeiro, março a maio, julho a dezembro de 2015.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 19 a 34). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Argui a nulidade do Auto de Infração por ausência de termos. Alega cerceamento do seu direito de defesa. Diz que a empresa não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizada. Consigna que não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco. Acrescenta que do mesmo modo, também não foi intimado a apresentar livros ou documentos. Invoca e reproduz o art. 26 do RPAF para dizer que não se observa no presente PAF nenhum dos documentos nele elencados. Neste sentido, destaca e reproduz ensinamento de Alberto Xavier.

Conclusivamente, requer a nulidade do Auto de Infração.

Prosseguindo, alega a existência de erro material. Argui ofensa ao princípio da não cumulatividade. Afirma que o autuante não abateu do imposto devido apurado no levantamento realizado os valores cobrados e pagos a título de antecipação parcial materializados nas Notificações Fiscais nºs 2107650422141 e 2180750376150, lavradas pela Fiscalização de trânsito de mercadorias, nos valores de R\$3.287,07 e R\$1.015,20, respectivamente.

Sustenta que desse modo, deve os valores pagos a título de antecipação parcial ser excluídos da autuação.

Alega constitucionalidade das multas impostas, em face de ofensa ao princípio constitucional proibitivo da instituição de tributos com efeitos confiscatórios. Tece amplo comentário sobre o caráter confiscatório das multas impostas, invocando, neste sentido, a doutrina e jurisprudência dos tribunais.

Conclusivamente, pugna pelo reenquadramento das multas impostas, principalmente aquelas imputadas como dolo, e pela redução a patamares aceitáveis, no caso aqueles mínimos estabelecidos em lei. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 158 do RPAF/99.

Continuando, alega a não incidência do ICMS nas transferências internas.

Consigna que não reconhece o valor que lhe está sendo imputado a recolher aos cofres públicos, haja vista que as notas fiscais de saída arroladas no demonstrativo do autuante, muito embora não discrimine o CFOP ou a natureza da operação, são notas fiscais de transferências internas, CFOP 5152, que mesmo que possua alguma divergência de valor entre a NFe e a escrituração, o CONSEF e a PGE vêm se pronunciando no sentido de que as mesmas não devem ser tributadas, exatamente pelo fato de que não há repercussão positiva, nem negativa, ao Estado, já que o débito do imposto no estabelecimento remetente se reverte em crédito fiscal no estabelecimento destinatário. Ressalta, ainda, que não houve transmissão de propriedade da mercadoria ou bem.

Salienta que a PGE/PROFIS, por meio do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 emitiu parecer no qual orienta que não incide o ICMS nas transferências internas de mercadorias. Neste sentido, apresenta *fac-simile* do referido Incidente de Uniformização.

Apresenta amostras de DANFEs de notas fiscais arroladas autuação que, segundo diz, comprovam que se trata de transferências internas.

Requer que sejam excluídas da autuação as notas fiscais de transferências internas com CFOP 5152. Traz como exemplos de julgamentos os Acórdãos CJF Nº 0386-12/17, 0345-11/17, 0344-11/17. Requer, ainda, a realização de diligência/perícia no intuito de comprovar o erro incorrido pela Fiscalização e o consequente refazimento do levantamento fiscal com redução do valor do débito.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua improcedência. Protesta, ainda, pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls.47 a 49). Contesta a arguição defensiva atinente à nulidade. Sustenta que o Auto de Infração não desobedeceu ao que preceitua o art. 18 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999.

Afirma que não procede a alegação defensiva de que não tomou ciência de que estava sendo fiscalizado, haja vista que a fl. 06 dos autos, consta em anexo a cópia do Termo de Intimação, informando o início da fiscalização no seu estabelecimento, enviado por meio de DTE – Domicílio Eletrônico Tributário. Acrescenta que inclusive, a data da ciência ocorreu no mesmo dia da postagem, ou seja, 18/10/2018.

Observa que a ciência também foi enviada por DTE – Domicílio Eletrônico Tributário, fl. 17, onde no corpo da Intimação informa que os demonstrativos das infrações seguem em anexo ao DTE, e ainda avisa que a cópia integral do referido Auto de Infração, incluindo CD com todas as demonstrações das infrações se encontravam na sede da Inspetoria de Paulo Afonso, para retirada pelo sócio ou procurador, se assim desejasse.

Assevera que o autuado obteve as peças necessárias para exercer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, pois na peça defensiva acostou cópias dos anexos do DTE, fls. 35 a 41. Diz que desse modo, resta comprovado que o autuado tinha total conhecimento da fiscalização, bem como de seu resultado, ou seja, do Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva atinente à multa imposta, observa que a multa de 60% é prevista no art. 42, II, “b” da Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia, portanto é legal. Acrescenta que há uma tabela

de redução de multa no Demonstrativo do Débito, fl. 05, que se atendidas certas condições mencionadas na referida tabela, a multa aplicada poderá ter redução de até 90%, a depender da atitude tomada pelo autuado perante a infração que lhe foi imputada.

Salienta que no Auto de Infração os fatos objeto da autuação foram descritos, tendo inclusive, anexado demonstrativos fiscais, fls. 09 a 15, dos quais se identificam todas as Notas Fiscais de Saídas que foram escrituradas na EFD do autuado com valores menores do que o destacado nos respectivos documentos fiscais e, consequentemente, gerando um débito de ICMS a menor para se recolher.

Consigna que do exame dos documentos fiscais anexados pelo autuado, fls. 30/31, verifica-se que o DANFE nº 4886, emitido em 13/01/2014, a natureza da operação é uma transferência para comercialização, com destaque de ICMS no valor de R\$1.440,12; e consta no demonstrativo que elaborou, fl.09, apontado em amarelo para melhor visualização; o valor do ICMS registrado na EFD (VlIcmsEfd) foi de apenas R\$10,69, quando o correto deveria ser o valor que foi destacado no documento fiscal, ou seja, R\$1.440,12, portanto, gerando um Débito a Menor (VlDebMenor) de R\$1.429,43. Registra que fato idêntico ocorre com o DANFE nº 11.894 colacionado pelo autuado, fl. 31; tal documento se encontra demonstrado na planilha que elaborou, marcado em amarelo, fl. 13. Observa que o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal é R\$ 2.976,80, porém, o ICMS registrado na EFD foi zero (0,00), apresentado um débito a menor de R\$2.976,80.

Ressalta que isso ocorreu com todas as notas fiscais detalhadas nos demonstrativos fiscais, fls. 09 a 15. Diz que o autuado emitiu Notas Fiscais destacando um valor determinado, mas escriturou os mesmos com valores menores ou zerados, gerando divergência na escrituração do livro Registro de Saídas e, por consequência, débito registrado a menor na sua EFD.

Afirma que o autuado se equivocou ao citar duas Notificações Fiscais na Defesa, alegando que os valores pagos nelas a título de antecipação parcial, deveriam ser excluídos da infração. Esclarece que referidas Notificações Fiscais não possuem nenhuma relação com a infração apontada no presente Auto de Infração, pois, conforme dito anteriormente, o cometimento da infração pelo autuado deu-se por divergência entre o ICMS destacado nas NF-es e sua escrituração fiscal no livro Registro de Saídas.

Quanto ao entendimento manifestado pelo autuado atinente à Súmula nº 166 do STJ no sentido de que: *Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*, diz o autuante que o art. 12, I da Lei Complementar nº 87/96, e o art. 4º, I da Lei nº 7014/96, garantem a ocorrência do fato gerador nas saídas de mercadorias de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Assinala que o autuado emitiu Notas Fiscais de transferência de mercadoria para comercialização, destacando os valores de ICMS, fazendo o registro na EFD com valores menores ou zerados. Todavia, em contrapartida, as mercadorias ingressaram no outro estabelecimento do mesmo titular, e essas mesmas Notas Fiscais foram lançadas na EFD do destinatário com Crédito do ICMS.

Diz que para esclarecer tal fato, anexou cópias dos Registros Fiscais dos Documentos de Entradas de Mercadorias no estabelecimento de CNPJ 03.369.825/0001-76, com destaque em amarelo das Notas Fiscais juntadas pelo autuado, fls. 30/31, restando comprovado que o autuado recolheu a menos ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e na sua EFD.

Assevera que não há necessidade de realização de diligência, haja vista que inexistem erros de cálculos nos demonstrativos e nem falhas a ser supridas que comprometam a verdade das informações, portanto, o pedido de diligência fiscal é desnecessário.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, no que tange a nulidade arguida pelo impugnante por ausência dos termos, especialmente o Termo de Início de Fiscalização, constato que não há como prosperar a pretensão defensiva.

Isto porque, conforme muito bem esclarecido pela autuante e consta dos autos, houve sim a ciência do início da ação fiscal, de acordo com o Termo de Intimação enviado por meio do Domicílio Eletrônico Tributário – DTE, cuja cópia encontra-se acostada aos autos à fl. 06. Verifica-se, inclusive, que a data da ciência do autuado ocorreu no mesmo dia da postagem, ou seja, 18/10/2018.

Do mesmo modo, constata-se que assiste razão a autuante quando diz que o autuado obteve as peças necessárias para exercer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, haja vista que na peça defensiva acostou cópias dos anexos do DTE, fls. 35 a 41, portanto, restando comprovado que o autuado tinha total conhecimento da fiscalização, bem como de seu resultado refletido no Auto de Infração em questão.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida.

O autuado alega, também, a existência de erro material, arguindo ofensa ao princípio da não cumulatividade. Afirma que a autuante não abateu do imposto devido apurado no levantamento realizado os valores cobrados e pagos a título de antecipação parcial materializados nas Notificações Fiscais nºs 2107650422141 e 2180750376150, lavradas pela Fiscalização de trânsito de mercadorias, nos valores de R\$3.287,07 e R\$1.015,20, respectivamente.

Certamente que não procede a alegação defensiva. Conforme esclarecido pela autuante as referidas Notificações Fiscais não têm nenhuma relação com a infração apontada no presente Auto de Infração, haja vista que dizem respeito à antecipação parcial do imposto, enquanto no presente caso a acusação fiscal diz respeito à divergência entre o ICMS destacado nas NF-e e sua escrituração fiscal no livro Registro de Saídas, o que resultou em recolhimento a menos do imposto.

Portanto, descabe falar-se em ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICMS.

No respeitante à constitucionalidade da multa de 60% arguida pelo impugnante, não há como este órgão julgador administrativo apreciar tal arguição, em face de existência de um óbice intransponível para tanto, no caso a determinação do art. 167, I do RPAF/BA/99, abaixo reproduzido, no sentido de que não se inclui na competência desta Junta de Julgamento Fiscal a declaração de constitucionalidade:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de constitucionalidade;

Assim sendo, não há como esta Junta de Julgamento Fiscal efetuar o “reenquadramento” da multa aduzido pelo impugnante, bem como efetuar a sua redução, por ausência de amparo legal para tanto.

Quanto ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes para formação do meu ente de convicção quanto ao deslinde da questão. Do mesmo modo, considero totalmente desnecessária à realização de perícia, em face das provas produzidas.

Diante disso, indefiro o pedido de realização de diligência/perícia com fundamento no art. 147, I, “a”, II, “b” do RPAF/BA/99.

O impugnante sustenta a não incidência do ICMS nas transferências internas. Alega que as notas fiscais de saídas arroladas no demonstrativo do autuante, muito embora não discriminem o CFOP ou a natureza da operação, são notas fiscais de transferências internas, CFOP 5152, que mesmo que possua alguma divergência de valor entre a NFe e a escrituração, o CONSEF e a PGE vêm se

pronunciando no sentido de que as mesmas não devem ser tributadas, exatamente pelo fato de que não há repercussão positiva, nem negativa, ao Estado, já que o débito do imposto no estabelecimento remetente se reverte em crédito fiscal no estabelecimento destinatário.

Nesse sentido, o impugnante invoca e reproduz o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 que orienta no sentido de que não incide o ICMS nas transferências internas de mercadorias e requer que sejam excluídas da autuação as notas fiscais de transferências internas com CFOP 5152, inclusive solicitando a realização de diligência.

Quanto ao pedido de diligência, considero desnecessária a sua realização haja vista que os elementos que compõem o presente processo permitem a solução da lide com celeridade e economia processual, sendo possível identificar os equívocos incorridos no levantamento e excluir os valores indevidamente exigidos.

Assim é que, assiste razão ao impugnante no tocante à exclusão das Notas Fiscais de transferência interna, pois, conforme consignado linhas acima, o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 orienta no sentido de que não incide o ICMS nas transferências internas de mercadorias.

A análise dos demonstrativos elaborados pela autuante permite constatar que parte substancial da autuação diz respeito a notas fiscais de transferências internas, cujas saídas ocorrem sem incidência do ICMS.

O fato de o autuado haver destacado indevidamente o imposto nas referidas notas fiscais não pode fazer incidir o ICMS onde não há incidência.

Por certo que se houve o destaque indevido do imposto pelo autuado e o estabelecimento destinatário utilizou este crédito indevido, cabe sim glosa destes créditos no estabelecimento destinatário, inclusive a análise da repercussão de sua utilização, no intuito de apurar se em face deste creditamento indevido houve ou não, falta de recolhimento do imposto ou recolhimento a menos, situações que cabe a exigência do imposto e aplicação de multa ou apenas aplicação da multa, conforme o caso.

Diante disso, com a exclusão da maioria das Notas Fiscais arroladas na autuação referentes à transferência interna de mercadorias para os estabelecimentos da empresa com CNPJs N°s 03.369.825.0001-76 e 03.698.825.0003-38, remanesce a exigência exclusivamente no tocante às Notas Fiscais arroladas na autuação que dizem respeito a operações internas de saída (vendas) de mercadorias para outro contribuinte/destinatário com CNPJ N° 03.047.182.0001-08 referente às Notas Fiscais n°s 5227 (Jan/14), 5773 (Fev/14), 6255 (Mar/14), no valor total de R\$5.029,33, conforme demonstrativo de débito abaixo:

OCORRÊNCIA	VL. LANÇADO	VL. A EXCLUIR	VL. REMAN. JULGADO
JAN/2014	22.760,21	20.674,80	2.085,41
FEV/2014	13.912,93	12.876,28	1.036,65
MAR/2014	13.496,88	11.569,61	1.907,27
ABR/2014	13.251,58	13.251,58	0,00
MAI/2014	18.880,17	18.880,17	0,00
JUN/2014	19.663,84	19.663,84	0,00
JUL/2014	16.326,42	16.326,42	0,00
AGO/2014	12.301,91	12.301,91	0,00
SET/2014	10.003,59	10.003,59	0,00
OUT/2014	4.644,96	4.644,96	0,00
NOV/2014	15.442,51	15.442,51	0,00
DEZ/2014	20.755,78	20.755,78	0,00
JAN/2015	12.382,30	12.382,30	0,00
MAR/2015	22.335,24	22.335,24	0,00
ABR/2015	19.212,02	19.212,02	0,00
MAI/2015	45.459,38	45.459,38	0,00
JUL/2015	13.347,32	13.347,32	0,00
AGO/2015	8.674,79	8.674,79	0,00
SET/2015	1.664,02	1.664,02	0,00

OUT/2015	19.356,96	19.356,96	0,00
NOV/2015	24.647,39	24.647,39	0,00
DEZ/2015	3.812,06	3.812,06	0,00
Total	352.332,26	347.282,93	5.029,33

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300766.0007/18-9**, lavrado contra **ATACADÃO DM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.029,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS PONTES - JULGADOR