

A. I. Nº - 206989.0021/18-8
AUTUADO - COOPERATIVA AGRÁRIA DOS CAFEICULTORES DE SÃO GABRIEL –
COOABRIEL
AUTUANTE - ASCLEPIADES DE ALMEIDA QUEIROZ
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0189-04/19

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. **a)** OPERAÇÃO TRIBUTADA CARACTERIZADA COMO NÃO TRIBUTADA. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO CERTIFICADO DE DIFERIMENTO. Comprovado que todas as operações acobertavam transferências internas de mercadorias para estabelecimento de mesmo titular. Não incidência do ICMS. Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 e Súmula nº 08 deste Conselho Infrações insubstinentes. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 19/11/2018, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$56.715,84, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 – 02.01.17 - Operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada. Café em grãos, saídas dentro do estado, cujas notas não continha destaque do ICMS, nem recolhimento do ICMS devido, nos meses de agosto a outubro de 2018, no valor total de R\$43.755,84.

Infração 02 - 02.10.01 – Deixou de recolher ICMS substituído por deferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto deferido, em decorrência de destacar o ICMS na nota fiscal 5669, café em grão, produto deferido e não recolher o ICMS para a referida operação, no mês de novembro de 2018, no valor de R\$12.960,00.

O autuado, através de advogado, ingressa com defesa, fls. 25 a 55, após falar sobre a tempestividade da apresentação da mesma transcreve o teor das infrações e das multas aplicadas. Após, diz que o presente lançamento provavelmente se perfaz em um equívoco, porquanto, é ressaltado que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Esclarece que, no caso dos autos, as NF-es de transferência de mercadorias que acompanham o auto de infração demonstram que as mercadorias foram transferidas da filial da impugnante localizada no Município de Camacan-BA (Cooabriel - Camacan – CNPJ nº 27.494.152/0029-45) para a filial localizada no Município de Itabela-BA (Cooabriel –I tabela – CNPJ nº 27.494.152/0019-73).

Externa o seu entendimento de que não há incidência de ICMS na transferência efetuada entre a empresa impugnante e sua irmã filial, pois não se está diante de uma operação de circulação jurídica ou econômica, uma vez que não há compra e venda, ou algum negócio jurídico assemelhado, que dê amparo à incidência do referido imposto.

Portanto, resta evidenciado que o lançamento foi açodado e não observou corretamente a subsunção do fato à norma, bem como inobservou ainda outros requisitos basilares para a lavratura do auto de infração.

Diz que outro ponto que deve ser considerado é o fato que a movimentação da mercadoria dentro do próprio Estado da Bahia não causou prejuízo ao Fisco, pois como comprovam os

arquivos SPED do período, não houve qualquer apropriação e/ou utilização de créditos pela filial remetente ou a filial destinatária, razão pela qual o lançamento é insubsistente.

Transcreve o art. 155 da Constituição Federal de 1988 e assevera que circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade. Neste sentido diz que este é o entendimento da melhor doutrina e transcreve ensinamento de Roque Antonio Carrazza.

Em seguida, arremata que o simples deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa (*in casu* filiais), por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.

Em seu socorro, transcreve a Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que o STJ também examinou o Recurso Especial (1.125.133/SP), submetido ao regime de Recurso Repetitivo, e que também este é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, e do Tribunal de Justiça da Bahia, conforme Ementas que transcreveu.

Em seguida, informa a existência de defeito de capitulação do lançamento - Não incidência do imposto mesmo em caso de diferimento.

Diz que o lançamento foi fundamentado com base no *art. 7º e parágrafos; art. 23, § 1º e art. 32 da Lei nº 7.014/96*.

Após transcrever a redação do citado dispositivo legal, afirma que Inobstante constar na motivação do lançamento que a impugnante seria “*não habilitada para operar no regime de diferimento*”, não há notícia nos autos de qualquer dispositivo legal que obrigasse a impugnante a submeter-se à referida habilitação. Também não consta do lançamento o dispositivo legal que determina que as operações com café cru em grão devem se submeter ao regime de diferimento.

Afirma que o enquadramento legal utilizado no lançamento trata da regra geral a ser aplicada no diferimento: modalidade, base de cálculo e forma de recolhimento. Contudo, repita-se, não há no auto de infração qualquer notícia sobre o dispositivo que determine a necessidade/obrigatoriedade de habilitação prévia para operar no regime de diferimento, ou ainda, de dispositivo que abarque as operações com café cru em tal regime.

Acrescenta que o regime de diferimento sempre acompanha determinados produtos por conveniência fiscal e do legislador, não sendo crível a exigência de habilitação prévia para a sua incidência, se é que a mesma existe, pois como explicitado, não há qualquer informação no auto de infração neste sentido.

Reafirma que “*o deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, ainda que para Estado diferentes, por si só, não se submete à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato gerador é necessária a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade*”.

Em relação à infração 01, diz que a sua capitulação mesma resta incompleta quando define: “*§ 6º, inc. II*”, e pergunta a qual regulamento se refere.

Acrescenta que inobstante a diferença havida em virtude do destaque ou não do ICMS havido entre as notas fiscais objeto do lançamento, temos o fato de direito é o mesmo, ou seja, a não incidência de ICMS sobre a transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma titularidade. Ainda que houvesse capitulação válida no lançamento, o que vimos não haver, melhor sorte não restaria ao auto de infração, haja vista que não houve a ocorrência do fato gerador, seja ele diferido ou imediato.

Afirma inexistir qualquer prejuízo ao Fisco, pois como anteriormente salientado resta comprovado pelos arquivos SPED do período fiscalizado que não houve qualquer apropriação

e/ou utilização de crédito de ICMS pelas filiais envolvidas na operação. Assim, inexistindo prejuízos ao erário, não há motivação para a lavratura de qualquer auto de infração.

Fala sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para reafirmar que à luz dos mencionados princípios é lícito afirmar-se que, no caso dos autos, pelo fato da não utilização dos créditos, não houve qualquer prejuízo ao erário, sem esquecer que em assim reconhecendo, conduz para a dispensa de qualquer multa, especialmente quando não tenha havido intenção de lesar o Fisco.

Entende não ser razoável a aplicação da autuação ora guerreada, exatamente em decorrência da obediência aos princípios da razoabilidade na cobrança de qualquer importância em benefício do Fisco e transcreve julgados neste sentido.

Por fim, diz que em face dos vícios materiais apontados, bem como a inexistência de fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte (*Súmula 166 do STJ*), requer a declaração da insubsistência do lançamento ora impugnado, anulando *in totum* o auto de infração.

Caso não seja este o entendimento, pede a redução do valor do auto em questão, trazendo a multa ora imposta para montante pecuniário que respeite os parâmetros da legalidade e proporcionalidade.

Pede ainda a produção de todas as provas admitidas em direito, especialmente prova pericial dos documentos e arquivos eletrônicos que acompanham a presente impugnação.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, fls. 73 a 82, após fazer um resumo das argumentações da autuada diz que o Auto de Infração foi lavrado tendo como base o Demonstrativo em anexo de folhas 06, e as notas fiscais de 07 a 15, e que basicamente, na peça defensiva, a autuada alega que a transferência de mercadoria não é fato gerador do ICMS e que o produto café não é objeto de diferimento.

Explica que, na infração 01, foram anexadas as notas fiscais, documentos de fls. 7 a 14. Na infração 02, foi anexada à Nota Fiscal nº 5669, doc. fls. 15. Nas informações complementares de todas as notas fiscais a autuada informa: ICMS DIFERIDO CONF. ART. 286 DO RICMS-BA, Certificado de Deferimento nº 003721.000.9.

Transcreve artigos da Lei 7014, de 04 de dezembro de 1996 e art. 286 do RICMS/BA, para afirmar que a autuada, além de não recolher o ICMS como determina a Lei 7014 e o Decreto 13.780/2012, utilizou de má fé ao inserir nas informações complementares das citadas notas fiscais um numero de habilitação de diferimento que não é para inscrição do emitente nem do destinatário. O numero Certificado de Deferimento nº 003721.000.9, foi concedido em 01/02/2002 para inscrição 054.311.187, CNPJ 27.494.152/0002-25, localizado no município de Teixeira de Freitas, conforme documentos de fls. 83 a 86, em anexo. Portanto usou de má fé. As inscrições do emitente e destinatário na época da constituição do crédito fiscal não estavam habilitadas a operar com o regime de diferimento. Pois não havia óbito o certificado de habilitação. Tento obtida a referida habilitação respectivamente em 03/05/2019 e 20/02/2019.

Conclui que a autuada, tinha conhecimento da obrigatoriedade da habilitação para diferimento que fez uso indevido do numero do certificado de outra inscrição.

Em relação ao fato gerador, diz que, conforme o Art. 7º da Lei nº 7.014/96, fica claro que está completamente equivocado o contribuinte, uma vez que o fato gerador já ocorreu, foi apenas adiado o pagamento para uma etapa posterior.

Acrescenta que a autuada cita a Súmula 166, do STJ “que examinou o Recurso Especial (1.125.133/SP)”. Que na verdade refere-se a deslocamento de bens do ativo fixo. (grifo nosso). Nada que vincule a matéria em pauta.

Quanto à afirmação defensiva de que a capitulação da infração 1 está incompleta, transcreve o que está inserido no Auto de Infração: “Art. 1º, inciso I; art. 2º, inciso I; art. 32 da Lei nº 7.014/96 C/C art. 217, inciso I; art. 332, inciso I, alínea “a”; § 6º, inc. II do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.”

No que diz respeito ao argumento de que não houve qualquer apropriação e/ou utilização de crédito de ICMS pelas filiais envolvidas na operação, em nenhum momento foi objeto de cobrança pela apropriação e/ou utilização de crédito de ICMS pelas filiais, como também transferência de crédito.

Com relação ao caráter confiscatório da multa, diz não ser cabível a sua análise e que a multa aplicada foi à prevista na Lei nº 7014/1996 – Art. 42, Inciso II, Alínea “f”, para ambas as infrações.

Conclui pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O ICMS foi exigido, neste lançamento de ofício, em decorrência de duas infrações, sendo que o contribuinte suscitou nulidade da infração 02, ao argumento de defeito de capitulação da infração, asseverando inexistir no Auto de Infração o dispositivo que determine a necessidade/obrigatoriedade de habilitação prévia para operar no regime diferimento com as operações de café cru.

Analisando os autos, constato que, efetivamente, a acusação é extremamente genérica, porém o agente fiscal anexou, à fl. 15 fotocópia da única Nota Fiscal que foi objeto do lançamento, a de nº 5.669, onde o próprio contribuinte informou no campo “Informações complementares” do referido documento, a seguinte informação: “*ICMS diferido conf. art. 286 do RICMS/BA, certificado de deferimento nº 003721.000.9*”.

Ora, como foi o contribuinte que emitiu as notas fiscais e não apresentou o certificado que ele próprio informou no documento fiscal cabia a ele apresentar as razões que justificariam seu procedimento e foi exatamente o que fez em suas razões de mérito, não havendo, assim, a meu ver, o alegado vício apontado.

No mérito, a infração 01 diz respeito a: “*Operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada. Café em grãos, saídas dentro do estado, cujas notas não continha destaque do ICMS*”.

Na apresentação da defesa, o sujeito passivo alega que as notas fiscais objeto da acusação fiscal referem-se unicamente a operações de transferências de mercadorias para revenda, destinadas a sua única filial, estabelecida no município de Itabela-BA (Cooabriel - Itabela – CNPJ nº 27.494.152/0019-73).

Sustenta o sujeito passivo não haver a incidência do imposto, pois no seu entender, as operações sob análise não se configuram circulação jurídica ou econômica e sim apenas meros deslocamentos físicos de mercadorias entre estabelecimentos da própria empresa.

Da análise dos documentos que embasam a acusação fiscal, observo que inexistem dúvidas de que as operações objeto do presente lançamento dizem respeito a transferências destinadas a estabelecimento do mesmo titular localizado no Estado da Bahia, sem destaque do imposto.

Embora o inciso I do artigo 2º da Lei nº 7.014/96 estabeleça genericamente que o ICMS incide sobre “*a realização de operações relativas à circulação de mercadorias*”, o próprio diploma legal prevê a transferência de débitos e créditos entre os estabelecimentos de cada sujeito passivo, desde que localizados no território baiano, mediante a emissão de nota fiscal para documentar o fato.

É o que se encontra disposto nos artigos 24, 25 e 26, da Lei nº 7.014/96, a seguir transcritos:

Art. 24. O ICMS será apurado por período, conforme dispuser o regulamento:

Art. 25. As obrigações consideram-se vencidas na data em que termine o período de apuração e são liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro como disposto neste artigo:

I - as obrigações consideram-se liquidadas por compensação até o montante dos créditos escriturados no mesmo período mais o saldo credor de período ou períodos anteriores, se for o caso;

II - se o montante dos débitos do período superar o dos créditos, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado pela legislação tributária;

III - se o montante dos créditos superar o dos débitos, a diferença será transportada para o período seguinte.

Art. 26. Para efeito de aplicação do disposto nos arts. 24 e 25, os débitos e créditos serão apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado, conforme dispuser o Regulamento (LC 87/96 e 102/00). (grifos não originais)

Já o artigo 306 do RICMS/12 determina que a transferência de saldos credores ou devedores entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte será feita mediante a emissão de nota fiscal em nome do estabelecimento destinatário.

Art. 306. A transferência do saldo credor ou devedor entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte será feita mediante a emissão de nota fiscal em nome do estabelecimento destinatário do crédito ou débito, na qual serão indicados o valor do saldo a ser transferido, a data e uma das expressões: “Transferência de Saldo Credor” ou “Transferência de Saldo Devedor”, conforme o caso.

Tais previsões legais possuem uma lógica incontestável: quaisquer operações realizadas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte dentro do Estado da Bahia, desde que devidamente documentadas por meio de notas fiscais, não têm nenhuma repercussão na apuração do ICMS para a Fazenda Estadual, porque o débito de um estabelecimento será necessariamente compensado com o crédito no outro, de modo que, para o Estado, não há nenhuma perda ou prejuízo na arrecadação.

Assim, não obstante a autonomia dos estabelecimentos, e considerando que as operações se referem à transferência entre estabelecimentos do próprio contribuinte, dentro do Estado da Bahia, entendo que financeiramente não houve qualquer prejuízo para o Erário Estadual, vez que, não houve qualquer apropriação e/ou utilização de créditos pela filial remetente ou a filial destinatária, já que não houve o destaque o ICMS nos respectivos documentos fiscais, conforme se observa às fls. 07 a 17.

Ademais, o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, que promoveu uniformização de sua orientação jurídica acerca de alguns temas, dentre estes a questão de transferências, assim concluiu: “*Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular*”, ressaltando:

Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º, da LC 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do RESP nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, § 4º, da LC 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.

Vale registrar que, nos termos da recentíssima Súmula nº 08, editada pela Câmara Superior deste CONSEF, “*não cabe à exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular*”.

Assim, concluo pela insubsistência desta infração.

Na infração 02, a irregularidade diz respeito à falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.

A operação diz respeito à Nota Fiscal eletrônica nº 5.669, emitida pela autuada e também destinada à sua filial, e reflete situação semelhante à esplanada na infração anterior, e consequentemente mantendo os mesmos argumentos anteriormente aduzidos julgo também insubsistente a infração 02. Em conclusão, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206989.0021/18-8**, lavrado contra **COOPERATIVA AGRARIA DOS CAFEICULTORES DE SÃO GABRIEL - COOABRIEL**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR