

PROCESSO - A. I. Nº 300766.0007/18-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ATACADÃO DM LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1º JJF nº 0095-01/19
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/07/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0078-12/20-VD

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/12/2018, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 03.01.04 - 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e janeiro, março a maio e julho a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$352.332,26, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96.

A 1ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0095-01/19, (fls. 57 a 62), com base no voto do Relator a seguir transcrito:

“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 inconstitucionalidade 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 inconstitucionalidade:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

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 a 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^{os} 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^o 03.047.182.0001-08 referente às Notas Fiscais n^{os} 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.”

A 1ª JF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS e multa em decorrência de recolhimento a menor do imposto, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor histórico de R\$708.692,60, conforme extrato (fl. 64), montante superior a R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

A desoneração decorreu da constatação de que a maioria das Notas Fiscais arroladas na autuação são referentes à transferência interna de mercadorias para outros estabelecimentos da mesma empresa, cuja tributação é indevida, em face da não-incidência do imposto, conforme pronunciamento recorrente deste CONSEF, apoiado no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0.

Sendo assim, não merece reparo a Decisão recorrida, já que efetivamente ocorreu um equívoco da autuação, disciplina inclusive objeto da Súmula nº 08 deste CONSEF, com a seguinte redação:

“Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular.”

Ressalto ainda que esta Súmula nº 08 decorreu de diversos precedentes jurisprudenciais, tais como os Acórdãos CJF nºs 0344-11/17, 0359-12/17, 0224-12/17, 0361-11/17, 0333-11/17, 0339-11/17, 0355-11/17, 0357-12/18, 0345-11/17 e 0356-12/18.

Saliento que cabe à Inspeção Fiscal de circunscrição fiscal dos destinatários das mercadorias, apurar a utilização indevida de crédito fiscal em observância ao princípio da autonomia dos estabelecimentos, contido no §2º, do Art. 14 da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300766.0007/18-9**, lavrado contra **ATACADÃO DM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.029,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS