

**PROCESSO** - A. I. Nº 300766.0007/18-9  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - ATACADÃO DM LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0095-01/19  
**ORIGEM** - INFAS 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 PROVADO. 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 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 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 glossa 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 nºs 03.369.825.0001-76 e 03.698.825.0003-38, permanece 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 Nº 03.047.182.0001-08 referente às Notas Fiscais nºs 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
<b>Total</b>	<b>352.332,26</b>	<b>347.282,93</b>	<b>5.029,33</b>

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

A 1ª JJF 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.

Constatou 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 Inspetoria 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