

A. I. Nº - 269096.0001/21-7
AUTUADO - NORSA REFRIGERANTES S.A.
AUTUANTE - JAYME GONÇALVES REIS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/12/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0203-04/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DOCUMENTO FISCAL FALSO OU INIDÔNEO. NOTA FISCAL CANCELADA PELO EMITENTE. **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Itens não impugnados. Infrações 01 e 02 mantidas. **c)** CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES DE CARGAS. Excluídas as operações decorrentes de transporte de mercadorias tributáveis. Infração 03 parcialmente subsistente. **d)** OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS INTERNAS DE BENS E/OU MATERIAIS DE CONSUMO. Impossibilidade de utilização de créditos fiscais. Entendimento consagrado por este órgão julgador, à luz da sua jurisprudência refletiva na Súmula 08/2019. Acusação subsistente. Indeferidos os pedidos de nulidade e de realização de perícia técnica. Mantida a multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime em relação à infração 04.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, teve sua expedição ocorrida em 29/01/2021, para reclamar crédito tributário no montante de R\$21.430,45, mais multas, em decorrência das seguintes acusações:

1 - *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento (s) fiscal(is) falso(s) ou inidôneo(s). Referente à Nota Fiscal de entrada nº 141, aquisição de gás carbônico, emitida por White Martins Gases Industriais do Nordeste Ltda., chave de acesso 29161024380578004338550370000001411637470150, cancelada pelo emitente, conforme demonstrativo Norsa_2016_Anexo_C_Crédito_Indevido/CINFCancelada, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Autuado”.* Valor lançado R\$2.188,02, com multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso IV, alínea “J”, da Lei nº 7.014/96.

2 - *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) documento (s) fiscal (is). Referente às operações com Ravibras Embalagens da Amazônia Ltda., América Energia Ltda., Engepack Embalagens São Paulo S/A e Cia de Gás da Bahia – BAHIAGÁS, conforme demonstrativo Norsa_2016_Anexo_C_Crédito_Indevido/CIMaiorNF, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Autuado”.* Valor lançado R\$8.902,49, com multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

3 - *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) documento (s) fiscal (is). Referente às contratações de prestações de transportes de cargas, conforme demonstrativo Norsa_2016_Anexo_C_Crédito_Indevido/CIFretes, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Autuado”.* Valor lançado R\$6.970,97, com multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

4 - *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal (is). Referente às entradas em transferências no Estado de bens e/ou materiais integrantes do Ativo Imobilizado do estabelecimento filial remetente, conforme*

demonstrativo Norsa_2016_Anexo_C_Crédito_Indevido/CITransfAtivo, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Autuado". Valor lançado R\$3.368,97, com multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seu Representante Legal, ingressou com Impugnação Parcial ao lançamento, fls. 18 a 35, onde, após tecer considerações iniciais, informou que realizou o pagamento integral das infrações 01 e 02 e parcial da infração 03, de acordo com os comprovantes que disse estar anexando aos autos. Entretanto, em relação aos valores remanescentes, asseverou que são manifestamente indevidos, conforme disse que demonstrará a seguir.

Assim é que, no tocante a infração 03, pontuou que esta parte de um erro de concepção quanto as mercadorias transportadas, porquanto deixa de observar que as operações de transporte são relativas a aquisições de mercadorias tributadas, de modo que não houve utilização de crédito indevido, consoante apontado na acusação, destacando que as referidas operações dizem respeito a aquisições de insumos e de produtos de revenda, o que pode ser constatado pelas notas fiscais indicadas em cada Conhecimento de Transporte Eletrônico, de acordo com o Doc. 05, apontando, inclusive, de forma exemplificativa, os CT-e 16982 e 13978.

Após tecer considerações jurídicas a respeito da questão e mencionar doutrina, concluiu pugnando pela improcedência da infração 03.

No que diz respeito a infração 04, cuja acusação se reporta a utilização indevida de crédito de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais em documentos fiscais, referentes a transferências neste Estado de bens e/ou materiais integrantes do Ativo Imobilizado, efetuou, inicialmente, uma conceituação a respeito do que se trata crédito de Ativo Imobilizado, seu conceito contábil, citou e transcreveu o Art. 309, § 2º, V do RICMS/BA, transcreveu jurisprudência de Tribunal Superior, citou doutrina, apontou notas fiscais que tiveram saídas posteriores tributadas, para concluir asseverando que resta nítida a improcedade da infração.

Em seguida passou a arguir desproporcionalidade da multa aplicada no percentual de 60%, cujo patamar considera elevado, além de que viola o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco consagrado no art. 150, IV da Constituição Federal.

Após discorrer longamente a respeito deste tema, citando jurisprudência oriunda de Tribunais Superiores para respaldar seus argumentos, conclui que em julgados recentes o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior, portanto, ao qual se adentra na esfera do confisco, transcrevendo julgados a este respeito.

Concluiu este tópico pugnando pela improcedência da multa aplicada ou subsidiariamente sua redução a patamar razoável entre 20% e 30%.

Ponderou, em seguida, que é de ser levado em consideração também o benefício da dúvida, mencionando o art. 112 do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida de interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Finalizou requerendo o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no presente Auto de Infração, diante da improcedade da exigência fiscal.

Sucessivamente, em não sendo acolhido o pedido anterior, que seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco, e que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável ao sujeito passivo, protestando, finalmente, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim e demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 150 e 151 destacando, inicialmente, o reconhecimento pelo autuado das infrações 01 e 02, e parte da infração 03.

Em relação ao mérito pontuou que, naquilo que concerne a infração 03, observando que a impugnação apresentada pelo autuado se restringiu a inclusão dos CT 16982 referente a NF-e 76815 e CT 13.978 relacionado as Notas Fiscais nº 32.499, 32.500 e 32.503, por se referirem a entradas de mercadorias tributáveis.

Neste sentido pontuou que acolheu o argumento defensivo e excluiu a exigência recaída sobre os referidos conhecimentos de transportes, reduzindo o débito da infração 03 para o montante de R\$6.007,59 consoante demonstrado à fl. 150.

No que diz respeito a infração 04, disse que os registros fiscais do autuado, relacionados aos CFOP 1552 e 1553, fl. 12, não deixam dúvidas quanto à indevida utilização do crédito fiscal, reportando-se ao art. 254, XXII do RICMS/BA que trata da isenção dessas operações.

Concluiu pontuando ser desnecessário ciência ao autuado da presente Informação Fiscal, de acordo com o Art. 127, § 8º do RPAF/BA, tendo em vista que o refazimento do demonstrativo de débito relacionado à infração 03 decorreu dos argumentos e provas colacionados pelo autuado ao processo.

Pugnou, ao final, pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data da representante legal do autuado, Drª Mirelly Chiappetta dos Santos, OAB/PE nº 30.444, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Das quatro imputações que integram os presentes autos, o autuado reconheceu integralmente como devidos os valores exigidos através das infrações 01 e 02, nas quantias respectivas de R\$2.188,02 e R\$8.902,49, e parcialmente o valor exigido na infração 03, na importância de R\$3.263,58, apresentando às fls. 55 a 62 comprovantes desses pagamentos, os quais deverão ser verificados pelo setor competente da Sefaz, e após a confirmação, deverão ser homologados tais pagamentos.

Nos pedidos finais apresentados pelo sujeito passivo, foi requerida de forma não objetiva e genérica, a decretação da nulidade do Auto de Infração, pedido este que não acolho visto que, a formalização do lançamento atende aos requisitos previstos pelo Art. 142 do CTN, bem como pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

O autuado requereu a realização de perícia técnica, para efeito de demonstrar a inexistência das acusações apontadas, a qual fica indeferida nos termos do Art. 147, inciso I e II do RPAF/BA, visto que se encontram presentes nos autos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador.

Isto posto, em relação a parcela impugnada concernente a infração 03, o autuado questionou, de forma específica, as exigências pertinentes aos CT-e nº 16982 referente a NF-e 76815 e CT 13.978 relacionado as notas fiscais nº 32.499, 32.500 e 32.503, por se referirem ao transporte de mercadorias tributáveis, sobre os quais alegou o legítimo direito à utilização dos créditos fiscais deles decorrentes.

Tal fato, foi objeto de análise pelo autuante, que comprovou e acolheu o argumento defensivo, excluindo da autuação as exigências relacionadas aos citados conhecimentos de transportes.

Considerando que não houve por parte da defesa citação específica de outros CT-e, objeto da autuação, se limitando a mencionar que a situação acima citada se repetiu quanto a todas as operações de transporte, visto que os produtos adquiridos ou são insumos destinados ao consumo no processo produtivo, ou produtos destinados à revenda, não se enquadrando nas preconizações

do Art. 265 do RICMS/BA, não apresentando, entretanto, qualquer comprovação neste sentido.

Além do mais, o simples argumento de que o que aconteceu foi que, para acomodar os itens no transporte, se utilizou de vasilhames, sacarias, palletes, etc., tendo emitido uma nota de simples remessa para acobertar o trânsito dos itens de acomodação dos produtos, não é suficiente para convalidar a utilização de créditos fiscais decorrentes de operações de transportes na forma consignada na autuação.

Desta maneira, acolho as exclusões levadas a efeito pelo autuante e julgo a infração 03 parcialmente subsistente no valor de R\$6.007,59, de acordo com o demonstrativo constante à fl. 150.

Naquilo que concerne à infração 04, de acordo com o demonstrativo constante à fl. 12, se refere à utilização de créditos fiscais de forma indevida decorrentes de operações de transferências internas de bens ou matérias de uso ou consumo, ou sejam, chaveiro, vasilhame e reservatórios.

O autuado arguiu a legitimidade da utilização de tais créditos mediante farta argumentação de ordem contábil e jurídica, enquanto que o autuante manteve a autuação com fundamento no quanto previsto pelo art. 254, XXII do RICMS/BA.

De fato, não assiste razão ao autuado em seus argumentos. Esta é uma questão com entendimento já pacificado no âmbito deste CONSEF, sendo objeto da *SÚMULA DO CONSEF N° 08*, de 29/08/2019, no sentido de que “*Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular*”.

Aliás, consoante muito bem pontuado pelo autuante, o Art. 265, inciso XXII do RICMS/BA, é claro ao estabelecer que “*São isentas do ICMS as remessas internas entre estabelecimentos de uma mesma empresa, de bens integrantes do ativo permanente e de materiais para uso ou consumo...*

Desta maneira, correta está a exigência tributária consignada através da infração 04, a qual resta subsistente.

Quanto ao argumento defensivo de exorbitância da multa aplicada, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que o autuante agiu estritamente em consonância que o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta, a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, *verbis*:

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

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Assim, é que as alegações defensivas a respeito da inconstitucionalidade da norma legal citada, tal como mencionado acima, também não podem ser apreciadas por este Colegiado, tendo em vista a vedação constante nos incisos I e III do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, a seguir transcritos:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que as Decisões Judiciais citadas pelo autuado, todas voltadas a questões interpretativas constitucionais, portanto, à luz do quanto acima exposto, foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação

tributária posta. Ademais, os precedentes judiciais citados na peça de defesa, proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Também não pode ser acolhido o argumento de que a multa é confiscatória, considerando que está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e, conforme já mencionado, não compete a este órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação ou a negativa de sua aplicação, nos termos dos incisos I e III do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), acima reproduzidos. Também não há como atender ao pleito do defendant, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Quanto ao pedido do autuado para que seja aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, com base no art. 112 do CTN, entendo não ter pertinência tal pleito no presente caso, já que não existe dúvida em relação a matéria sob apreciação.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, no valor de R\$20.467,07, sendo as infrações 01, 02 e 04 inteiramente procedentes, enquanto que a infração 03 subsiste parcialmente, no valor de R\$6.007,59, consoante demonstrado à fl. 150.

VOTO DIVERGENTE (INFRAÇÃO 04)

Antes de adentrar na minha manifestação, peço vênia para descrever a infração 04, na sua integralidade, com enquadramento:

INFRAÇÃO 04: 01.02.41- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal (is), relativo aos meses de maio, outubro e dezembro de 2016.

Consta de informações complementares que se refere às entradas em transferências no Estado de bens e/ou materiais integrantes do Ativo Imobilizado do estabelecimento filial remetente, conforme demonstrativo Norsa_2016_Anexo_C_Crédito_Indevido/CITransfAtivo, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Autuado”.

Valor de ICMS lançado R\$3.368,97, com enquadramento nos artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96, c/c art. 309, § 7º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/97 e multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Neste contexto, quero manifestar meu respeito ao voto do Ilustre Relator, frisando que dele divirjo apenas quanto aos fundamentos para manutenção da infração 04, que se refere a utilização de créditos fiscais de forma indevida decorrentes de operações de transferências internas de bens ou matérias de uso ou consumo, ou sejam, chaveiro, vasilhame e reservatórios, entre estabelecimentos de um mesmo titular.

Destaca o Ilustre Relator, em seu voto, que é uma questão com entendimento já pacificado no âmbito deste Conselho de Fazenda, sendo objeto da Súmula nº 08, de 29/08/2019, no sentido de que “*Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular*”.

Sobre tal entendimento, não há qualquer discordância da parte deste Julgador, nem tampouco do defendant, como também do agente Autuante; entretanto, o que se observa do demonstrativo de débito da autuação é que o imposto, decorrente das operações de transferência entre os estabelecimentos envolvidos, foi devidamente destacado nos documentos fiscais próprios e, por conseguinte, oferecidos a tributação, quando da saída dos produtos do estabelecimento filial de CNPJ 07.196.033/0025-75, para o estabelecimento matriz de CNPJ 07.196.033/0001/21-7, todos com a denominação NORSA REFRIGERANTES S.A., estabelecidos no Estado da Bahia, sem trazer qualquer prejuízo aos cofres público estadual.

Manter tal autuação, significa dizer que o estabelecimento filial de CNPJ 07.196.033/0025-75, habilitará a restituição do indébito fiscal, nos termos da legislação, relativo ao imposto que houvera oferecido à Fazenda Pública Estadual de forma indevida, na transferência dos produtos objeto da presente autuação, para o estabelecimento matriz de CNPJ 07.196.033/0001/21-7, por não

incidência, nos termos da Súmula do CONSEF nº 08, conforme destacado no voto do Ilustre Relator.

Neste contexto, apresenta-me um contrassenso a manutenção dessa autuação, mesmo porque, na sua essência, o Estado da Bahia fora até beneficiado do ponto de vista financeiro, vez que se apropriou do valor do imposto (ICMS), por recolhimento indevido realizado pelo estabelecimento filial de CNPJ 07.196.033/0025-75, com a emissão das notas fiscais de transferência (CFOP 1552), para o estabelecimento matriz de CNPJ 07.196.033/0001/21-7, quando não era para existir qualquer destaque de ICMS nessas operações.

Não obstante tais considerações, havia à época dos fatos geradores entendimentos diversos deste Conselho de Fazenda, em relação a incidência de ICMS nas operações de transferências internas entre estabelecimentos de um mesmo titular, somente vindo a pacificar com o entendimento sumulado de nº 08, após o Incidente de Uniformização da PGE 2016.169.506-0, que tornou público através do Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 42/2016, datado de 22/11/2016.

Neste sentido, ao meu sentir, à época dos fatos geradores, as operações de transferências foram efetivadas, conforme entendimento predominante nos julgados deste Conselho de Fazenda, não fazendo jus ao lançamento da infração 04, do Auto de Infração nº 269096.0001/21-7. Assim, meu voto é pela Improcedência da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269096.0001/21-7**, lavrado contra **NORSA REFRIGERANTES S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$20.467,07**, acrescido da multa 100% sobre R\$2.188,02, e de 60% sobre R\$18.279,05, previstas no Art. 42, incisos IV alínea “j” e VII alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores que se encontrem efetivamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE EM RELAÇÃO À INFRAÇÃO 04