

PROCESSO - A. I. Nº 269369.0006/21-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LOJAS SIMONETTI LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0177-04/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/05/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0093-11/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Considerações de defesa elidem a autuação. Comprovado que todas as operações se relacionam a transferências de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (CFOP 5152), entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, dentro do próprio Estado da Bahia. Entendimento firmado pela PGE, através do Incidente de Uniformização de nº PGE 2016.169506-0, é de que não há incidência de ICMS nas operações de transferências internas. Súmula CONSEF nº 08. Logo, não há que se arguir erro na determinação da base de cálculo do imposto (ICMS), nas operações de transferências internas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, vez que não há a incidência de ICMS nessas operações internas. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, na forma do art. 169, inc. I, letra “a” do RPAF/99, em razão do Acórdão nº **0177-04/21-VD**, que julgou Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/04/2021, para exigir créditos tributários no valor histórico é de R\$ 787.842,14, e imposição de multa de 60%, decorrente de uma única infração, concernente ao recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (**Infração 01 - 003.002.005**).

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 4ª JJF:

“VOTO

No mérito, o Auto de Infração em tela, lavrado em 30/04/2021, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ EXTREMO SUL, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 500456/21, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS), por ter recolhido a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos anos de 2018, 2019 e 2020, conforme demonstrativo de fls. 8 a 38 dos autos, que é parte integrante do CD/Mídia de fls. 40.

Lançado ICMS no valor de R\$ 787.842,15, com enquadramento no artigo 17 a 21; e art. 23 da Lei nº 7.014/96, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

Em sede de defesa, o sujeito passivo diz ser uma empresa varejista, e como tal, uma filial inscrita no CNPJ sob nº 31.743.848/0032-24, e I. E. nº 077.899.112, em que se trata de um CD – Centro de Distribuição, localizado na Cidade de Eunápolis/BA, que abastece suas filiais situadas neste município e outros em seu entorno, ou seja, todas as operações, objeto da autuação, foram realizadas em estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, e que se pode chamar tais operações de transferências.

Pontua então, que em se tratando de transferências para a mesma pessoa jurídica, já há muito tempo se discute se há ou não incidência de ICMS nestas transferências, uma vez que para ocorrer a incidência do ICMS, não basta somente a circulação física da mercadoria, é imprescindível a transferência de titularidade de uma pessoa

para outra, ou seja, a alteração da posse jurídica da mercadoria.

Diz que tal interpretação é desde 1996, quando inclusive foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 166. Em seguida, questiona: como falar em erro base de cálculo, sequer nem fato gerador do ICMS constitui a operação de transferência entre estabelecimento do mesmo contribuinte?

Mais adiante, diz que no caso em tela a operação é interna, e com isso ao seu ver a autuação torna-se inócua nestas transferências, pois como o Autuante quis transparecer que o valor foi menor do que deveria ser, e refez o cálculo excluindo os impostos recuperáveis no caso o ICMS, o crédito na filial do mesmo contribuinte também foi menor, e como a que tem o seu valor final na filial recebedora, não há o que se falar em infração e qualquer prejuízo ao Erário Público Estadual.

Para comprovar, diz que pega o primeiro produto do Demonstrativo de Débito a Menor – Transferência de mercadorias abaixo do custo – Lista de Notas Fiscais/Itens, que é o Produto de Código 10132 – Lavadora Auto. L, onde pontua que o Autuante trouxe a seguinte razão:

- Valor da Transferência foi de..... R\$ 1.086,67*
- O Autuante disse que deveria ser..... R\$ 1.166,18*
- Diferença de R\$ 79,51 x 18% = R\$ 14,31*

Aduz, que a venda deste produto na outra Filial da Autuada foi no valor de R\$ 1.199,00, ou seja, valor superior ao da transferência, e com isso ao seu entender não há nenhum prejuízo de recolhimento de ICMS ao Estado, pois se menor a transferência interna também gera um crédito menor, se maior o valor da transferência gera um crédito a maior, e como se trata de operação interna e de mesmo contribuinte com a última saída em valor maior, torna-se inócua o “erro de base” alegado pelo Autuante, pois sai de uma filial para outra pagar ao mesmo Estado.

O agente Fiscal Autuante não refuta quaisquer dos argumentos de defesa, apenas diz que não cabe a ele a análise da legalidade ou justiça da norma vigente. Aduz, que cabe através do trabalho de auditoria, verificar o cumprimento ou não do normativo legal.

Bem! Compulsando detidamente as operações objeto da autuação, mais especificamente Demonstrativo de Débito a Menor – Transferência de mercadorias abaixo do custo – Lista de Notas Fiscais/Itens de fls. 19 a 38 dos autos, que fundamenta a autuação, em lide, vê-se que todas as operações relacionam ao “CFOP 5152 Transferências de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros” entre estabelecimento do mesmo contribuinte dentro do próprio Estado da Bahia.

Em sendo assim, vejo restar razão a arguição de defesa do Autuado, em relação à não incidência do imposto (ICMS) na transferência internas, pois se trata de um entendimento firmado pela PGE, através do Incidente de Uniformização de nº PGE 2016.169506-0, onde, após conhecimento deste Conselho de Fazenda em 22/11/2016, através do Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 042/2016, tem seguido os membros deste Conselho essa orientação em seus julgados, sendo sumulado por este mesmo Conselho de Fazenda através da Súmula de nº 08, em que dispôs que não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular.

Logo, não há que se arguir erro na determinação da base de cálculo do imposto nas operações de transferência entre estabelecimento do mesmo contribuinte, vez que não há a incidência de ICMS nessas operações internas. Assim, como todas operações, objeto do Auto de Infração em tela, relacionam a operações com CFOP 5152 Transferências de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, as quais não há incidência de ICMS, voto então pela insubsistência da autuação em tela.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Em função da redução do valor do Auto de Infração, a 4ª JJF recorre de ofício para esta Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

VOTO

Trata-se da apreciação do Recurso de Ofício (Art. 169, I, “a” do RPAF – Decreto nº 7.629/99), contra própria decisão da 4ª JJF.

Observe que a decisão da 4ª JJF (Acórdão nº 0177-04/21-VD), deu provimento à Impugnação, julgando Improcedente o Auto de Infração em apreço no montante de R\$ 787.842,14, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

O cerne da questão reside na incidência ou não do ICMS nas transferências de mercadorias do mesmo titular, nas operações internas (2018, 2019 e 2020). Isso porque a determinação da base de cálculo para a incidência do imposto torna-se uma questão acessória na discussão da lide, pois se a operação de transferência de mercadorias (internas e interestaduais) para estabelecimentos do mesmo contribuinte não tem a incidência do ICMS, então a base de cálculo a menor ou a maior, não tem nenhuma repercussão no caso em tela.

O Relator da Decisão recorrida menciona a posição do Autuante na Informação Fiscal, que sequer refutou as alegações da defesa, conforme trecho abaixo transcrito:

- *A defesa não questiona os valores ou cálculos apresentados.*
- *A defesa não apresenta elementos que descaracterizem os demonstrativos apresentados.*
- *A defesa se limita a questionar a legalidade da norma do Inciso I do Parágrafo 7º do Artigo 17 da Lei 7014/96 que assim determina:*

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

§ 7º Na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

Não cabe ao auditor fiscal a análise da legalidade ou justiça da norma vigente. Cabe ao auditor, através do trabalho de auditoria, verificar o cumprimento ou não do normativo legal.

Nos manifestamos pela procedência do Auto de Infração.

Observe, assim como o nobre Relator da 4ª JF, que todas as operações objeto da única acusação fiscal, se trata efetivamente de transferências entre estabelecimentos do Autuado (CFOP 5152 - Transferências de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros).

Sobre o tema, a tese defensiva se amolda ao entendimento exarado pela PGE, através do Incidente de Uniformização de nº PGE 2016.169506-0, onde, após conhecimento deste Conselho de Fazenda Estadual em 22/11/2016, através do Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 042/2016, tem seguido os membros deste Conselho essa orientação em seus julgados, sendo sumulado por este mesmo Conselho de Fazenda, através da Súmula de nº 08, em que dispôs que não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular.

Face ao exposto, restou acertada a decisão de piso que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração recorrido, por essa razão, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269369.0006/21-6**, lavrado contra **LOJAS SIMONETTI LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FRANCISCO AGUIAR DA SILVA JÚNIOR – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS