

PROCESSO - A. I. Nº 2068910085/18-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SARAIVA E SICILIANO S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0077-01/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/11/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0298-12/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE TRANSFERÊNCIA. A recorrida é beneficiária do Decreto nº 7.799/2000 e conforme resposta de consulta formal à DITRI, nas saídas internas para estabelecimentos que comercializam por meio de internet ou telemarketing, é dispensado o lançamento e o pagamento do imposto referente à operação própria, nos termos do inciso II, do § 3º, do art. 3º-G do Decreto nº 7.799/2000, desde que ambos os estabelecimentos estejam localizados no mesmo endereço. Comprovou que todos os créditos objetos deste Auto de Infração foram estornados no prazo regulamentar. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos, de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 1ª JJF nº 0077-01/22-VD, que julgou Improcedente o Auto de Infração, em epígrafe, lavrado em 23/11/2018, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$ 590.924,50, em decorrência de uma única infração, descrita a seguir:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.23: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela Unidade Federada de origem superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos, ocorrido de janeiro de 2015 a dezembro de 2017, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inc. VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.*

Os autuantes informaram que: “O presente trabalho tem amparo em decisões do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - TJ/BA (Processos nº 0513561-60.2016.8.05.0001 e 0553866-57.2014.8.05.0001).

EXERCÍCIOS DE 2015 a 2017 - INFRAÇÃO - ESTORNO DE CRÉDITO DE IMPOSTO EM DECORRÊNCIA DE BASE DE CÁLCULO DO ICM SUPERIOR AO PREVISTO NO INCISO I DO § 4º DO ART. 13 DA LC 87/96 - VALOR CORRESPONDENTE À ENTRADA MAIS RECENTE (NO ESTOQUE) DAS MERCADORIAS ADQUIRIDAS OU COMPRADAS, QUE É EQUIVALENTE AO CUSTO DE AQUISIÇÃO DA MESMAS PARA COMPOSIÇÃO DOS SEUS ESTOQUES, NAS OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL ORIUNDAS DIRETA E EXCLUSIVAMENTE DOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS OU ATACADISTAS (CDs), COM DESTINO À FILIA LOCALIZADA NESTE ESTADO. ESTORNO DO ICMS CREDITADO A MAIOR NOS LIVROS DE ENTRADAS COM A SUBSEQUENTE APURAÇÃO E PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO MENOR QUE O PREVISTO EM LEI.”

Às fls. 20 a 36 os autuantes aportaram aos autos a descrição dos trabalhos realizados e os fundamentos jurídicos da autuação, explicando que foi aplicado o roteiro de auditoria fiscal-contábil da base de cálculo das operações de transferência interestadual com base no art. 13, § 4º, inc. I da Lei Complementar nº 87/96, ou seja, o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria.

Na defesa, fls. 53 a 66, assinada pelos patronos da autuada, foi consignado que a empresa assinou Termo de Acordo referente ao Decreto nº 7.799/2000, nos termos do art. 3º-G, fato que a possibilitou usufruir dos benefícios fiscais na apuração do ICMS, exclusivamente nas operações de *e-commerce* iniciadas no território baiano e destinadas a consumidor localizado em outras unidades da Federação passando assim a operacionalizar seu Centro de Distribuição – CD, para abastecimento

das vendas realizadas pelo seu *e-commerce* de mercadorias procedentes do CD localizado em São Paulo, por meio de transferências e aquisições de mercadorias de terceiros.

Narrou que através do sistema *e-commerce* realiza vendas no varejo, cujas operações seguem o Decreto nº 7.799/2000, que lhe concede o crédito presumido que resulta na carga tributária equivalente a 2% que se aplica exclusivamente às operações de vendas não presenciais iniciadas na Bahia e destinadas a consumidores finais em outras unidades da Federação, art. 3º, incisos II e III, § 4º, incisos I e II e § 5º do Decreto nº 7.799/2000.

Argumentou que os valores arrolados pela fiscalização se referem a operações de transferências de mercadorias oriundas de filiais e aquisições junto a terceiros, sem ter os fiscais observado que parte das operações precederam de transferência para o CD da Bahia e ocorreram com uma filial ou com terceiros.

Negou o cometimento das infrações e requereu a improcedência do lançamento.

Em 05/11/2019, através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, lida em 07/11/2019, a autuada foi intimada a tomar ciência da informação fiscal e também a apresentar esclarecimentos quanto a alegação de que as operações de *e-commerce* são beneficiadas com alíquota única nas saídas e, portanto, não estão sendo creditadas os valores do ICMS na entrada.

Foi também solicitada a apresentação no prazo de dez dias, dos esclarecimentos da composição do Livro de Apuração do ICMS nos períodos de 2015 a 2017 referente aos dados registrados na coluna *Débito - Outros débitos*, discriminando os valores mensais lançados, com a identificação da nota fiscal, data de entrada, valor do documento, valor do ICMS, ou seja, os dados que ensejaram o lançamento.

Em atendimento à intimação, a autuada retornou aos autos, fls. 95 a 97 para prestar as informações e esclarecimentos requeridos.

Os autuante prestaram nova informação, a seguir reproduzida nos exatos termos.

“Com relação aos procedimentos solicitados, relatamos que a autuação teve algumas intercorrências que foram sanadas, concordando com as alegações trazidas ao processo pela autuada.

A empresa foi intimada em 05/11/2019, apresentado os saldos lançados referentes outros débitos onde demonstra o estorno dos créditos de entradas tributadas correspondentes aos anos de 2015 a 2017, corroborando com a defesa apresentada de inoccorrência das infrações estabelecidas no presente auto de infração.

Assim sendo, anexamos os novos elementos apresentados, contemplando o pedido do CONTRIBUINTE.

Vide na INTIMAÇÃO FISCAL realizada, que a empresa estornou no período sob referência os seguintes valores: 2015 - R\$ 9.182 mil; 2016 — 28.482 mil; e 2017 — 52.924 mil, estes valores são mais que suficientes para contrapor os valores do referido auto.

‘Ex positis’, como demonstrado e comprovado pelo contribuinte a inoccorrência do fato gerador no presente Processo Administrativo Fiscal, os Autuantes vêm, por meio de Informação Fiscal, solicitar que os ilustres e competentes julgadores concluam pela IMPROCEDÊNCIA TOTAL deste Auto de Infração.’”

Foi anexado às fls. 105 a 107, cópia do Parecer nº 2470/2014 em resposta à consulta tributária, formulada pela autuada, contendo a seguinte ementa:

ICMS. VENDA POR INTERNET OU TELEMARKETING. Nas saídas internas para estabelecimentos que comercializam por meio de internet ou telemarketing, é dispensado o lançamento e o pagamento do imposto referente à operação própria, nos termos do inciso II do § 3º do art. 3º G do Decreto nº 7799/00, desde que ambos os estabelecimentos estejam localizados no mesmo endereço.

Também se encontra apensado cópia do Termo de Acordo – Parecer nº 26508/2018, com a seguinte ementa:

Termo de Acordo. Responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequentes previsto no art. 7º-B do Decreto 7799/2000. Pelo deferimento. Efeitos até 31/08/2020.

Em 16/09/2021 o processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem sob a justificativa de

que os valores estornados pelo autuado referem-se às aquisições que tiveram destinação subsequente para a filial *e-commerce* e que a existência de estorno de crédito fiscal realizado pela autuada em valor superior ao reclamado no presente Auto de Infração não invalida a presente exigência fiscal sobre os quantitativos que não foram objeto de saída interna destinada para a filial *e-commerce*;

Objetivou a diligência que os autuantes elaborassem novos demonstrativos do imposto devido, excluindo os quantitativos dos itens de mercadorias que foram objeto de saída subsequente para a filial *e-commerce*, em seus respectivos períodos.

No cumprimento do quanto determinado pela 1ª JJF um dos autuantes assim se manifestou à fl. 128:

“Por meio desta, apresentamos a nossa Informação Fiscal sobre o pedido de diligência, na forma do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal RPAF-BA.

Assim, quanto à diligência requerida (fl. 124), confirmamos solicitação apresentada na Informação Fiscal (fl. 94) para IMPROCEDÊNCIA TOTAL deste Auto de Infração.

Nestes termos, pede e espera o deferimento.”

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide em 10/05/2022, conforme Acórdão, fls. 134 a 136 e decidiu pela Improcedência do lançamento, em decisão unânime, cujo Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99. O autuado não apresentou nenhuma arguição de nulidade do presente auto de infração.

O presente auto de infração consiste na exigência de ICMS em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal em transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa. A discussão orbitava na questão acerca da composição da base de cálculo, nos termos do inciso I do § 4º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96.

*Entretanto, de acordo com os documentos acostados aos autos por ocasião da apresentação da informação fiscal pelos autuantes, ficou demonstrado que o autuado estornou os créditos fiscais objeto da presente autuação, conforme atestado pelos próprios autuantes. A diligência fiscal requerida pela 1ª Junta de Julgamento, revelou que todos os créditos fiscais estavam vinculados às saídas destinadas à filial *e-commerce*.*

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Como a desoneração do crédito tributário foi superior a R\$ 200.000,00, a 1ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, inc. I do RPAF/99.

VOTO

Observo que a decisão da 1ª JJF, conforme Acórdão JJF nº 0077-01/22-VD, desonerou integralmente o sujeito passivo do crédito tributário de R\$ 1.158.680,02, em valores atualizados, fato que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação em segunda instância, restando cabível o presente recurso.

Não há questões preliminares a serem apreciadas, razão pela qual adentro na análise do mérito.

A conduta autuada foi descrita como “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo.*”, sendo motivo de discussão o entendimento da fiscalização quanto a composição da base de cálculo do imposto nessas operações, nos termos do art. 13, § 4º, inc. I da Lei Complementar nº 87/96.

O sujeito passivo inicialmente se opôs ao lançamento, alegando ser beneficiária do Decreto nº 7.799/2000, razão pela qual pode usufruir dos benefícios fiscais na apuração do ICMS, através do sistema *e-commerce* e ao realizar vendas no varejo, cujas operações seguem o citado decreto, tem direito ao crédito presumido que resulte na carga tributária equivalente a 2%, conforme art. 3º-G

do Decreto 7.799/2000, *verbis*.

Art. 3º-G. Nas saídas interestaduais de mercadorias comercializadas por meio de internet ou telemarketing, destinadas a consumidor final, pessoa física ou jurídica não contribuinte do ICMS, fica concedido crédito presumido de forma que a carga tributária seja equivalente a 2% (dois por cento) do valor da operação de saída, vedada a utilização do crédito relativo a operação de entrada. (Redação do art. 3º-G dada pelo Decreto nº 14.812/2013, com efeitos de 01/12/2013 a 31/08/2019.)

Este benefício se aplica exclusivamente às operações de vendas não presenciais (*e-commerce*) iniciadas na Bahia e destinadas a consumidores finais em outras unidades da Federação, art. 3º, incisos II e III, § 4º, incisos I e II e § 5º do Decreto nº 7.799/2000.

Arguiu ainda em sua defesa que, no presente caso, por se tratar de contribuinte sob o regime especial de *e-commerce*, não é aplicável os ditames da Instrução Normativa da SAT/SEFAZ/BA nº 52/2013, cujo objetivo é evitar que a base de cálculo do ICMS destacado nas operações interestaduais seja mais elevada daquela prevista no art. 13, § 4º, inc. I da Lei Complementar nº 87/96.

Peremptoriamente afirmou que “...renuncia aos seus créditos de ICMS, assim verificados na entrada da mercadoria em seu estabelecimento, quando a saída subsequente for destinada a consumidor final situado noutro Estado.”.

Na sua informação fiscal, os autuantes, acolheram as alegações do contribuinte que demonstraram o efetivo estorno dos créditos fiscais, motivo da autuação, conforme asseverado na defesa, opinando pela improcedência da exação.

Corroborou com a constatação do estorno dos créditos o resultado da diligência determinada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal comprovando que todos os créditos fiscais, ora glosados, estavam vinculados às saídas destinadas à filial *e-commerce* e foram estornados.

Portanto, os valores dos créditos fiscais tidos pela fiscalização como apropriados indevidamente pela recorrida, comprovadamente foram estornados na sua escrita fiscal, fato verificado e atestado pelos autuantes, restando, pois, desaparecido o objeto da autuação.

Assim, a decisão recorrida se encontra adequada e devidamente estribada nos exames procedidos pelos autuantes, não cabendo qualquer reparo.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao 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 **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206891.0085/18-8**, lavrado contra **SARAIVA E SICIALIANO S/A**.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS