

A. I. N° - 207098.0006/21-1
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.
AUTUANTE - ADEMILSON BARNABÉ DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/04/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0054-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado nos autos o indevido uso de operações com mercadorias objeto de substituição tributária com fase de tributação encerrada. Infração caracterizada. Rejeitado o argumento de nulidade da infração. **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM NOTA FISCAL. Estando a infração devidamente descrita e caracterizada, e à falta de argumento defensivo contrário, fica mantida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Tendo em vista a exclusão de operações de transferências internas, na forma da jurisprudência assentada neste Conselho, bem como no Incidente de Uniformização da PGE/PROFIS, a infração se revela parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 23 de setembro de 2021 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 66.542,94, além de multa de 60% pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. 001.002.006. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de setembro e outubro de 2018. Consta a indicação do autuante: “*Referente à utilização de crédito fiscal indevidamente em decorrência de entradas de mercadorias que tiveram o ICMS recolhido por Antecipação Tributária, tais como: mistura para bolo, energético, lâmpada, chocolate, conforme demonstrativo constante do Anexo I*”. Valor da infração: R\$ 1.278,21.

Infração 02. 001.002.040. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, em maio de 2019, no total de R\$ 3.215,60. Informa o autuante ser “*Referente à utilização de crédito fiscal em valor superior ao destacado na Nota Fiscal nº 346044, emitida em 15/05/2019, conforme demonstrativo constante do Anexo II e cópia (DANFE) do documento fiscal anexo*”.

Infração 03. 002.001.003. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no período de setembro a dezembro de 2018, janeiro a maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2019, no montante de R\$ 62.049,13, na forma dos Anexos III e IV, bem como cópias de notas fiscais trazidas por amostragem.

Tempestivamente, o autuado, por seu advogado, constituído na forma do instrumento de fl. 76, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 71 a 74, onde argumenta, após resumir os termos da autuação, ter entendido e deixado claro todos os elementos existentes no Auto de Infração, não é possível determinar a natureza da infração 01.

Menciona que o Código Tributário do Estado da Bahia, em seu artigo 129, § 4º (copiado), estabelece que as eventuais incorreções ou omissões do Auto de Infração não acarretam nulidade, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

No caso concreto, entende não ser possível determinar a natureza da infração, isto porque, para a acusação de utilização indevida de crédito fiscal seria necessário a análise da apuração mensal (setembro e outubro de 2018) do autuado, para se comprovar que o dito crédito foi utilizado indevidamente.

A acusação de que o crédito foi utilizado com base em relação de documento fiscal de entrada recebida em transferência é insustentável, percebendo existir confusão entre o que seja “uso indevido” e “apropriação indevida”.

Fala que o “uso indevido” requer prova de que o crédito indevido foi utilizado para reduzir o débito apurado, enquanto “apropriação indevida” requer prova de que o crédito apropriado indevidamente não foi estornado como ajuste na apuração, e seja um ou outro, nada está provado nos autos, existindo apenas a descrição de um fato, razão pela qual, até o momento, entende que o lançamento de ofício é nulo.

Na infração 02, a descrição dos fatos reporta a “utilização” indevida de crédito fiscal superior ao destacado no documento fiscal, sendo a acusação única: utilização indevida de crédito fiscal, tendo, como prova da acusação, sido apresentado o documento intitulado ANEXO II_CRÉDITO FISCAL A MAIOR_2019.pdf, que indica uma única Nota Fiscal, de número 346044, de 15/05/2019, emitida pelo estabelecimento 0001 da empresa do estabelecimento autuado, cuja cópia plota.

Assegura não ser possível determinar a natureza da infração, tendo o COTEB estabelecido em seu artigo 129, § 4º, que as eventuais incorreções ou omissões do Auto de Infração não acarretam nulidade, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, na forma da cópia acostada.

No caso concreto, entende não ser possível determinar a natureza da infração, isto porque, para a acusação de utilização indevida de crédito fiscal seria necessária a análise da apuração mensal (maio de 2019) do autuado, para se comprovar que o dito crédito foi utilizado indevidamente, sendo a acusação de que o crédito foi utilizado com base em relação de documento fiscal de entrada em transferência é insustentável, existindo confusão entre o que seja “uso indevido” e “apropriação indevida”.

Diz que o “uso indevido” requer prova de que o crédito indevido foi utilizado para reduzir o débito apurado, ao passo que a “apropriação indevida” requer prova de que o crédito apropriado indevidamente não foi estornado como ajuste na apuração. Seja um ou outro, nada está provado nos autos, existindo apenas a descrição de um fato, motivo pelo qual tem o lançamento de ofício como nulo.

Por fim, para a infração 03, buscando passar mais elementos sobre as Notas Fiscais constantes nas relações apresentadas pelo auditor fiscal, tem a considerar:

- a) são Notas Fiscais de transferências entre estabelecimento da mesma empresa;
- b) foram emitidas em devolução de mercadorias recebidas em transferência;
- c) ocorre a não incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular situados no estado da Bahia.

Frisa que em 2018 finalizou a construção de um novo imóvel para abrigar o estabelecimento matriz, tendo o imóvel construído área de armazenamento menor que o antigo imóvel. Por isso foi necessário que parte das mercadorias armazenadas fossem transferidas para o estabelecimento 0002 que possuía capacidade de armazenamento.

Com isso, foram realizadas remessas de mercadorias em razão de mudança de endereço e transferências entre estabelecimento do mesmo titular. Apresenta figura ilustrativa da situação.

À medida que as mercadorias eram vendidas no novo endereço da matriz, o estabelecimento 0002 (autuado) realizada devolução das mercadorias recebidas em transferências, informa. A figura apresentada ilustra essa situação.

Foram essas Notas Fiscais de devolução de transferências que estão indicadas nos demonstrativos, especificadamente aquelas com mercadorias sujeitas a tributação do ICMS, indica.

Ocorre que a própria natureza da operação de devolução exige que aquilo que foi recebido seja devolvido da mesma forma, ou seja, observando, inclusive a tributação. Daí a condição de se indicar CST 020 (redução de base de cálculo) para efeito do destaque do ICMS.

Argui, a seguir, não incidir ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, tema pacificado pela Súmula CONSEF nº 08, de 2019.

Aponta ter a DITRI, em Parecer nº 7193/2021, de 12/11/2021, exarado no processo 054446/2021-8, assim se manifestado (cópia em anexo):

“A súmula 08 do CONSEF, por sua vez, que representa o entendimento consolidado em decisões reiteradas do Conselho de Fazenda da Bahia acerca da matéria, já afirmou expressamente a não incidência do ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Ademais, a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADC nº 49, também firmou entendimento no sentido da não incidência do ICMS nas transferências.

Os efeitos dessa ADC são de observância obrigatória pelos órgãos da Administração, por força do disposto no §2º do art. 102 da Constituição Federal, sendo válido apontar que já estão sendo realizados estudos no sentido de possibilitar futura alteração na legislação estadual para adequação da norma estadual ao entendimento em questão.

CONCLUSÃO

Indefere-se o pedido analisado, haja vista que o entendimento acerca da não incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular situados no estado da Bahia dispensa a via do Regime Especial para a sua observância pelos órgãos da Administração, tendo em vista os fundamentos anteriormente expostos”.

Se parasse as suas razões de impugnação por aqui, considera já estaria caracterizada a improcedência do lançamento de ofício.

Aborda o fato de o sistema de emissão de Nota Fiscal utilizado pelo autuado, assim como muitos outros sistemas de emissão de tal documento, não permite referenciar diversas chaves de acesso quando da emissão de uma Nota Fiscal de “devolução”.

Esclarece utilizando como exemplo, a Nota Fiscal 209, de 24/09/2018, chave 29180905466724000220550020000002091558407317, primeira indicada no documento ANEXO III_OPER TRIB COMO NÃO TRIB_2018.pdf juntado pelo autuante.

Frisa que ao se emitir uma Nota Fiscal de devolução deve-se indicar a chave daquela outra referenciada, sendo que na consulta a uma Nota Fiscal de devolução a chave é indicada no campo indicado na imagem que apensa, todavia, o campo permite indicar apenas uma chave de acesso.

Pontua que a solução dada pelo desenvolver do sistema para emissão de Nota Fiscal de devolução com indicação de mais de uma chave de acesso foi a de recomendar a emissão do documento como transferência e posteriormente emitir carta de correção para alteração do CFOP e indicar as diversas chaves de acessos referenciadas.

Toma a Nota Fiscal 209 como exemplo, para indicar o resultado da consulta por chave de acesso disponibilizada pela SEFAZ/BA em seu site, de acordo com a imagem apresentada.

Observa na mesma que em Eventos e Serviços se encontra o evento “Carta de Correção”, e clicando sobre o protocolo 12918008877877 se tem a visualização que indica.

Apresenta plotagem da correção do CFOP de 5152 e de 5409 para 5209, com a indicação das chaves dos respectivos documentos de origem das transferências recebidas, procedimento que se repete para as demais Notas Fiscais.

Finaliza, requerendo a nulidade das infrações 01 e 02 e pela improcedência da infração 03.

Apresentou documento de fl. 75.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 82 a 88, esclarece, após resumir os fatos e argumentos defensivos, que para a infração 01 esta não deixa margem de dúvida de que houve a utilização de créditos fiscais decorrente de entradas de mercadorias em seu estabelecimento, cujos documentos fiscais foram lançados na EFD sem conformidade com a legislação tributária estadual, uma vez que, nesta situação, tais mercadorias sofreram o pagamento do imposto por antecipação nas operações anteriores, e, salvo exceções expressas, o que não é o caso, existe vedação para a utilização do crédito fiscal.

Menciona e copia o teor dos artigos 9º da Lei 7.014/96 e 290 do RICMS/12.

Ressalta que os dispositivos legais acima citados se encontram consignados no Auto de Infração em lide, no campo enquadramento legal da infração e sua capitulação, motivo pelo qual entende não assistir razão ao autuado.

Para a infração 02, não vislumbra nenhuma confusão em seu enquadramento, principalmente quanto aos argumentos defensivos sobre “uso indevido” e “apropriação indevida”, questão apenas semântica, diante do fato concreto, qual seja, a utilização pelo autuado de crédito fiscal em valor superior ao destacado na Nota Fiscal 346044, de 15/05/2019, anexada à fl. 50.

Aponta que tal prática se encontra expressamente vedada no artigo 309, § 7º, do RICMS/12, transcrita.

De igual modo, ressalta estar o dispositivo legal acima no indicado no Auto de Infração, no campo destinado ao enquadramento legal da infração, mantendo a mesma.

Por fim, na infração 03, reconhece se tratar de notas fiscais de transferências entre o estabelecimento autuado (filial) e o estabelecimento matriz, bem como ser verdade que as Notas Fiscais foram emitidas em devolução de mercadorias recebidas em transferência, sendo, de igual forma, devidamente conhecida a Súmula 08 do CONSEF, que representa o entendimento consolidado em reiteradas decisões do Conselho de Fazenda da Bahia acerca da matéria.

Ressalta, entretanto, que a relação de itens de mercadorias que deram margem à autuação conforme demonstrativos dos Anexos III e IV, se tratam de mercadorias sujeitas à tributação normal, ou seja, bebidas alcóolicas, milho de pipoca, sabão em barra, mortadela, suco, etc.

Relata que todas as entradas das referidas mercadorias foram tributadas pelo remetente, (estabelecimento matriz) em operação de transferência para comercialização, tendo a autuada efetuado o aproveitamento dos créditos fiscais destacados nos referidos documentos fiscais objeto do recebimento em transferência do estabelecimento matriz.

Em relação à situação alegada pela autuada quanto a mudança de endereço do estabelecimento matriz para um espaço menor que do endereço anterior, e que por esta razão utilizou o estabelecimento filial (autuado) como suposto “depósito fechado” não encontra nenhum amparo legal, para que a mesma procedesse de forma inapropriada, assevera.

Já quanto ao argumento da não incidência alegado não se aplica, até porque, além de não ser o caso, haja vista tratar-se de estabelecimento filial, autônomo, houve o destaque do imposto nas notas fiscais a título de transferência, conforme assinalado acima.

Indica que a não-incidência do imposto previsto no artigo III, Inciso IX da Lei 7.014/96, (transcrito), não se aplica ao caso, uma vez que a alegação da autuada é que tais mercadorias forma transferidas para o estabelecimento filial, como se depósito fechado fosse, o que não é admissível.

Quanto aos argumentos da autuada relativamente a não incidência do ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, que manifesta o entendimento do CONSEF através da Súmula nº 08, de 2019, pelas razões expostas acima, entende que não se aplica ao fato concreto, haja vista que houve o destaque do ICMS nas respectivas notas fiscais recebidas pela autuada em transferências e também a apropriação do crédito fiscal pela autuada.

Pelos motivos expostos, vê não assistir razão a autuada neste item da defesa referente à infração 03.

Diante da alegação de que o sistema de emissão de NF-e utilizado pelo autuado, assim como muitos outros sistemas de emissão de NF-e, não permite referenciar diversas chaves de NF-e quando da emissão de uma NF-e de “devolução”, o que seria uma questão de ordem técnica do sistema de emissão de Nota Fiscal eletrônica da SEFAZ para prestar a informação correta da operação de devolução de mercadorias recebidas, aponta não ser este o fórum para discussão técnica de sistema tecnológico e sim junto ao setor competente da SEFAZ, a sua Diretoria de Tecnologia, que sempre está de portas abertas para receber sugestões e críticas de seus usuários e clientes.

Se reportando à questão legal envolvendo devolução de mercadorias disciplinada no artigo 309, Inciso VIII, do RICMS/BA (reproduzido), ao se efetuar qualquer devolução de mercadorias, seja em retorno de transferência ou para outro fornecedor, a regra básica é destacar no documento fiscal emitido a título de devolução o valor do imposto constante no documento que originou a entrada das mercadorias objeto da devolução, tratando-se de operações tributárias, arremata.

Conclui que bastaria também a autuada observar o disposto nos artigos 451 a 455 e parágrafos, do supracitado RICMS/BA, transcrito, que não teria incorrido em erros o que afastaria a autuação sofrida e desta forma, entende também não assistir razão ao autuado quanto ao item 2.3.4 da infração 03.

Considerando o fato de as razões de defesa apresentadas pela autuada não conseguiram elidir a autuação posta no Auto de Infração em tela, requer que se conclua pela procedência total do mesmo, para que se faça a necessária justiça.

Foram os autos encaminhados para instrução e julgamento pelo órgão preparador em 21/02/2022 (fl. 90), recebidos no CONSEF em 23/02/2022 e distribuídos a este relator em 08/03/2022 (fl. 90-v).

Presente na sessão de julgamento, o advogado da empresa, Dr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos, OAB/BA 26.397, que em sede de sustentação oral, observou que a informação fiscal não foi lhe dada conhecimento, questionando se não seria cabível a ciência do contribuinte, o que foi submetido a decisão dos julgadores, sendo rejeitado.

Em relação as infrações 01 e 02, reforça que para a tipificação se encontram ausentes os elementos que permitam verificar se houve ou não a utilização indevida do crédito, não sendo os documentos fiscais a prova das infrações.

Argui que somente com a nota não se permite verificar se houve apropriação indevida do crédito ou a utilização indevida, pois não trouxe o autuante tal prova de que o crédito havia sido utilizado.

Entende, pois, serem tais infrações nulas, pois cabe a quem acusa provar, faltando elementos para os julgadores comprovarem a acusação, lembrando serem notas fiscais de transferências entre estabelecimentos.

Na infração 03, se tratam e devoluções de mercadorias em transferências, objeto de Súmula do CONSEF, ficando tanto o contribuinte como alguns servidores fiscais “perdidos” quanto a tal.

Menciona que embora a decisão seja de 2019, até o momento a Administração Tributária não alterou a Lei, no sentido de adequar as transferências ao entendimento da jurisprudência.

Observa que a filial autuada, não efetua nenhuma aquisição de terceiros, e sim, todas as entradas são decorrentes de transferências da matriz, exceto duas Notas Fiscais, de devoluções de vendas.

Fala acerca da limitação técnica quando da emissão das Notas Fiscais que não permite a indicação de mais de uma chave de acesso quando da devolução de mais de uma operação.

Observa comercializar a empresa uma grande quantidade de mercadorias sujeitas à substituição tributária, reiterando os pedidos apresentados na impugnação.

VOTO

O lançamento constitui-se em três infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da lavratura de Termo de Início de Fiscalização, transmitido pelo contribuinte através do Domicílio Tributário Eletrônico, cuja ciência se deu em 06/07/2021 (fl. 07).

A memória de cálculo da autuação, com os demonstrativos analíticos e sintéticos se encontra às fls. 34 a 65, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 32.

Já a ciência do lançamento ocorreu em 27/09/2021, na forma do documento de Intimação para Ciência de Lavratura, transmitido pelo Domicílio Tributário Eletrônico de fl. 67.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma de objetiva peça de impugnação.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, exercendo a atividade principal de “Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral”, CNAE 46.39-7-01, estabelecido no município de Salvador.

Existem questões preliminares a serem apreciadas, o que passo a fazer neste momento.

Quanto a observação do advogado da empresa, posta em mesa, quando de sua sustentação oral, relativamente ao fato de não ter tomado conhecimento da informação fiscal, esclareço que tal ato se encontra dispensado, nos termos do artigo 127, §§ 7º e 8º do RPAF/99;

“Art. 127. O autuante terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal.

(...)

§ 7º Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18.

§ 8º É dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada”.

Diante do fato de não ter a informação fiscal trazido fato novo, elemento ou documento, dispensada qualquer ciência ao contribuinte.

A defesa argui a nulidade das infrações 01 e 02, ao argumento de que pelas suas descrições, não se poderia saber, com segurança, qual a infração efetivamente cometida, com o que não concorda o autuante.

Sem adentrar na discussão entre a diferença existente no “uso indevido” e “apropriação indevida”, argumento defensivo utilizado pela defesa para arguir a vislumbrada nulidade, com o que, de plano, não concordo, até mesmo pela descrição das infrações, as quais entendo perfeitamente claras e precisas acerca das condutas praticadas pelo sujeito passivo, qual seja, utilização indevida de crédito fiscal, de ICMS seja por se tratarem de mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária (infração 01), seja pelo fato de o crédito fiscal de ICMS lançado em sua escrituração fiscal, o foi em valor superior ao destacado em documento fiscal, exatamente uma nota fiscal (infração 02), indicada pelo autuante.

Independentemente da questão semântica levantada pela defesa, com a qual não concordo, reitero, fato é que, a partir não somente das informações prestadas pelo autuante no momento da descrição de cada uma das infrações, como, de igual modo, pelo enquadramento legal indicado, no caso, os artigos 9º e 29, § 4º, inciso II da Lei 7.014/96, combinado com o artigo 290 do RICMS/12, indicados para a infração 01, como os artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96, complementado pelo artigo 309, § 6º do RICMS/12, para a infração 02, senão vejamos:

“Art. 9º Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

(...)

§ 4º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

(...)

II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior.

Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária”.

Tendo o autuante mencionado na descrição da infração 01, conforme relatado linhas acima o fato de a empresa ter lançado como crédito fiscal em sua EFD de imposto correspondente a mercadorias cujo imposto a título de substituição tributária já se encontrava pago, ou seja, houve encerramento de tributação, situação que como a legislação acima copiada, veda expressamente.

A defesa sequer contesta o fato de as operações com os produtos enumerados (mistura para bolo, energético, lâmpada, chocolate) não estarem sujeitas à substituição tributária, se apegando, unicamente no argumento de nulidade, descabido, como acima explicitado.

Alie-se a isso o fato de o autuante, em seu demonstrativo da infração, como se percebe às fls. 37 a 45, ter trazido todos os dados entendidos como necessários para o perfeito entendimento da mesma, tais como ano, mês, CFOP, número da Nota Fiscal, a sua respectiva chave de acesso, número do item, descrição, NCM, valor da base de cálculo e valor do imposto creditado pelo contribuinte e glosado pela fiscalização, diante do registro na EFD.

Pôde assim a defesa contestar, com todos os dados e elementos a infração, não o fazendo, se limitando a apresentar o argumento de nulidade, ora rejeitado.

O mesmo se verifica na infração 02, onde a defesa se vale do mesmo argumento de nulidade, sem enfrentar, no mérito a acusação formulada, a qual, repito, se limita a uma única Nota Fiscal.

A legislação mencionada pelo autuante como infringida, foi:

"Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

Art. 31. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

§ 6º Quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para esse fim, de ‘carta de correção’”.

Da análise da Nota Fiscal 346044, emitida em 15/05/2019, e constante à fl. 50, se verifica ter sido destacado imposto de R\$ 6.140,96, ao passo que na escrituração fiscal da EFD o contribuinte lançou como crédito referente a tal documento, R\$ 36.435,00 e R\$ 991,23, conforme se verifica no estrato de lançamento da fl. 49, igualmente não contestado pela empresa, a qual, mais uma vez se apega unicamente ao argumento da nulidade, igualmente descabido, e que concorre para a manutenção das duas infrações.

Em relação aos argumentos defensivos de que as operações das infrações 01 e 02, seriam transferências internas, esclareço ter havido destaque do imposto pelo emitente e uso do crédito pelo adquirente, o que serve de reforço para a manutenção das mesmas.

Quanto a infração 03, esta sim, atacada no mérito pela defesa, os argumentos defensivos são os de que:

- a) são Notas Fiscais de transferências entre estabelecimento da mesma empresa;
- b) foram emitidas em devolução de mercadorias recebidas em transferência;
- c) ocorre a não incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular situados no estado da Bahia.

Em relação às transferências de mercadorias, com efeito, e a tal respeito, esta questão suscitou diversas discussões, não somente no âmbito judicial, quando no campo doutrinário.

Até mesmo neste órgão, em relação unicamente às transferências internas, subsistiu por muito tempo o entendimento de que operações de transferências entre empresas aqui localizadas, ensejariam a tributação, a rigor da lógica do imposto.

A Douta Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através de sua Procuradoria Fiscal, se debruçando a estudar especificamente tal tema, assim como outros polêmicos, mantendo o entendimento de que a não incidência do imposto teria o seu alcance limitado às operações internas, pois a sua extensão às operações interestaduais resultaria em prejuízos ao estabelecimento destinatário, o qual ficaria impossibilitado de creditar-se do ICMS incidente nas etapas anteriores às operações de transferência, além de alterar de forma significativa o pacto federativo explicitado na Constituição Federal, e tendo em vista o fato do STF, em abril de 2021, ao julgar a ADC 49/RN, ter decidido ser inconstitucional os dispositivos da Lei Complementar 87/96, que prevêem a cobrança do ICMS nessas operações, aguardar não somente o julgamento de Recurso interposto, como, de igual modo, eventual modulação dos seus efeitos, a cargo da Corte Maior.

Tal decisão em nada influiu no presente lançamento.

Em relação às transferências internas, ao final do ano de 2016, emitiu, dentre outros, amparado no Decreto 11.737 de 30 de setembro de 2009, o Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0, cuja Ementa reza:

“Entendimento firmado: Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Ressalva: Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no RESP 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º, da LC 87/96”.

A acusação fiscal é a de que o sujeito passivo “deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”.

Quanto as transferências de mercadorias, pois, nenhuma dúvida paira acerca da não incidência do imposto, como arguido pela defesa, razão pela qual devem ser excluídas do lançamento as operações realizadas com o CFOP 5152 (transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro).

E neste sentido, com efeito, há de se aplicar o disposto não somente no entendimento explicitado pela defesa, como, de igual modo, pelos diversos posicionamentos da SEFAZ, na forma, inclusive, de Parecer da Gerência de Tributação trazido aos autos, como, também, pela Súmula 08 deste CONSEF:

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

Mesmo entendimento para as operações com CFOP 5409 arroladas na autuação, correspondentes as transferências para outros estabelecimento da mesma empresa, de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento, em operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, uma vez que, como visto, quando da análise da infração 01, a substituição tributária, encerrando a fase de tributação não mais enseja que a mercadoria sofra a incidência do imposto, razão pela qual as operações com tais CFOP devam ser excluídas do levantamento realizado pelo auente.

Quanto ao CFOP 5949, correspondente a outras saídas de mercadorias ou prestação de serviço não especificado anteriormente, à falta de efetiva comprovação de que se tratam de operações não tributadas, as operações correspondentes devem ser mantidas.

Assim, diante do exposto, a infração se apresenta como parcialmente subsistente, no montante de R\$ 153,15, de acordo com o seguinte demonstrativo:

2018

Setembro R\$ 0,00

Outubro R\$ 0,00

Novembro R\$ 0,00

Dezembro R\$ 0,00

2019

Janeiro R\$ 5,66

Fevereiro R\$ 0,00

Março R\$ 0,00

Abril R\$ 147,49

Maio R\$ 0,00

Agosto R\$ 0,00

Setembro R\$ 0,00

Novembro R\$ 0,00

Dezembro R\$ 0,00

Diante do exposto, tenho o lançamento como parcialmente procedente em R\$ 4.646,96.

Em função da decisão relativa à infração 03, represento, nos termos do RPAF/99, à Inspetoria de origem a fim de verificar junto ao estabelecimento matriz, acerca do uso do crédito fiscal em relação as operações autuadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207098.0006/21-1**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.**, devendo ser intimado o contribuinte a recolher ICMS no valor de **R\$ 4.646,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “a” e VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR