

A. I. Nº - 207098.0008/21-4
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.
AUTUANTE - ADEMILSON BARNABÉ DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.06.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0084-05/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIOR EM NOTAS FISCAIS. ALÍQUOTA DE 18% EM VEZ DE 27%. GARRAFAS DE VIDRO. Glosa se limita à diferença baseada na apropriação, à razão de 27%, em vez de 18%, haja vista a alíquota potencialmente aplicável na operação, ser na base do último percentual citado. Discussão de haver ou não incidência nas transferências internas, desborda deste processo. A instrução acusa repercussão econômica em outubro e dezembro de 2018, razão porque, só por este motivo, a cobrança é parcialmente procedente. Preliminares afastadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Assenta-se o presente relatório nas premissas do inciso II, do art. 164 do RPAF-BA.

O Auto de Infração em tela, formalizado em 23/9/2021, tem o total histórico de R\$ 487.975,23, e possui a seguinte descrição:

Infração 01 – 001.002.041 – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em virtude de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais.

Glosa refere-se ao item “garrafas de vidro”, código 13452.0, operação sujeita à alíquota de 18%, mas com aproveitamento na EFD do crédito à razão da alíquota de 27%.

Tipificação legal dentro dos arts. 29 e 31 da Lei 7014/96, c/c o art. 309, § 7º do RICMS-BA, mais multa prevista no art. 42, VII, “a” da lei atrás mencionada.

Fatos geradores relativos ao mês de setembro de 2018.

Apensados, entre outros documentos (fls. 05/38): termo de início da ação fiscal enviado via DT-e; intimações para correção de inconsistências na EFD e prestação de informações; e-mails trocados entre autuante e autuado; demonstrativos sintético e analítico da infração; DANFE 293456; CD contendo arquivos eletrônicos.

Ingressa o autuado com contestação (fls. 43, 43v. e 44), pautado nas linhas argumentativas abaixo delineadas:

Preliminarmente, sustenta que o auto de infração é nulo porque não é possível determinar-se com segurança a infração, na medida em que, pelos elementos trazidos aos autos, não é possível se fazer a análise da apuração mensal de setembro de 2018 e, à vista disto, identificar se efetivamente houve apropriação indevida do crédito fiscal.

A simples demonstração de que o crédito foi usado integralmente no Registro de Entradas não faz prova da sua utilização irregular.

Não se pode confundir “uso indevido” com “apropriação indevida”.

O “uso indevido” exige prova de que o crédito indevido foi utilizado para reduzir o débito apurado. A “apropriação indevida” exige prova de que o crédito apropriado indevidamente não foi estornado como ajuste na apuração. Seja um ou outro, nada está provado nos autos.

O que existe nos autos – prossegue - é a descrição de um fato: a NF-e nº 293456, emitida em 15/09/2018, pelo estabelecimento 0001 da empresa, foi escriturada no Registro de Entradas do autuado com apropriação integral do crédito destacado no documento fiscal. Isso é mero fato, mas não caracteriza irregularidade.

No mérito, alega que as garrafas de vidro são empregadas pela empresa como vasilhames vazios adquiridos com a finalidade de envasar aguardente no fabricante da marca *Pitu*, para posterior comercialização com a carga tributária de 27%, visto ser bebida alcoólica.

Assim, o cadastro da empresa indicou que a garrafa de vidro tem carga tributária de 27%. **Isto até pode ter sido um engano**, embora sem prejuízo para o Estado, nem mesmo na apropriação do crédito fiscal pelo autuado.

Além disso, não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme enunciado da Súm. CONSEF nº 08, de 2019.

Acrescenta que a DITRI, no Parecer nº 7193/2021, exarado no processo 054446/2021-8, assim se posicionou:

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.

Pede, por fim a improcedência da cobrança.

Anexados instrumentos de representação legal, Parecer DITRI 7193/2021 e mídia digital contendo a impugnação (fls. 45/48).

No seu informativo fiscal (fls. 52/56), o auditor fiscal, após repetir os termos da defesa empresarial:

Assevera que, com base no descritivo da infração, não há dúvidas do uso indevido do crédito fiscal em montante superior ao permitido pela legislação vigente, a teor do art. 309, § 7º do RICMS-BA, lá transcrito.

Pela análise da NF 293.456, emitida em 15.9.2018, o estabelecimento matriz situado na Bahia transferiu para a filial autuada quantitativo expressivo de garrafas de vidro, com o destaque incorreto da alíquota de 27%, cujo valor foi lançado na escrita fiscal.

Assegura ser verdadeira a afirmativa de que referidas garrafas são usadas pela empresa como vasilhames vazios adquiridos no intuito de acondicionar aguardente da marca *Pitu*. Quando assim procede, ou seja, quando há o envio das garrafas para a fábrica de aguardente, a empresa se vale do CFOP 6920, operação com o ICMS suspenso, conforme se vê do recorte da EFD colado na peça informativa. Por outro lado, a matriz também vende tais garrafas, usando a CFOP 5102 e a alíquota de 18%, também conforme recorte da EFD colado na mesma peça processual (fl. 55).

Mas este não foi o caso das garrafas objeto da autuação.

Restou comprovado que a operação autuada não foi um simples erro cadastral apontando a carga de 27%. Na verdade, deu-se o creditamento irregular, de acordo com o documento fiscal citado e registros escriturais respectivos (fls. 37/38).

Por fim, recomenda que a matriz, em face do equívoco no debitamento total, requeira a restituição do tributo, de acordo com os requisitos de lei.

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

Em preliminar, o impugnante busca a nulidade da cobrança, por insegurança na determinação da irregularidade, posto que pelos documentos acostados ao PAF, não está demonstrada a efetiva apropriação irregular do crédito fiscal.

Vale frisar que a autuação visa cobrar a diferença entre a adoção incorreta da alíquota de 27%, em face da alíquota correta de 18%. Note-se que o destaque da base de cálculo do ICMS na NF 293456 para o item autuado, é de R\$ 5.421.915,85, ao passo que a base de cálculo lançada no auto de infração, é de R\$ 2.710.973,50, imposto correspondente de R\$ 487.975,23. Portanto, a glosa foi apenas da **diferença**.

Além de constar no PAF o documento fiscal no qual se vê à fl. 37 o destaque a maior do imposto, juntou-se à fl. 38, o registro de entrada respectivo.

Documento fiscal e registro respectivo nas entradas, demonstram com suficiência a infração.

Nulidade afastada.

Sendo assim, o Auto de Infração está de acordo com os requisitos de lei.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da defesa, ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios - constitucionais e infraconstitucionais - aplicáveis ao processo administrativo tributário.

No mérito, procede a autuação. Pelo menos em parte.

Em primeiro lugar, cabe salientar que neste PAF apenas se discute a diferença da apropriação do crédito fiscal, em face do destaque de ICMS em nota fiscal de recebimento à razão da alíquota de 27%, quando a tributação correta deveria ser, pelo tipo de produto, de 18%. Em suma, o que se glosou foi a diferença entre a carga de 27% e a carga de 18%.

Qualquer outra discussão, a exemplo de incidir ou não imposto nas transferências internas, **desborda** deste processo.

No que diz respeito às provas, caso não tivesse ocorrido a efetiva utilização indevida do crédito fiscal, teve o contribuinte a oportunidade de juntar no processo as cópias dos registros de apuração do ICMS em que se demonstrasse a inexistência de repercussão econômica no procedimento irregular.

Tais registros são de propriedade da impugnante, que deles tem acesso a qualquer momento. Nestas condições, até o presente instante processual, não conseguiu o contribuinte demonstrar o contrário.

Os documentos trazidos pelo autuante, são por si só suficientes para demonstrar o creditamento indevido do imposto, admitida prova em contrário **não produzida** pela impugnante.

Por sua vez, apenas para ratificar – só ratificar - ter havido a repercussão econômica com o uso inapropriado de parte do crédito fiscal a que alude a NF 293456, esta relatoria buscou consultar o

sistema fazendário estadual de arrecadação de ICMS e declarações econômico-fiscais de titularidade do estabelecimento autuado, extraídos do INC, no intuito de investigar haver recolhimentos ou não em setembro de 2018 a partir do conta-corrente do ICMS. **Tudo em nome do princípio da busca da verdade material.**

Os registros transmitidos através das DMAs, acusam saldo credor ou zero em favor do sujeito passivo não só em setembro, mas durante quase todo o exercício de 2018, inclusive setembro (R\$ 1.869.727,50), outubro (saldo credor de R\$ 63.171,92, tirado após o lançamento de estorno de débito de R\$ 1.868.973,40), e novembro (R\$ 255.942,57).

Já em dezembro de 2018, houve declaração de saldo a recolher de R\$ 9.611,38, sem contar a glosa efetuada neste PAF.

Assim, levando em conta a **repercussão econômica** detectada com base nas próprias declarações do contribuinte, à vista do montante autuado, tem-se que deslocar a exigência a partir de outubro de 2018, na forma abaixo enunciada:

Outubro/2018 R\$ 424.803,31

Novembro/2018 saldo credor

Dezembro/2018 R\$ 63.171,92

A partir daí é que o erário passou a ter prejuízo, haja vista os elementos coletados neste processo, sem contar com eventuais evasões detectados em outras - e possíveis e futuras – auditorias.

Pelo exposto, é o auto de infração julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, apenas para contar a incidência da mora e demais acréscimos tributários a partir de outubro de 2018, e não a partir de setembro do mesmo ano, conforme demonstrativo da repercussão retro descrito neste voto, pois é naquele último mês que há declaração do próprio contribuinte de haver na escrita repercussão econômica, devendo o autuado refazer a escrituração e retransmitir as EFDs para conferência do fisco.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207098.0008/21-4**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para pagar o imposto no valor total de **R\$ 487.975,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR