

PROCESSO - A. I. Nº 269366.0002/22-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CARBALLO FARO IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0047-04/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/11/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0341-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPÇÃO PELO REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. Fica constatada que a base de cálculo apurada tem como referência o valor dos saldos devedores, apurado em conformidade com o disposto no art. 267, VI do RICMS/BA, que define apuração do ICMS relativo a serviços de alimentação “*de forma que a carga tributária seja equivalente a 4%*”, sendo que o art. 305, § 4º do RICMS/BA trata da constituição do débito fiscal, para efeito de cálculo do ICMS a recolher. No entanto, a apuração da base de cálculo pertinente a transferência de saldo devedor, destacado nas notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado, bem como os dispositivos regulamentares indicados no enquadramento da infração, não tem pertinência com a acusação de utilização indevida de crédito fiscal, assim, assiste razão ao recorrente, nos termos do art. 18, IV do RPAF/BA que pertine elementos contidos no lançamento não suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, motivo pelo qual deve ser acolhida a nulidade do Auto de Infração. Em consequência o tratamento tributário previsto no art. 267, VI do RICMS não consiste em regime de apuração, mas sim redução da base de cálculo que pode ser adotada por contribuinte que apure o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal, caso do estabelecimento autuado exerça as atividades nele descritas, sendo opcional, implicando em não utilização de quaisquer créditos fiscais vinculados às saídas subsequentes. A transferência de saldo devedor é prevista no art. 306, § Único do RICMS/BA, logo o procedimento utilizado pelo autuado não se constituiu descumprimento à legislação, visto que apura o ICMS pelo regime de conta-corrente fiscal. Assim, não restou comprovado a acusação de “*utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, vedada a contribuinte que optou pelo regime de apuração em função da receita bruta*”. Infração insubsistente, diante do art. 155, § Único do RPAF/BA, fica utrapassada a nulidade. Mantida decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 1ª JJF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/BA, com vistas ao reexame da Decisão proferida que julgou desonerou os valores exigidos no Auto de

Infração lavrado em 19/09/22, que acusa o cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 001.002.077: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, vedada a contribuinte que optou pelo regime de apuração em função da receita bruta (2021) - Consta na descrição dos fatos que o autuado é optante pela apuração do ICMS com utilização da redução da base de cálculo prevista no inciso VI do art. 267 do RICMS/BA (carga tributária de 4%) e utilizou crédito fiscal na apuração do ICMS a título de transferência do saldo devedor para sua matriz, que anteriormente lhe transferiu mercadorias tributadas para comercialização sem tributação, para compensação com o saldo credor de ICMS. Indicou que a utilização da redução de base de cálculo mencionada implica em renúncia de quaisquer outros créditos fiscais e que a transferência de saldo devedor é restrita aos estabelecimentos que apuram o ICMS pelo regime de conta-corrente fiscal (art. 305, § 4º, IV do RICMS) - R\$ 1.120.257,95. Multa de 60%.

Na decisão proferida pela 1ª JJF (fl. 58/60) foi apreciado que:

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 presente auto de infração exige ICMS por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, decorrente de transferência de saldo devedor para outro estabelecimento da mesma empresa, sendo o autuado optante do tratamento tributário dispensado no inciso VI do art. 267 do RICMS. O referido dispositivo admite a redução da base de cálculo do ICMS de forma que a carga tributária seja equivalente a 4% nas operações realizadas por restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, sorveterias, casas de chá, lojas de “delicatessen”, serviços de “buffet”, hotéis, motéis, pousadas, fornecedores de salgados, refeições e outros serviços de alimentação, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais.

Rejeito o pedido de nulidade do auto de infração sob o argumento de constar no enunciado inicial da infração que o crédito fiscal seria indevido em razão do autuado ser optante do regime de apuração em função da receita bruta. De fato, tal regime deixou de existir na legislação tributária do Estado da Bahia desde 2012, mas a farta explicação constante no campo da Infração 01, bem como no campo da Descrição dos Fatos, de que a motivação da presente reclamação tributária reside no fato do autuado ser optante do tratamento tributário dispensado no inciso VI do art. 267 do RICMS afasta qualquer alegação de insegurança na determinação da infração, mesmo tendo sido utilizado um código de infração equivocado quando da lavratura do auto de infração.

Assim, também rejeito a nulidade sob a alegação de desobediência do devido processo legal. O autuado foi intimado do início da fiscalização (fl. 07) e foi intimado da lavratura do auto de infração com abertura do prazo de defesa de sessenta dias e recebimento do próprio auto e de todas as informações a ele pertinentes, bem como do demonstrativo de débito com a relação dos documentos fiscais que lhe deram suporte (fl. 05). Como já dito, a descrição da infração está clara, apesar da utilização equivocada de um código que fazia menção a regime de apuração já revogado.

No mérito, destaco que o tratamento dispensado no inciso VI do art. 267 do RICMS não consiste em regime de apuração, mas em uma redução da base de cálculo que pode ser adotada por qualquer contribuinte que apure o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal e que exerça qualquer das atividades nele descritas. Como já visto, a adoção deste tratamento tributário é opcional e implica em não utilização de quaisquer créditos fiscais vinculados às saídas subsequentes. Como documentado à fl. 33, o autuado apurava o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal.

A transferência de saldos devedores e credores está prevista no art. 306 do RICMS. O parágrafo único do art. 306 do RICMS estabelece que a nota fiscal emitida para transferência de saldo devedor será lançada pelo remetente no Registro de Apuração do ICMS a crédito, no item “Outros Créditos”, com a anotação da expressão “Transferência de Saldo Devedor”. Assim, o procedimento utilizado pelo autuado não se constituiu em descumprimento à legislação, pois trata-se de contribuinte que apura o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal e esse lançamento a crédito não tem qualquer relação com as saídas subsequentes amparadas pela redução de base de cálculo prevista no inciso VI do art. 267 do RICMS.

Entretanto, destaco que o procedimento utilizado pelo autuado carece de melhor investigação por parte do fisco. O autuado ressaltou em sua defesa que a acumulação dos créditos fiscais na matriz decorre da transferência de mercadorias para as filiais sem incidência do ICMS. Todas as filiais da empresa apuram o imposto com base no inciso VI do art. 267 do RICMS, que não admite a apropriação de crédito fiscal vinculado às saídas subsequentes com as mesmas mercadorias, e recebem mercadoria exclusivamente em transferência da matriz que funciona como centro de distribuição, sem destaque do ICMS.

Após apurar o saldo devedor em cada período de apuração, os estabelecimentos filiais emitem

notas fiscais de transferência de saldo devedor para o estabelecimento matriz que acumulou os créditos fiscais que não deveriam ter sido apropriados por estarem vinculados às transferências sem destaque do imposto aos

estabelecimentos filiais. Está claro que tal procedimento consiste em ação lesiva ao fisco estadual, devendo essa prática ser investigada pelo fisco em nova ação fiscal junto ao estabelecimento matriz.

Porém, em relação a presente exigência fiscal, diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do auto de infração.

A 1ª JJF recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/BA.

Presente na sessão de videoconferência, o procurador Sr. Anselmo Leite Brum no qual exerceu o seu direito de fala em defesa do contribuinte.

VOTO

O Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF refere-se à desoneração da infração que acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por contribuinte que optou pelo regime de apuração em função da receita bruta prevista no inciso VI, do art. 267 do RICMS (carga tributária de 4%).

Na decisão recorrida foi apreciado que o estabelecimento autuado apurava o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal e que a transferência de saldos devedores é prevista no art. 306 do RICMS/BA, mediante emissão de nota fiscal de transferência de saldo devedor a ser lançada no Registro de Apuração do ICMS, inexistindo a irregularidade apontada pela fiscalização.

Verifico que o demonstrativo de fls. 8/9 relacionam transferências de SALDO DEVEDOR e de DIFAL USO/CONSUMO, a exemplo do valor de R\$ 66.643,98 relacionado no demonstrativo de fl. 8 e transposto para o demonstrativo de débito do Auto de Infração (fl. 2) tem como base o valor destacado na Nota Fiscal de nº 10.307 juntada pela fiscalização à fl. 10.

Constato que a referida nota fiscal foi emitida pelo estabelecimento com Inscrição Estadual (IE) no CAD-ICMS nº 134.311.791, CNPJ nº 12.765.924/0003-20 (filial) localizada na Av. Santa Luzia nº 985, bairro do Horto Florestal, Salvador/BA, tendo como destinatário o estabelecimento matriz com Inscrição Estadual nº 20.898.300 localizada no Porto Seco Pirajá com CNPJ nº 12.765.924/0001-68.

O mesmo ocorre com as demais notas fiscais cujas cópias foram juntadas às fls. 11 a 22.

Verifico que na defesa o estabelecimento autuado juntou à fl. 33 cópia da ficha de identificação do cadastro do estabelecimento autuado (Inscrição Estadual nº 134.311.791 NO) no Sistema de Informação do Contribuinte (INC/SEFAZ) que indica estar inscrito com forma de pagamento; CONTA CORRENTE FISCAL e da mesma forma o estabelecimento destinatário (Inscrição Estadual nº 020.898.300 NO).

O autuado suscitou nulidade na defesa (fl. 34) sob o argumento de que a premissa de que não se transmite saldo devedores ou credores para estabelecimentos com regimes diferenciados não se coaduna com os fatos, visto que tanto o transferidor como o destinatário adotam o regime normal.

Observo que conforme descrição da infração, acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, vedada a contribuinte que optou pelo regime de apuração em função da receita bruta, como optante pela utilização da redução da base de cálculo prevista no inciso VI, do art. 267 do RICMS/BA (carga tributária de 4%).

Entretanto a base de cálculo apurada tem como referência o valor dos saldos devedores, apurado em conformidade com o disposto no art. 267, VI do RICMS/BA, que define apuração do ICMS relativo a serviços de alimentação “de forma que a carga tributária seja equivalente a 4%”.

Por sua vez, o art. 305, § 4º do RICMS/BA trata da constituição do débito fiscal, para efeito de cálculo do ICMS a recolher.

Pelo exposto, a apuração da base de cálculo pertinente a transferência de saldo devedor, destacado nas notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado, bem como os dispositivos regulamentares indicados no enquadramento da infração, não tem pertinência com a acusação de

utilização indevida de crédito fiscal.

Neste caso entendo que assiste razão ao recorrente, nos termos do art. 18, IV do RPAF/BA que estabelece:

Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Concluo que os elementos contidos no lançamento não são suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, motivo pelo qual deve ser acolhida a NULIDADE do Auto de Infração.

No mérito, conforme apreciado na decisão recorrida o tratamento tributário previsto no art. 267, VI do RICMS não consiste em regime de apuração, mas sim redução da base de cálculo que pode ser adotada por contribuinte que apure o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal, caso do estabelecimento autuado (fl. 33) e exerça as atividades nele descritas, sendo opcional, implicando em não utilização de quaisquer créditos fiscais vinculados às saídas subsequentes.

A transferência de saldo devedor é prevista no art. 306, § Único do RICMS/BA, logo o procedimento utilizado pelo autuado não se constituiu descumprimento à legislação, visto que apura o ICMS pelo regime de conta-corrente fiscal. Consequentemente, não restou comprovado a acusação de “*utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, vedada a contribuinte que optou pelo regime de apuração em função da receita bruta*”.

Pelo exposto, diante da possibilidade de decidir o mérito a favor do sujeito passivo, nos termos do art. 155, § Único do RPAF/BA, deixo de declarar a nulidade, ficando mantida a decisão recorrida pela improcedência do Auto de Infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do 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 **269366.0002/22-0**, lavrado contra **CARBALLO FARO IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS