

A. I. N° - 130610.0015/20-8
AUTUADO - ZUPPANNI INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTE - EDMUNDO NEVES DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03/09/2024

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0142-03/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS SEM APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPETENTE. O Autuado logra êxito em elidir parcialmente a autuação. Infração parcialmente subsistente; **b)** CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. Na saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, as operações de transporte de mercadorias por transferência com cláusula CIF, obrigatoriamente se submetem à norma legal prevista no art. 13, § 4º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96. Nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, a base de cálculo deve corresponder ao custo das mercadorias produzidas, assim, entendido a soma dos custos de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, não admitindo a inclusão de nenhum outro tipo de custo. O estabelecimento industrial, remetente da mercadoria transferida, não pode se creditar do imposto relativo ao serviço de transporte, ainda que tenha arcado com o pagamento, por falta de previsão legal, haja vista que o valor do frete é despesa. Infração subsistente; **c)** CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. O Autuado elide parcialmente autuação em sede de diligência carreando aos autos Laudo Técnico comprovando que o consumo de energia elétrica da fábrica em seu processo produtivo corresponde a 94% do seu consumo total. Infração parcialmente subsistente. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. COMPRAS EM OUTROS ESTADOS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS. Infração reconhecida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. SERVIÇOS DE TRANSPORTES. Comprovado nos autos que o Autuado elide parcialmente a acusação fiscal. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/08/2020, exige crédito tributário no valor de R\$ 50.395,57, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - **01.01.42.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de maio de 2015 e fevereiro de 2016. Exigido o valor de R\$ 3.094,42;

Infração 02 - **01.01.68.** Utilização indevida, na condição de remetente, crédito fiscal de ICMS relativo ao frete de mercadorias saídas do estabelecimento em transferência para outro estabelecimento localizado em outra Unidade da Federação, cujo valor do serviço não foi incluído, por determinação legal, na base de cálculo da operação, conforme demonstrativos anexo aos autos, nos meses de fevereiro de 2016 e dezembro de 2017. Exigido o valor de R\$ 38.060,89;

Infração 03 - **01.03.11.** Utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização, conforme demonstrativos anexo ao auto de infração, nos meses de fevereiro de 2015 a dezembro de 2017. Exigido o valor de R\$ 5.695,62;

Infração 04 - **06.02.01.** Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos anexo ao auto de infração, nos meses de março a junho e outubro de 2015 e abril, outubro e novembro de 2016. Exigido o valor de R\$ 2.077,08;

Infração 05 - **07.14.03.** Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transportes interestadual e intermunicipal, conforme demonstrativo nos autos em epígrafe, nos meses de fevereiro e junho de 2015, janeiro, março e agosto a outubro de 2016 e março e novembro de 2017. Exigido o valor de R\$ 1.476,56.

O Autuado impugna o lançamento, fl. 87 a 92, depois reproduzir as infrações e destacar a tempestividade de sua Defesa, articula os argumentos resumidos a seguir.

Infração 01 - Frisa que como descrito nos fatos acima, a autoridade fiscal autuou a empresa pela suposta utilização de crédito do ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito do referido crédito. Vem a impugnante apresentar as provas dos documentos (Doe. 01 a 03), inerentes aos créditos ora aproveitados, discorrendo aqui se tratar: 01 - Nota Fiscal/Fatura de Energia Elétrica da COELBA (Doc.01), emitida em 13/04/2015, no valor total de R\$ 8.193,94, a título de ICMS.

02 - Conhecimento de Transporte Eletrônico - CTE, emitido pela TCL Transportes Rodoviário Costa Lemes Ltda (Doc. 02), de nº 49561, datado de 22/01/2016, cujo valor da prestação foi de R\$ 3.811,62, com destaque de ICMS na importância supra de R\$ 457,39;

03 - Conhecimento de Transporte Eletrônico - CTE, emitido pela TCL Transportes Rodoviário Costa Lemes Ltda (Doc. 03), de nº 49561, datado de 29/01/2016, cujo valor da prestação foi de R\$ 3.689,87, com destaque de ICMS na importância supra de R\$ 442,78. Trata-se do registro extemporâneo dos documentos fiscais acima apresentados e anexo aos autos, de forma a escriturar o valor do ICMS destacado em documentos idôneos e respeitado o prazo prescricional do direito de se creditar como preceitua o art. 31 da Lei 7.014/96.

Arremata sustentando não haver que se falar em utilização indevida, tão quanto a falta de documento comprobatório que possa nortear o direito ao crédito do ICMS em tela, razão pela qual desde já pede a anulação deste lançamento do presente auto de infração, visto que a fez com base nos quesitos legais da doutrina tributária da legislação.

Infração 02 - Utilização indevida do crédito de ICMS, na condição de remetente, relativo aos fretes em transferências realizados no período de 2016 e 2017, alegando, para tanto, que o valor dos serviços não foi incluído, por determinação legal na base de cálculo da operação.

Destaca ser ilegal a cobrança de ICMS quando há transferência de mercadorias entre matriz e filial e entre as filiais de uma mesma pessoa jurídica, mesmo se localizadas em outro Estado.

Registra que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) tem o fato gerador explicitado no artigo 12 da Lei Complementar 87/1996, conhecida como Lei Kandir, especificamente, o inciso I da referida lei, designa fato gerador como a “saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”.

Lembra que o Superior Tribunal de Justiça entende que o texto da lei se destina à circulação de mercadoria que tenha caráter mercantil, com transferência proprietária. Assim, não há incidência do tributo se a saída é para estabelecimento de uma mesma pessoa jurídica, pois é necessária a circulação jurídica da mercadoria que leva, conseqüentemente, à mudança de propriedade - o que não ocorre no caso. Tal entendimento está expresso na Súmula 166 e no Recurso Especial Repetitivo 1.125.133. Súmula 166/STJ: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. Recurso Especial Repetitivo 1.125.133: “O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsumi à hipótese de incidência de ICMS, porquanto, para a Ocorrência de fato imponible é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (...) A circulação de mercadoria versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade”. Apesar do exposto acima, os Fiscos ainda teimam em cobrar o ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica, principalmente quando as filiais estão em estados diferentes. Nesta situação, o contribuinte se vê pressionado e efetiva o pagamento.

Esclarece que no fato aqui descrito pela autoridade fiscal, com os fundamentos apresentados do item que o concerne, existe a previsão legal do ordenamento jurídico do RICMS-BA/12, que deveria a impugnante ter acrescido a sua base de cálculo do ICMS, o valor referente ao serviço de transportes por ela contratada, desprezando para todos os atos seguintes as condicionantes e decisões contrárias a esta tese. Em recente julgamento pelo STF, ficou decidido a tese para fins de incidência do imposto, prevalece a definição jurídica da expressão “circulação de mercadorias”, somente caracterizada pela transferência de titularidade do bem, ou seja, desde que haja a prática do mercantilismo. Segundo o presidente do STF, o Tribunal firmou jurisprudência de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos de propriedade do mesmo contribuinte não configura circulação de mercadoria, descaracterizando-se, portanto, o fato gerador de ICMS. Assim, acertadamente entendeu que, mostra-se irrelevante que a origem e o destino estejam em jurisdições territoriais distintas, já que, não há a incidência do fato gerador, o mercantilismo. Dessa feita com o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, pode se alegar que não há incidência do ICMS na transferência entre matriz e filial e vice-versa.

Pondera que o item da maior relevância dos autos, por ser o de maior valor, conseqüentemente o que pode lhe trazer maior dano, traz em sua totalidade todos os fretes elencados pela autoridade fiscal, dos quais são da empresa TCL Transportes Rodoviário Costa Lemes Ltda, da qual a impugnante contratava os seus serviços de transportes para fazer entrega das remessas de produção destinadas a Matriz desta unidade, portanto, a operação se trata a luz do direito, uma operação de mercantilismo, já disciplinado acima com a exclusão do fato gerador do ICMS, bem por todavia, afastando a incidência também de inclusão do serviços de transportes na base de cálculo. Como citado acima, trata-se de uma transferência de filial para a Matriz, a qual poderia nem mesmo ser fato gerador do ICMS, porém a impugnante assim o fez, para tanto destaca, apura e recolhe o ICMS derivado desta operação. Destaca que, quando da elaboração do preço de transferência o mesmo já contempla o valor do frete como custo da operação, portanto, o preço praticado nas operações de transferência já consta o valor de todas as demais despesas

suportadas pela unidade, as quais em obediência o entendimento do fisco, e buscando não ter contendas com este, sempre constituíram fato gerador do ICMS, nas operações realizadas por esta unidade com sua Matriz, conforme dispõem o art. 4º, inciso I da Lei 7.014/96.

Frisa que, da mesma forma, a base de cálculo está satisfeita com advento do valor destacado em documento fiscal, como preceitua o art. 17, inciso I da Lei 7.014/96.

Assinala não haver que se falar que o valor do serviço não foi incluído no preço da transferência, até porque o frete contratado é CIF e total responsabilidade da unidade remetente, como consigna os documentos fiscais, e como destacado em documento fiscal idôneo, registrado a tempo hábil, resguardando todos os preceitos legais de escrituração, a impugnante exerceu seu direito creditório da parcela destacada da qual esta suportou, a título de ICMS, para fazer jus ao seu lançamento fiscal. Observa que se deparou com a situação de termos em mãos documento fiscal idôneo, destacando o valor do ICMS de acordo com a legislação vigente, sendo a impugnante contribuinte do imposto, na sistemática de débito e crédito, indaga qual o motivo de não fazer o devido creditamento do imposto. Além do mais satisfeito todos os requisitos legais para este ato. Até mesmo porque conforme preceitua a legislação no seu art. 31, da Lei 7.014/96, já deveras citado nesta, combinado com o art. 23, da Lei Complementar 87/96, o direito ao creditamento está presente nesta situação, tanto que assim o fez.

Destaca que o devido aproveitamento do crédito do ICMS do transporte, foi realizado obedecendo os preceitos do art. 29, § 1º, o inciso I, da Lei 7.014/96, que é ainda disciplinado pelo art. 309, inciso V, do RICMS-BA/12.

Assevera não haver vedação para a o devido creditamento do ICMS nas operações de transportes onde está seja a tomadora dos serviços, e respeitando os ditames das legislações a que está subordinada. Destaca-se ainda que a Lei Complementar 87/96, que disciplina os ordenamentos jurídicos ao tocante ao ICMS, já previa em seus artigos 19 e 20.

Pede a plena nulidade do lançamento dos valores inerentes ao crédito devidamente aproveitado do ICMS, conforme consigna os demonstrativos de frete em transferência presente aos autos, por força dos atos institucionais que declinam a seu favor.

Infração 03 - Crédito ICMS Energia Elétrica. Diz versar sobre o aproveitamento de crédito de ICMS, em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização.

Observa causar deveras estranheza tal afirmação, a ponto de invertemos o ônus da prova, uma vez de que não consta nos autos recebidos por nós, nada que comprove a questão do consumo da energia elétrica, ou que se refira ao quanto foi consumido na produção e quanto não está ligado a produção.

Salienta que sua unidade sediada no Estado da Bahia, é totalmente produtiva, não cabendo a esta nenhuma atividade administrativa ou comercial, as quais são de inteira responsabilidade e realização da Matriz. Para tanto, colocamos a disposição de V.Sa., caso se faça necessário diligência que possa comprovar os fatos aqui relatados quanto a questão da unidade ser de porte totalmente produtivo. Visto que a autoridade fiscal não esteve nas nossas dependências, que resulta em prejuízo de nossa defesa, por ficar cerceado o direito de comprovação do alegado nesta impugnação, pois o arbítrio da ideia de presunção de que existe atividade não produtivas a ponto de estabelecer o estorno de 10% (dez por cento) do ICMS, já devidamente creditado nas escriturações fiscais e pior ainda acrescido de multa, correções e juros moratórios, causa prejuízo irreparável se condenado assim for.

Destaca rebater e rechaçar tal presunção pois conforme afirmado acima, nossa Unidade Fabril está totalmente voltada para a produção de velas (industrialização), onde o gasto de 99% de energia está alocado, descontando apenas luzes que iluminam a fábrica, galpão de armazenagem e dois computadores e uma impressora, que também atendem a produção. Portanto, não se pode conformar com o estorno proposto pela autoridade fiscal, uma vez que está de acordo conforme preceitua o art. 33, da Lei Complementar 87/96, e o art. 309, inciso IV alínea “b”, do RICMS-BA/12.

Observa que estudou todos os fundamentos e enquadramentos legais auferidos no Auto de Infração, para saber onde consta da legislação, a presunção por parte da autoridade fiscal, para fazer jus ao estorno previsto e não se deparou como nenhuma vedação, limitação expressa ou até mesmo percentual previsto para tal fim, ficando de forma tácita a decisão de estorno por parte da autoridade fiscal.

Pugna, que se faça a justiça material dos fatos, com base nos preceitos constitucionais da legislação, e que se apure ao final a devida anulação do presente quesito do auto ora lançado, por não subsistir, fundamentos legais para o devido estorno do crédito.

Infração 04 - ICMS Diferencial de Alíquotas. Frisa que foi autuado por não recolher o ICMS devido no diferencial de alíquotas entre a alíquota interna e a interestadual, conforme levantamento feitos anexo ao auto de infração.

Nesta tese afirma que se vê vencida pela autoridade fiscal, a qual não irá ofertar impugnação ao lançamento feito no item 06.02.01 do presente auto. Solicita o desentranhamento dos autos, da parte inerente ao item apresentado, para que seja emitido o respectivo DAE para o recolhimento, observando os dispostos da redução da multa ora aplicada, com fulcro no artigo 45 da Lei 7.014/96:

Destaca ainda que faz a opção pelo pagamento integral do item disposto no auto, ao tocante ao recolhimento do ICMS devido no diferencial de alíquotas entre a alíquota interna e a interestadual.

Infração 05 - Destaca que foram elencados 12 Conhecimento de Transportes Eletrônicos, dos quais destacam se três que desde já declaramos vencidos pela não retenção e consequente não recolhimento, a saber:

1 - CTE de nº 148264 (Doc 04) Braspress Transportes Urgentes Ltda, com valor da prestação de serviços R\$ 325,94, do qual gerou a importância de R\$ 39,11 a título de ICMS;

2 - CTE de nº 148268 (Doc. 05), emitido por Braspress Transportes Urgentes Ltda, com valor da prestação de serviços R\$ 352,50, do qual gerou a importância de R\$ 42,30 a título de ICMS;

3 - CTE de nº 148268 (Doc. 06), emitido por Braspress Transportes Urgentes Ltda, com valor da prestação de serviços R\$ 77,22, do qual gerou a importância de R\$ 9,27 a título de ICMS; Totalizando o valor global originário de R\$ 90,68, somos respeitosamente pela emissão de DAE para o recolhimento, observando os dispostos da redução da multa ora aplicada, com fulcro no artigo 45 da Lei 7.014/96, já citada acima, optando ainda pelo pagamento parcial do item 07.14.03. No mesmo item ficou restante ainda 09 conhecimentos de transportes a serem debatidos na presente impugnação como descrevemos:

1 - CTE de nº 5362 (Doc. 07) emitido por Grande Linha Transportes e Logística Ltda, com valor de R\$ 1.372,00, que não houve advento do destaque do ICMS por conta da empresa ser enquadrada no Simples Nacional, como consigna no seu documento fiscal no campo Situação Tributária;

2 - CTE de nº 11060 (Doc. 08) emitido por Grande Linha Transportes e Logística Ltda, com valor de R\$ 503,00, que não houve advento do destaque do ICMS por conta da empresa ser enquadrada no Simples Nacional, como consigna no seu documento fiscal no campo Situação Tributária;

3 - CTE de nº 36422 (Doc. 09) emitido por Rápido Transpaulo Ltda, de valor R\$ 294,46, com o destaque do ICMS no valor de R\$ 35,34, com indicação de situação normal para o ICMS no campo da Situação Tributária; 4 - CTE de nº 38454 (Doc. 10) emitido por Rápido Transpaulo Ltda, de valor R\$ 600,00, com o destaque do ICMS no valor de R\$ 72,00, com indicação de situação normal para o ICMS no campo da Situação Tributária;

5 - CTE de nº 40756 (Doc. 11) emitido por Rápido Transpaulo Ltda, de valor R\$ 449,52, com o destaque do ICMS no valor de R\$ 53,94, com indicação de situação normal para o ICMS no campo da Situação Tributária; 6 - CTE de nº 40758 (Doc. 12) emitido por Rápido Transpaulo Ltda, de valor

R\$ 3.525,77, com o destaque do ICMS no valor de R\$ 423,09, com indicação de situação normal para o ICMS no campo da Situação Tributária;

7 - CTE de nº 43041 (Doc. 13) emitido por Rápido Transpaulo Ltda, de valor R\$ 256,57, com o destaque do ICMS no valor de R\$ 30,79, com indicação de situação normal para o ICMS no campo da Situação Tributária;

8 - CTE de nº 38455 (Doc. 14) emitido por Rápido Transpaulo Ltda, de valor R\$ 700,00, com o destaque do ICMS no valor de R\$ 84,00, com indicação de situação normal para o ICMS no campo da Situação Tributária;

9 - CTE de nº 802 (Doc. 15) emitido por Transcol Transportes Ltda, de valor R\$ 3.772,68, com o destaque do ICMS no valor de R\$ 452,72, com indicação de situação normal para o ICMS no campo da Situação Tributária;

Destaca que os dos itens 01 e 02, obedecem a uma particularidade que deve ser explorada e analisada em separado dos demais citados, quanto ao campo de indicação da situação tributária, a qual está compreendida com Simples Nacional. Com advento da fundamentação utilizada para impor a autuação, traz também a solução para o entendimento de parte do referido litígio, conforme o teor do art. 298, inciso III, do RICMS-BA/12 que disciplina a matéria.

Esclarece que, por força do dispositivo legal, como está bem destacado nos documentos (07 e 08) anexo aos autos, o prestador ora contratado, está sediado em Salvador/BA, enquadrado para os devidos fins da legislação como Optante do Simples Nacional, o qual portanto está devidamente dispensado da retenção a que se refere o mencionado disposto legal utilizado no enquadramento da autoridade fiscal, para autuação. Já para os itens de 03 a 09, que compreendem os docs de 09 a 15 anexo a esta, avaliemos a situação que cada documento traz na sua situação tributária, informando para tanto que existe tributação normal do ICMS, ambos destacam o ICMS no documento fiscal.

Observa que ambos os prestadores estão sediados dentro do Estado da Bahia, dentro do poder de alcance inclusive do fisco baiano. Nos documentos a nós emitidos, todos eles destacaram o ICMS, portanto pela lógica que norteia a apuração de ICMS, eles devem ter apurado e pago os valores inerentes a cada destaque, que inclusive ora está sendo cobrado dentro da prestação de serviços de transportes. Sem prejuízo do dispositivo legal que obriga ao contribuinte industrial a retenção do ICMS a título de substituição tributária do serviços de transportes, entendemos que se houvesse retenção por nossa parte haveria uma bitributação da prestação de serviços, logo porque se prestador destacou o ICMS no documento fiscal, ele passa a ser responsável direto pela obrigação tributária decorrente da prestação e se por ventura efetuássemos a retenção, estaria procedendo com dois fatos geradores da mesma operação. Quando da apuração do ICMS já destacado em documento fiscal, o prestador está assumindo a responsabilidade pelo recolhimento, ficando para tanto o tomador solidário, caso não ocorra a devida quitação para com o fisco, o que desde já solicita que seja procedido levantamento junto ao erário para que possa surtir nos autos, a devida informação de que os documentos acima apresentados, na condição de ICMS Normal, foram ou não quitados pelos respectivos prestadores. Em caso contrário o que define a quitação dos valores por parte dos prestadores, a impugnante assume desde já a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido bem como suas respectivas culminações legais

Afirma que mesmo não tendo feito a retenção do imposto, ele está devidamente destacado no documento fiscal, o que passa a ser pago pelo prestador, não trazendo prejuízos ao erário. Não entendido assim pelos nobres julgadores, que possa pelo menos atenuar o imposto recolhido pelo prestador, a fim de findar o litígio desta situação.

Pede a análise dos fatos e dos direitos aqui elencados, de forma a apreciação material destes, e caso entendam se fazer necessário a juntada de outros documentos ou diligências que possam contribuir para dirimir a questão, enfocando desde já justiça tributária pressuposta nos princípios

de equidade, isonomia e proporcionalidade, a quem norteiam os princípios básicos da administração pública.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O Autuante presta informação fiscal, às fls. 46 a 52, nos termos a seguir resumidos.

Observa que na Infração 01 é glosado o crédito fiscal registrado diretamente na Apuração do ICMS, em “Outros Créditos”, na EFD - Escrituração Fiscal Digital, fl. 18.

Destaca que o Autuado se defende da acusação declarando se tratar de:

- 1) Nota fiscal de energia elétrica da COELBA, emitida em 13/04/15, no valor de R\$ 8.193,94, com ICMS destacado de R\$ 2.194,27;
- 2) CT-e de TCL Transportes Rodoviário Costa Lemos Ltda de nº 49561, de 22/01/16, no valor de R\$ 3.811,62 - ICMS R\$ 457,39, e CT-e nº 49561, de 29/01/16, no valor de R\$ 3.689,87 - ICMS R\$ 442,78.

Informa ainda que são registros extemporâneos de documentos fiscais “apresentados em anexo aos autos”.

Assinala que, do que foi anexado pelo Autuado aos autos, acompanhando sua peça defensiva fls. 39 a 45, não encontrou comprovante algum dos citados fls. 29v e 30.

Acrescenta que, como é comprovado à fl. 30, o número do segundo CT-e provavelmente deve ter sido informado erroneamente. E como não foi informada a chave de acesso não temos como confirmar nenhuma emissão. Até mesmo para verificar se se trata de CT-e de transportes de mercadorias transferidas para outro estabelecimento do Autuado.

Quanto à Nota Fiscal de Energia Elétrica, afirma que se encontra lançada na EFD (a contar pelo valor informador de R\$ 8.193,94 e sem a utilização do crédito fiscal fl. 12).

No entanto, mesmo intimado, a Autuado não apresentou o Laudo Técnico de consumo de energia elétrica para comprovação do exigido art. 29, inciso III, alínea “a”, item 2, da Lei nº 7.014/96, cujo teor reproduz.

Infração 02 o Autuado faz uma confusa relação da Súmula 166 do STJ, que trata, exclusivamente, da não incidência do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, apurado nas saídas, com o crédito fiscal das prestações de serviços de transportes dessas operações.

Diz que, seguindo a lógica do Autuado, essas operações não seriam tributadas (prestações de serviços de transportes nas transferências de mercadorias entre estabelecimento de um mesmo titular) o que levaria o glosado crédito fiscal aqui discutido a um outro momento, nas entradas, e confirma, ainda mais a exigência.

Melhor dizendo, se o Autuado entende que as prestações estão alcançadas pela não incidência sentenciada na Súmula 166 do STJ então o crédito fiscal destacado nos DT-e é indevido não lhe sendo possível a utilização. Indaga não ser esta a conclusão que se chega.

Explica que a discussão aqui se dá, unicamente, pelo fato de que o valor do frete não foi incluído na base de cálculo das transferências. Logo, não lhe é assegurado o direito ao crédito fiscal. Acórdão CJF Nº 0234-12/04 Acórdão CJF Nº 0035-21/09.

Infração 03 observa que se deparou com uma inusitada situação. Tudo leva a crer que se faltou com verdade no curso da ação fiscal.

Isto porque foi solicitado ao Autuado, através de preposto, que apresentasse o Laudo Técnico do consumo de energia elétrica previsto no art. 29, inciso III, alínea “a”, item 2, da Lei nº 7.014/96, inserido anteriormente neste ato administrativo.

Destaca que lhe passada a informação, que acolheu de boa-fé, da existência do solicitado laudo e de que o percentual lá disposto é de 90%, aferido pelos equipamentos de produção restando 10% para as demais áreas não compreendidas na produção.

Observa que o motivo pelo qual acolhe a informação do preposto do Autuado se deu pelos esclarecimentos quanto às dificuldades naquele momento em virtude da pandemia viral que teria colocado em *home office* vários colaboradores, inclusive os responsáveis por tais documentos. No entanto, dado ao prazo previsto para a conclusão da ação fiscal, seria entregue até o seu final. Isto, definitivamente, não aconteceu.

Dado a esses acontecimentos *sui generis*, frisa que optou por manter a declaração informal do consumo de 90%.

Destaca que, em sede de defesa, o Autuado vem ao Processo Administrativo Fiscal e declara à fl. 34 sua informação:

“Rebate e rechaça se tal presunção pois conforme afirmado acima, nossa Unidade Fabril está totalmente voltada para a produção de velas (industrialização), onde o gasto de 99%, de energia está alocado, descontando apenas luzes que iluminam a fábrica, galpão de armazenagem e dois computadores e uma impressora, que também atendem a produção”.

Pondera que para atendimento do disposto no citado art. 29, III, “a”, 2, da Lei nº 7.014/96 não é a afirmação do Autuado que lhe assegura o direito à utilização do Crédito Fiscal de energia elétrica e sim o Laudo Técnico de Consumo de Energia Elétrica no processo de industrialização.

Menciona que, além de não apresentar o Laudo Técnico para reafirmar seu consumo de 90% o Autuado ainda veio alegar que é 99%, sem qualquer prova da sua alegação.

Informa que já a Intimou (cópia anexa) para que, inexistindo o comentado laudo técnico, proceda o estorno dos 90% restantes (não exigidos nesta ação fiscal) sob pena de lavratura de Auto de Infração complementar.

Conclui registrando que o Autuado não apresentou prova (laudo técnico) da sua alegação. Não elidiu a acusação.

Infração 04 - destaca que o Autuado reconheceu a procedência, fls. 35.

Infração 05 - frisa que o Autuado reconheceu parcialmente a exigência. Rebateu parte alegando que as referidas transportadoras estão enquadradas no regime de apuração do imposto pela sistemática do Simples Nacional.

Consultando na base de dados da Receita Federal:

<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/aplicacoes.aspx?id=21>

Afirma proceder a alegação defensiva somente quanto ao CNPJ 04.604.382/0001-13 Grande Linha Transportes, e Logística Ltda., fl. 51.

Assim, diz acolher a alegação defensiva quanto ao que ficou comprovado e retificamos a exigência da Infração 05 de R\$ 1.467,56 para R\$ 1.242,56.

Assinala que o Autuado não elidiu as acusações das Infrações 01, 02 e 03, reconheceu a Infração 04 e elidiu parte da Infração 05.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O defendente se manifesta às fls. 56 a 61, reafirmando que a sua unidade sediada no Estado da Bahia é totalmente produtiva, não cabendo a esta nenhuma atividade administrativa ou comercial, as quais são de inteira responsabilidade e realização pela matriz, por isso, a sua afirmação de que 99% do consumo está ligado a produção desde à época da fiscalização até os dias de hoje. Afirma que não dispõe de Laudo Técnico para corroborar sua afirmação e que da mesma forma que desconhece o Laudo que deu embasamento a autuação.

Essa 3ª JJF converteu os autos em diligência, fl. 67, para fosse intimado o Impugnante, para informando a concessão do prazo de 30 dias para apresentação de Laudo Técnico de Consumo de Energia Elétrica, indicando expressamente o percentual do consumo da área fabril e da área administrativa do estabelecimento autuado no período de 2015 a 2017, bem como, para fazer a juntadas nos autos da cópia dos documentos fiscais alegados na Impugnação em relação à Infração 01.

O Impugnante se manifesta, fl. 75 a 79, assinala que o estabelecimento autuado é totalmente produtivo não exerce atividade alguma administrativa e comercial os quais são realizados por sua matriz. Afirma que 99% do consumo de energia é alocado na produção e que somente a iluminação da fábrica, galpão de armazenagem e dois computadores. Fato esse que seria de fácil percepção por parte da fiscalização constatar o alegado em visita *in loco*.

No tocante a Infração 01 destaca que apresenta novamente a cópia da Nota Fiscal de Energia Elétrica da Coelba emitida em 13/04/2015, dos ECTs de nºs 49561, 49683.

O Autuante apresenta o resultado da Diligência às fls. 98 e 99, destacando que, considerando que o disposto no item 2, da alínea “a”, do inciso III, do art. 29, da Lei 7.014/96, o documento juntado à fl. 81 referente ao valor de R\$ 2.194,27, da Infração 01, não confere direito ao crédito fiscal ao Autuado por se tratar de energia elétrica sem comprovação de percentual de utilização no processo de industrialização.

Diz que, considerando que o valor de R\$ 900,15 - data de ocorrência 29/02/2016, se refere aos Conhecimentos de Transporte emitidos pela TCL Transporte Rodoviário Costa Lemes LTDA, fls. 82 e 83, não inscrita no CAD-ICMS-BA, restou comprovado o recolhimento pela transportadora no valor de R\$ 442,78, remanesce o valor de R\$ 457,39.

Essa 3ª JJF converteu os autos em nova diligência, fl. 107, para que fosse intimado, concedendo o prazo de 30 dias para apresentação de Laudo Técnico de Consumo de Energia Elétrica, indicando expressamente o atual percentual do consumo da área fabril e da área administrativa do estabelecimento autuado e, caso o Impugnante se manifeste no prazo indicado, apreciar o Laudo apresentado, adotando os percentuais apresentados no Laudo Técnico e promover aos ajustes cabíveis, inclusive com a elaboração de novos demonstrativos.

À fl. 137, Auditora Fiscal designada, em atendimento a diligência determinada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, fl. 07, no sentido de que o Autuante (estranho ao feito) intimasse o Autuada, concedendo prazo de 30 dias para apresentação de Laudo Técnico de Consumo de Energia Elétrica, indicando expressamente o atual percentual do consumo da área fabril e da área administrativa do estabelecimento autuado, a empresa anexou às fls. 119, o Termo de Responsabilidade Técnica, tendo como responsável o Sr. José Nilton Alves dos Santos - CPF 645.201.965-15, datado de 05 de abril de 2023, com a observação: “*Relatório Técnico referente a inspeção geral das instalações elétricas da empresa ZUPPANI INDUSTRIAL LTDA CNPJ 00.286.633/0009-65, localizado na Rua Dominica, nº 124, Setor Campinas Pirajá Outros Quadra Q, Bairro, Granjas Rurais Presidente Vargas, Granjas Rurais Presidente Vargas, Salvador Bahia, valor mensal da área industrial R\$ 11.650,00, carga instalada 78 KW, valor mensal da área do escritório R\$ 450,00, carga instalada 5KW.*”

Arremata informando que foi verificada a autenticidade do laudo carreado aos autos, cujo total consumido apontado é de 83 KW, sendo 78 da área fabril e 5 KW da área comercial, sendo reduzido o percentual do estorno de 10% para 6%, conforme planilha em anexo, com o valor sendo reduzido de R\$ 5.695,62 para R\$ 3.417,35, consoante novo demonstrativo que acosta à fl. 138.

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência, fls. 140 e 141, o Autuado não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

Inicialmente, em que pese não terem sido arguidas questões prejudiciais, depois de examinar todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a Lei nº 7014/96 e o RICMS-BA/2012.

As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com os fatos descritos no corpo do Auto de Infração. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18, RPAF-BA/99, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, o presente lançamento imputa ao sujeito passivo o cometimento de cinco infrações à legislação baiana do ICMS, consoante discriminação pormenorizada no preâmbulo do relatório.

A Infração 04 não foi impugnada pelo Defendente em suas razões de defesa. Logo, ante a inexistência de lide no que concerne a esse item da autuação fica mantida a exigência fiscal.

Infração 01 - cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Em sua Defesa o Impugnante apresenta como as provas documentos inerentes aos créditos fiscais apontados como indevidos: Nota Fiscal/Fatura de Energia Elétrica da COELBA (Doc.01), emitida em 13/04/2015, no valor total de R\$ 8.193,94, a título de ICMS e crédito destacado no valor de R\$ 2.194,27, o Conhecimento de Transporte Eletrônico - CTE, emitido pela TCL Transportes Rodoviário Costa Lemes Ltda (Doc. 02), de nº 49561, datado de 22/01/2016, cujo valor da prestação foi de R\$ 3.811,62, com destaque de ICMS na importância supra de R\$ 457,39 e o de nº 49561, datado de 29/01/2016, cujo valor da prestação foi de R\$ 3.689,87, com destaque de ICMS na importância supra de R\$ 442,78. Trata-se do registro extemporâneo dos documentos fiscais acima apresentados e anexo aos autos, de forma a escriturar o valor do ICMS destacado em documentos idôneos e respeitado o prazo prescricional do direito de se creditar como preceitua o art. 31 da Lei 7.014/96.

O Autuante assinalou em sede de diligência que, considerando que o disposto no item 2, da alínea "a", do inciso III, do art. 29, da Lei 7.014/96, o documento juntado à fl. 81 referente ao valor de R\$ 2.194,27, da Infração 01, não confere direito ao crédito fiscal ao Autuado por se tratar de energia elétrica sem comprovação de percentual de utilização no processo de industrialização.

No que concerne ao valor de R\$ 900,15 - data de ocorrência 29/02/2016, se refere aos Conhecimentos de Transporte emitidos pela TCL Transporte Rodoviário Costa Lemes LTDA, fls. 82 e 83, não inscrita no CAD-ICMS-BA, restou comprovado o recolhimento pela transportadora no valor de R\$ 442,78, remanesce o valor de R\$ 457,39.

Depois de examinar os elementos que constituem e fundamentam esse item da autuação constato que com a apresentação do Laudo Técnico de Consumo de Energia através do Termo de Responsabilidade Técnica por profissional do CRT-BA, restou comprovado que o consumo de energia elétrica do estabelecimento autuado destinado ao setor fabril é de 94% e 6% são utilizados na área administrativa, conforme consta do resultado da diligência realizada por Auditora Fiscal estranha ao feito designada, fl. 137. O que significa que a exigência atinente ao crédito glosado da Nota Fiscal/Fatura de Energia Elétrica da COELBA (Doc.01), emitida em 13/04/2015, no valor total de R\$ 8.193,94, de ICMS e crédito destacado no valor de R\$ 2.194,27, deve ser reduzido para R\$ 131,66, ou seja, 6% da energia consumida.

Em relação ao TCL Transporte Rodoviário Costa Lemes LTDA, fls. 82 e 83, não inscrita no CAD-ICMS-BA, que restou comprovado o recolhimento pela transportadora no valor de R\$ 442,78, deve também ser excluído da autuação remanescendo o valor de R\$ 457,39.

Logo, pelo expendido remanesce o débito de R\$ 589,05 [R\$ 131,66 + R\$ 457,39].

Concluiu pela subsistência parcial da Infração 01, no valor de R\$ 589,05.

Infração 02 - trata da utilização indevida, na condição de remetente, crédito fiscal de ICMS relativo ao frete de mercadorias saídas do estabelecimento em transferência para outro estabelecimento localizado em outra unidade da federação, cujo valor do serviço não foi incluído, por determinação legal, na base de cálculo da operação.

O Autuado em sede defesa, citando a Súmula 166/STJ, aduz ser ilegal a cobrança de ICMS quando há transferência de mercadorias entre matriz e filial e entre as filiais de uma mesma pessoa jurídica, mesmo se localizadas em outro Estado. Destaca que, quando da elaboração do preço de transferência o mesmo já contempla o valor do frete como custo da operação, portanto, o preço praticado nas operações de transferência já consta o valor de todas as demais despesas suportadas pela unidade, as quais em obediência o entendimento do fisco, e buscando não ter contendas com este, sempre constituíram fato gerador do ICMS, nas operações realizadas por esta unidade com sua Matriz, conforme dispõem o art. 4º, inciso I da Lei 7.014/96: art. 4º, Considera-se ocorrido o fato gerador.

Sustentou que, da mesma forma, a base de cálculo está satisfeita com advento do valor destacado em documento fiscal, como preceitua o art. 17, inciso I da Lei 7.014/96. Registrou não haver que se falar que o valor do serviço não foi incluído no preço da transferência, até porque o frete contratado é CIF e total responsabilidade da unidade remetente, como consigna os documentos fiscais, e como destacado em documento fiscal idôneo, registrado a tempo hábil, resguardando todos os preceitos legais de escrituração, a impugnante exerceu seu direito creditório da parcela destacada da qual esta suportou, a título de ICMS, para fazer jus ao seu lançamento fiscal.

O Autuante ao proceder a informação fiscal afirma que acusação fiscal não foi elidida pelo Defendente e mantém a autuação sustentando que o valor do frete não foi incluído na base de cálculo das transferências, logo não lhe é assegurado o direito ao crédito.

Depois de frisar a natureza industrial da produção, pondera que a regra posta que permite ao contribuinte creditar-se do ICMS constante no CTRC, em verdade se constitui um ressarcimento com o objetivo de restabelecer a relação débito/crédito, em obediência ao princípio da não-cumulatividade do imposto, evitando que ocorra pagamento em duplicidade. Dessa forma, a aplicação da regra indica que o frete foi incluído no custo da mercadoria vendida ou remetida.

O direito ao crédito destacado no CTRC decorre do fato de que ele esteja incluso na base de cálculo do ICMS da operação de venda ou remessa, pois, tais operações encontram-se intrinsecamente ligadas ao serviço de transporte.

Em se tratando de operações de transferência de mercadorias, não se identifica as figuras do remetente/vendedor, assim como do adquirente/comprador, também não ocorre um negócio jurídico mercantil, pois não há mudança de titularidade das mercadorias, apesar de ocorrer a circulação física, que, conforme art. 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96 se constitui elemento para caracterizar a ocorrência do fato gerador do imposto.

Em se tratando de ocorrência do fato gerador do ICMS, decorrente da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, as operações de transporte de mercadorias por transferência com cláusula CIF, obrigatoriamente se submete à norma regulamentar, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do imposto, já que o regramento posto, se cumprido, não o desrespeita, ao contrário o segue na íntegra.

Saliento que o art. 13, § 4º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96, por competência constitucional, determina que, nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, a base de cálculo deve corresponder ao custo das mercadorias produzidas, assim, entendido a soma dos custos de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, não admitindo a inclusão de nenhum outro tipo de custo. Do mesmo modo a Lei nº 7.014/96, no seu art. 17, § 8º, inciso II, reproduz a citada regra da Lei Complementar.

O ICMS destacado no CTCR é recolhido aos cofres públicos, mas, por força de lei, o sujeito passivo, estabelecimento industrial remetente da mercadoria transferida, não pode se creditar do imposto relativo ao serviço de transporte, ainda que tenha arcado com o pagamento, porque sua pretensão não tem respaldo legal, haja vista que o valor do frete é despesa, não componente do custo da mercadoria transferida, se constituindo despesa operacional da empresa.

Aliás, esse tem sido o entendimento reiterado sobre essa matéria em diversos julgamentos neste CONSEF a exemplo dos Acórdãos CJF nº 0363-12/07, CJF nº 0455-12/07, CS nº 0035-21/09.

Concluo pela subsistência da Infração 02.

Infração 03 - imputa ao sujeito passivo utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização.

Essa Infração foi mantida pelo Autuante em sede de informação fiscal sob o fundamento de que o Autuado não apresentou o Laudo Técnico para suportar sua alegação de que a maior parte da energia elétrica consumida no estabelecimento autuado era destinada para o setor fabril.

Em sede diligência, como explicitado acima, determinada por essa 3ª JF, a Auditora Fiscal designada concluiu, com base em Laudo Técnico apresentado pelo Autuado que o consumo da área administrativa corresponde a 6% e refez o demonstrativo de apuração, fl. 139, reduzindo o valor da exigência para R\$ 3.417,34.

Depois de examinar os elementos que consubstanciam a redução realizada pela Auditora Fiscal designada e constatar que o ajuste realizado corresponde de fato ao consumo lastreado em Laudo Técnico acolho o ajuste efetuado, consoante demonstrativo acostado à fl. 139, reduzindo o valor da exação da Infração 03, para R\$ 3.417,34.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 03.

Infração 05 - apura a falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo as prestações sucessivas de transportes interestadual e intermunicipal.

O Impugnante reconheceu parcialmente o cometimento da infração e refutou parte da acusação fiscal alegando que as algumas transportadoras arroladas no levantamento fiscal estão enquadradas na sistemática do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

O Autuante ao consultar a base de dados da Receita Federal apurou que procede parcialmente a alegação defensiva somente em relação ao CNPJ 04.604.382/0001-13 - Grande Linha Transportes, e Logística Ltda., e procedeu a retificação excluindo o correspondente valor do levantamento fiscal reduzindo o valor da exigência para R\$ 1.242,56.

Depois de constatar que o ajuste promovido foi realizado de forma escoreita devendo ser excluído o valor de R\$ 225,00, referente ao transportador, Grande Linha Transportes, e Logística Ltda. do demonstrativo acostado à fl. 20, reduzindo o valor da exação para R\$ 1.242,56.

Concluo que a infração 05 é parcialmente subsistente.

Pelo exposto, consigno que o Auto de Infração se afigura parcialmente subsistente nos termos do demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO

Infrações	AUTO DE INFRAÇÃO	Informação Fiscal/Diligência	Julgamento	MULTA	DECISÃO
01	3.094,42	589,05	589,05	60%	PROC. EM PARTE
02	38.060,89	38.060,89	38.060,89	60%	PROCEDNTE
03	5.695,62	3.417,34	3.417,34	60%	PROC. EM PARTE
04	2.077,08	2.077,08	2.077,08	60%	PROCEDENTE
05	1.467,56	1.242,56	1.242,56	60%	PROC. EM PARTE
TOTAIS	50.395,57	45.386,92	45.386,92		

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 130610.0015/20-8, lavrado contra ZUPPANI INDUSTRIAL LTDA., devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 45.386,92**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “a”, do inciso VII e nas alíneas “f” e “e”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de agosto de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA