

A.I. Nº - 206878.0032/21-7
AUTUADO - ATC PISOS LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/09/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0200-02/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I da Lei nº 7.014/96. Comprovado que as mercadorias listadas na infração estavam sujeitas ao regime de substituição tributária. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) DOCUMENTOS FISCAIS. OMISSÃO DE REGISTRO NA EFD.** Saídas de mercadorias com notas fiscais eletrônicas e notas fiscais de consumidor eletrônica não escrituradas na EFD. Constatada a inclusão de operações com o CFOP 5.152 de transferências internas. Com base no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, em que estabelece que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias e na Súmula CONSEF nº 08, foram excluídas essas operações. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente; **b) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** Comprovadas as saídas de mercadorias tributáveis como se não tributáveis fossem. Constatada a inclusão de operações de transferências internas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Excluídas as operações com o CFOP 5.152. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2021, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 205.735,40, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 001.002.005. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, para fatos apurados em janeiro, março, julho, agosto, novembro dezembro de 2019, janeiro, fevereiro, abril, julho, agosto e outubro a dezembro de 2020. ICMS exigido R\$ 55.030,71, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II da Lei nº 7.014/96 c/com art. 290 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 002.001.002. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, para fatos apurados em fevereiro a dezembro de 2018. ICMS exigido R\$ 61.704,44, acrescido de multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/com art. 332, inc. I, § 6º do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 002.001.003. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, para fatos apurados em janeiro de 2019 a dezembro de 2020. ICMS exigido R\$ 89.000,25, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I, art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I do RICMS/2012.

A autoridade fiscal, complementou a informação: “EXERCÍCIOS DE 2018, 2019 E 2020:

INFRAÇÃO 001.002.005: Utilização indevida de crédito fiscal destacado em notas fiscais referentes às aquisições de mercadorias com pagamento do imposto por Antecipação Tributária, conforme previsão do artigo 290 do Regulamento do ICMS-BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 (R\$ 55.030,71);

INFRAÇÃO 002.001.002: Falta de recolhimento do ICMS em razão do não lançamento de operações tributadas nos Registros Fiscais dos Documentos de Saídas de Mercadorias no exercício de 2018, constatada através de notas fiscais eletrônicas (NF-e) e notas fiscais de consumidor eletrônicas (NFC-e) emitidas pelo estabelecimento nesse período (R\$ 61.704,44);

INFRAÇÃO 002.001.003: Falta de recolhimento do ICMS em razão da ocorrência de operações de saídas de mercadorias tributada como não tributadas, constatada por meio de notas fiscais eletrônicas (NF-e) e notas fiscais de consumidor eletrônicas (NFC-e) emitidas pelo estabelecimento (R\$ 89.000,25). ”.

A autuada através de sua advogada apresentou impugnação ao lançamento, fls. 44 a 48, onde após demonstrar a tempestividade da defesa, arguiu nulidade do procedimento fiscal sob a alegação de que os demonstrativos em meio magnético gravados no CD estão em formato PDF, o que dificulta a importação os dados e permitiria, de forma automatizada e célere, realizar as conferências e cruzamentos de informações, para elaborar sua defesa de forma adequada, dentro do prazo.

Explica que o PDF apresentado é não editável, e ao realizar a conversão do formato PDF para Excel, há uma perda da qualidade do documento, desorganiza a sua estrutura e dificulta a defesa, contrariando o RPAF/99, ao estabelece o seu § 3º do art. 8º.

Acrescenta que o Auto, ora debatido, é composto de 3 infrações e anexos com mais de 430 páginas, razão pela qual diz ser impossível analisa-los manualmente de forma correta, fato agravado por não se encontrarem os itens das mercadorias em ordem alfabética.

Pondera que a apresentação dos documentos e livros fiscais pelos contribuintes ao Fisco em meio eletrônico, facilita e agiliza o trabalho de ambos, contudo, as rotinas de auditoria também precisam evoluir no mesmo sentido, com os relatórios e demonstrativos que proporcionem ao sujeito passivo fazer os cruzamentos apropriados, de forma a se defender adequadamente e até entender o que lhe está sendo imputado.

Conclui se tratar de vício insanável, assim, requer, a nulidade do Auto de Infração.

Ao abordar o mérito, referindo-se à infração 01, pontua que a Fiscalização cobra o imposto da antecipação, supostamente por utilização indevida de crédito fiscal destacado em notas fiscais referentes às aquisições de mercadorias com pagamento do imposto por antecipação tributária, porém, garante que não houve a creditação indevida.

Repisa a impossibilidade de exercer a ampla defesa e o contraditório, em razão de não ter sido acostado aos autos a relação na íntegra dos supostos produtos isentos.

Em relação aos produtos autuados, em cotejo com o Anexo do RICMS/BA a substituição tributária, verificou diversos produtos que não constam no anexo, portanto, não estariam sujeitos ao regime de substituição tributária com o encerramento da fase de tributação.

Conclui que a afirmação do autuante não condiz com a realidade e não tem comprovação, portanto, não há legitimidade na cobrança.

Ensina que o agente Fiscal deverá se atentar a não apenas exigir o crédito fiscal que foi escriturado e considerado indevido, devendo refazer toda a escrituração fiscal do contribuinte para identificar o “suposto” crédito indevido utilizado para, então realizar o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN.

Lembra que o fato gerador do ICMS se dá com a circulação da mercadoria, e não, como tentam alguns Agentes Fiscais impor à escrituração de crédito fiscal indevido. A simples constatação do registro de créditos indevidos não autorizaria a cobrança com o lançamento de tributos, a não ser que restasse comprovado a utilização para diminuir o pagamento de imposto, o que não ocorreu, visto a falta de comprovação.

Requer que sejam expurgados da infração os produtos que não fazem parte da antecipação tributária ou substituição tributária.

Quanto a infração 02, pondera que, não obstante a nulidade e improcedência da autuação, de acordo com os demonstrativos apresentados, inúmeras vezes aparece o CFOP 5.152 - Transferências Internas.

Sinaliza que nestas operações as notas foram emitidas para simples transferências de mercadorias entre os seus estabelecimentos, sem prejuízo econômico/financeiro para o Estado, haja vista que não há negócio jurídico, visto que, se inicia e se encerra internamente, entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Ressalta que no âmbito deste CONSEF prevalece o entendimento, adotado em vários julgamentos, de que esse tipo de operação não tem impacto na apuração geral do ICMS.

Diz que tal procedimento decorreu de inúmeras decisões judiciais desfavoráveis ao Estado, fato que provocou a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, emitir em 2016, o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, no qual orienta que não incide o ICMS nas transferências internas de mercadorias, assim, requer que sejam excluídas do levantamento as notas fiscais de transferências internas de mercadorias, como o CFOP 5.152.

Destaca que o entendimento do CONSEF se coaduna com a alegação da defesa, conforme ementas de julgados nos Acórdãos CJF nº 0386-12/17, CJF nº 0345-11/17 e CJF nº 0344-11/17 e com a Súmula do CONSEF nº 08, que reproduz, assim como parte do demonstrativo analítico onde consta a existência de notas com o CFOP 5.152.

Requer que seja determinada diligência para excluir estas notas fiscais, corroborando com o Princípio da Economia Processual, já que se trata de tema pacificado no âmbito do CONSEF e da PGE.

Ao tratar a infração 03, aduz que o Fiscal incorreu em erro ao incluir nos supostos fatos geradores operações com produtos tributados como não tributados, porém, no período, os produtos estavam enquadrados na substituição tributária com fase de tributação encerrada.

Complementa que diversas operações incluem produtos isentos devendo serem excluídos do levantamento por não serem tributados pelo ICMS, conforme art. 290 do RICMS/2012, transcrito.

Traz a título exemplificativo as operações com pisos e cimento, produtos sujeitos ao regime de substituição tributária nos moldes do item 16 e transcreve tabela de alguns produtos, isentos de tributação, previstos no “Anexo 1 do RICMS/2012. ”.

16	Cimento
17	Tijolos, tijoleiras, tapa-vigas, blocos, telhas, elementos de chaminés, condutores de fumaça, manilhas, calhas, tubos, algerozes, ladrilhos, placas de pavimentação ou revestimento, cubos e pastilhas para mosaicos, desde que fabricados de argila ou barro cozido, vitrificados ou não;

18	Pisos cerâmicos, azulejos e revestimentos cerâmicos em geral, louças sanitárias, metais sanitários;
19	Ferros e aços não planos, para construção;
20	Vidros para construção;
25	Tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, aguarrás, secantes, catalisadores, corantes e outros produtos semelhantes, desde que também sujeitos a substituição tributária nas operações interestaduais por força de acordos específicos com as demais unidades da Federação.

Ressalta que adquirindo produtos sujeitos a substituição tributária, estará encerrada a fase de tributação nas operações internas, como disciplina o art. 290 do RICMS/2012.

Requer a realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, para que este, desprovido de qualquer corporativismo, apresente um novo trabalho fiscal com demonstrativos e perícias que venha a comprovar o erro do Fisco no presente trabalho com a consequente nulidade do Auto de Infração.

Reitera os pedidos formulados e requer que seja reconhecida a nulidade do lançamento, ou determinada diligência fiscal, para a análise de todos os documentos acostados, com a consequente declaração de improcedência do Auto de Infração.

Por fim, em homenagem ao Princípio da Verdade Material, protesta pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente a documental.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 63 a 66, faz um relato dos fatos, das razões da defesa e em seguida rechaça todas as alegações.

Quanto a arguição de nulidade em razão dos demonstrativos terem sido entregues no formato PDF, diz ser totalmente infundada, tendo em vista que a legislação vigente não obriga a entrega de planilhas, demonstrativos ou documentos em determinado formato, pelo menos na fase que antecede a instauração do Processo Administrativo Fiscal, pois o art. 46 do RPAF/BA, assim não determina, conforme texto transcrito.

Informa que a intimação da lavratura do Auto de Infração, fl. 40, foi realizada através do Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, atendendo a todos os requisitos legais.

Quanto a reclamação em relação ao suposto excesso de páginas dos anexos do Auto de Infração a serem analisados, entende não proceder, considerando que a autuada dispõe de sessenta dias, contado da data da intimação, para apresentar sua impugnação.

Em relação a formatação dos demonstrativos das infrações e seus anexos, ressalta que foram elaborados de modo a permitir o perfeito entendimento daquilo que está sendo cobrado e para atender a este objetivo, assegura que se encontram discriminados todos os documentos fiscais que fazem parte da autuação, indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no Auto de Infração.

Ressalta que nos demonstrativos são especificados o número do documento fiscal, a data de emissão, o CNPJ do emitente, a unidade federativa do emitente, o valor da base de cálculo do imposto, a alíquota e o valor do crédito tributário reclamado, assim como o número do item, a NCM, a descrição do produto, a quantidade, a unidade, o CST e o CFOP.

Ao tratar da infração 02, diz que a arguição da defesa de que foram incluídos produtos que estavam sujeitos ao regime de Substituição Tributária, é inteiramente desconexa, levando em conta a inexistência de qualquer correlação entre essa imputação e a infração.

Salienta que o Anexo I e o Anexo II, planilhas complementares do Demonstrativo da infração 03, fl. 36, foram formatados em PDF, gravados em arquivos eletrônicos na mídia digital anexada à fl. 39 e entregues à autuada através de intimação via DT-e, fl. 40.

Explica que estas planilhas trazem, em ordem cronológica, a relação das operações tributadas registradas em notas fiscais eletrônicas - NF-e e notas fiscais de consumidor eletrônicas - NFC-e, emitidas pela autuada, onde não houve o destaque e o consequente pagamento do imposto devido nessas operações, conforme comprovam os lançamentos efetuados nos registros fiscais dos documentos de saídas de mercadorias, que se encontram disponibilizados na Escrituração Fiscal Digital - EFD do estabelecimento e gravados em meio eletrônico, no formato PDF na mídia digital, fl. 39.

Explica que os códigos NCM, registrados em notas fiscais eletrônicas - NF-e e notas fiscais de consumidor eletrônicas - NFC-e, relacionadas nos Anexos I e II do Demonstrativo da infração 03, são decorrentes de operações com mercadorias cuja fase de tributação não foi encerrada e que estão, por isso, sujeitas à incidência normal da ICMS quando da ocorrência de circulação de mercadorias, de acordo com a legislação em vigor.

Pondera que apesar de contestar o crédito tributário exigido, em nenhum momento de seu arrazoado a autuada foi capaz de apontar pelo menos um dos supostos “*produtos isentos positivados*” pelo RICMS/BA dentre aqueles relacionados nos dois anexos da infração 03.

Salienta que a autuada não refutou as infrações 01 (001.002.005) tampouco a infração 02 (002.001.002) em sua petição.

Conclui que ficou evidente que os argumentos da defesa não passam de mero expediente procrastinatório, assim, reafirma os termos da autuação e requer a procedência integral do Auto de Infração.

Durante a instrução do processo para fins de julgamento, este Relator identificou que a defesa impressa e apensada aos autos às fls. 44 a 48, não corresponde a defesa gravada na mídia – CD, fl. 58, onde a autuada contestou também as infrações 01 e 02, arguições não abordadas pelo autuante na sua informação fiscal, além de outras questões arguidas na defesa que merecem apreciação da autoridade Fiscal e algumas providências a serem tomadas no sentido de observar o devido processo legal e o Princípio da Ampla Defesa e Contraditório.

Assim, em 30/11/2023 os membros da 2ª JJF decidiram converter o processo em diligência à INFAZ de origem, fls. 71 a 73, para as seguintes providências pelo órgão preparador: (1) Imprimir a defesa gravada no CD, fl. 58, em arquivo eletrônico formato word, com o nome de “Impugnação”, contendo 11 folhas e apensar aos autos, lavrando o correspondente Termo de Apensação; e (2) Encaminhar o processo para o Auditor Fiscal autuante prestar nova informação fiscal.

Em seguida para o Autuante: (1) Incluir no demonstrativo da infração 01 a descrição dos itens incluídos no levantamento; (2) Excluir do levantamento da infração 02 todas as operações com o CFOP 5.152; (3) Examinar a existência no levantamento da infração 03 de mercadorias sujeitas à substituição tributária, comparando a NCM e a descrição do item com o disposto no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente à época dos fatos geradores; (4) Elaborar novos demonstrativos analíticos, independentemente de terem sido alterados ou não, em formato Excel; (5) Prestar nova informação fiscal abordando os argumentos da defesa frente às infrações 01 e 02; e (6) Retornar os autos para o órgão preparador que deverá intimar o contribuinte autuado a tomar ciência da nova informação fiscal.

No cumprimento da diligência foi apensada aos autos a defesa agora impressa, fls. 79 a 89 e encaminhado os autos ao Fiscal autuante, que prestou informação, fls. 95 a 105, informando que:

- i) Ajustou o demonstrativo da infração 01 com a inclusão da descrição das mercadorias de NCM 6.907 e 6.910 e as respectivas notas fiscais, sem que tenha alterado o valor da infração;
- ii) Alterou o demonstrativo da infração 02 com a exclusão de todas as operações com o CFOP 5.152, resultando na alteração do valor exigido que passou a ser R\$ 49.266,85;

- iii) Alterou o demonstrativo da infração 03 com a exclusão de todas as operações com o CFOP 5.152, resultando na alteração do valor exigido que passou a ser R\$ 59.550,86;
- iv) Reexaminou os Anexos 1 e 2 do Demonstrativo 3 (infração 03) para verificar a possível existência de mercadorias sujeitas a substituição tributária observando o entendimento do CONSEF sobre a matéria;
- v) Gerou novos demonstrativos analíticos para as infrações em formato Excel;
- vi) Prestou nova informação fiscal.

Na nova informação fiscal o autuante após descrever o teor da diligência e os argumentos da defesa, refutou a arguição de nulidade por entender descabida a possibilidade de cerceamento de defesa em razão do formato dos demonstrativos, a afirmou que no cumprimento da diligência, foram anexados e disponibilizados em arquivo eletrônico no formato Excel todas as planilhas e demonstrativos das infrações.

Ao tratar da infração 01, informa que o argumento da defesa acerca da presença de produtos isentos no levantamento, se mostra sem sentido, já que não há qualquer referência a produtos isentos. As operações listadas referem-se a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em que o recolhimento do ICMS ocorre por antecipação tributária, com o encerramento da fase de tributação.

Assegura que a autuada utilizou crédito de ICMS referente a operações com mercadorias elencadas no Anexo 1 do RICMS/BA, conforme os registros dos documentos fiscais de entradas de mercadorias e na apuração do ICMS, obtidos a partir da Escrituração Fiscal Digital – EFD em arquivos eletrônicos disponibilizados em mídia digital, fl. 39.

Ressalta que consta tanto na descrição quanto no texto explicativo do demonstrativo da infração, o motivo da exigência fiscal. Portanto, não procede, a arguição da defesa de que no cotejamento do demonstrativo há diversos produtos que não constariam nos anexos do RICMS, que trazem a especificação daqueles produtos enquadrados na antecipação tributária e substituição tributária.

Contudo, atendendo a diligência, refez o *Demonstrativo 1 - Infração 001.002.005*, fls. 10 a 12, incluindo mais uma coluna com a especificação de todas as mercadorias com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos termos do art. 290 do RICMS/BA.

Destaca que a autuada sequer apontou quais seriam os produtos que não estariam sujeitos à substituição ou antecipação tributária para um eventual expurgo.

Quanto a infração 02, relata que em consonância com o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, ratificada pela Súmula nº 08 do CONSEF, refez o *Demonstrativo 2 – Infração 002.001.002*, fl. 13, a fim de corrigir os valores cujos lançamentos incluem o CFOP 5.152 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros.).

Revisou os Anexos 1 e 2, planilhas complementares do demonstrativo, disponibilizadas em arquivos eletrônicos gravados em mídia digital, fl. 39, que trazem, em ordem cronológica, a relação das operações tributadas registradas em notas fiscais eletrônicas (NF-e) e notas fiscais de consumidor eletrônicas (NFC-e), emitidas pela autuada em 2018 e constatou que esses documentos fiscais não se encontram registrados na escrita fiscal, o que resultou na falta de pagamento do imposto devido, conforme comprovação da omissão de lançamentos de saídas de mercadorias tributadas no Registro de Saídas de Mercadorias, também disponibilizados na mídia digital, fl. 39.

Informa ainda que no Anexo 1 (NF-e) foram excluídos todos os lançamentos com CFOP 5.152, sendo que no Anexo 2 (NFC-e) não há lançamentos com essa codificação. Após a revisão, o valor do imposto exigido passou para R\$ 49.266,85.

Ao analisar a infração 03, registra que a arguição da defesa de erro no levantamento, por incluir produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, é totalmente descabida, tendo em vista a inexistência de qualquer correlação com a infração.

Pontua que o Anexo 1 e o Anexo 2, planilhas complementares do Demonstrativo da infração 03, fl. 36, foram gravados em arquivos eletrônicos integrantes da mídia digital, fl. 39, e entregues a autuada através do DT-e, fl. 40, que trazem, em ordem cronológica, a relação das operações tributadas registradas em notas fiscais eletrônicas (NF-e) e notas fiscais de consumidor eletrônicas (NFC-e), respectivamente, emitidas pela autuada em 2019 e 2020, em que não houve o destaque e o consequente pagamento do imposto devido, conforme comprovam os lançamentos efetuados nos Registros de Saídas de Mercadorias, documentos que se encontram disponibilizados na Escrituração Fiscal Digital - EFD do estabelecimento e gravados em meio eletrônico através da mídia digital, fl. 39.

Diz que os códigos NCM registrados nas notas fiscais e especificados nos Anexos 1 e 2 do Demonstrativo da Infração 002.001.003, são decorrentes de operações com mercadorias em que a fase de tributação não foi encerrada e estão, portanto, sujeitas à incidência normal do ICMS quando da circulação de mercadorias.

Registra que a autuada foi incapaz de apontar pelo menos um dos supostos produtos isentos, dentre aqueles relacionados nos dois anexos da infração 03.

Relata que de forma análoga à infração 02, atendendo a orientação da Procuradoria Geral do Estado – PGE e da Súmula nº 08 do CONSEF, excluiu do levantamento os valores associados ao CFOP 5.152. Assim, corrigiu os Anexos 1 e 2 do demonstrativo, restando o valor do imposto a ser cobrado de R\$ 59.550,86.

Finaliza por acatar em parte os argumentos da defesa, o que resultou na procedência parcial do Auto de Infração, cujo valor definitivo passou de R\$ 205.735,40 para R\$ 163.848,42.

Notificada da diligência e dos novos demonstrativos através dos Correios, fls. 113 e 114, a autuada não se manifestou.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de três infrações à legislação tributária, tempestivamente impugnadas.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição de Microempresa, não optante do Simples Nacional, explora a atividade econômica principal de comércio varejista de materiais de construção, estabelecido em Simões Filho/BA.

Do início da ação fiscal o contribuinte foi notificado através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, mensagem postada em 23/07/2021, fl. 08 e 09 e da lavratura do Auto de Infração também via DT-e, em 08/10/2021, fl. 40.

A defesa arguiu nulidade do lançamento alegando cerceamento do direito de defesa em razão dos demonstrativos gravados no CD estarem em formato PDF, o que, segundo a autuada, dificultou a importação os dados, que permitisse, de forma automatizada e célere, fazer as conferências e cruzamentos de informações, para se defender de forma adequada, dentro do prazo.

Esta arguição associada a outras, questionando o mérito das infrações motivaram a decisão dos membros desta 2ª JfF em converter o processo em diligência à INFAZ de origem com o fito de o autuante analisar as arguições da defesa e adotar providências visando o saneamento de possíveis pendências processuais.

A diligência foi cumprida pelo autuante, fls. 95 a 110, na qual dentre outras providências elaborou novos demonstrativos sintéticos e analíticos agora em formato de tabela editável, gravados no CD, fl. 111, entregues a autuada através dos Correios em 14/12/2023, fls. 113 e 114, sem que a autuada tenha se manifestado.

Considero, portanto, eliminadas as razões que motivaram a arguição de nulidade suscitada.

Assim, atesto que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara, é possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

O direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração, cuja arguição resta superada.

No mérito, trato de cada infração separadamente.

A infração 01 acusa o contribuinte de utilizar crédito fiscal indevidamente decorrente de aquisição de mercadorias com o pagamento do ICMS por antecipação tributária.

A defesa arguiu que em momento algum houve o uso de crédito decorrente de produtos pertencentes a substituição tributária, além de aventar a existência de supostos produtos isentos.

O autuante quando procedeu a revisão, asseverou que *“Trata-se de operações com mercadorias subordinadas a um regime de tributação específico, em que o recolhimento do ICMS se dá por Antecipação Tributária. Neste caso, há encerramento da fase de tributação, já que não haverá mais nova incidência do imposto.”*.

Registro que efetivamente a alegação da defesa não foi acompanhada de provas ou indícios de que efetivamente foram incluídas mercadorias isentas ou com tributação normal.

Portanto, tenho a infração como subsistente.

Quanto a infração 02, refere-se a falta de recolhimento do imposto relativas a operações não escrituradas na EFD.

A defesa alegou existirem dentre as operações arroladas no levantamento, operações com o CFOP 5152 - Transferências internas. Recorrendo ao Incidente de Uniformização número PGE 2016.169506-0 e a Súmula do CONSEF nº 08, requer a exclusão dessas operações.

O autuante no cumprimento da diligência, excluiu todas as operações com CFOP 5.152, restando como valor do imposto exigido R\$ 61.704,44.

Efetivamente a Procuradoria Geral do Estado através da PROFIS, editou o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, cujo entendimento firmado, consistem em: *“Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.”*.

O entendimento tem como base a Súmula 166 do STJ, que assim estabeleceu: *“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”*, entendimento que reforça a ideia de que as transferências entre estabelecimentos da mesma empresa não são passíveis de incidência do ICMS.

O STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 1.125.133-SP em sede de recurso repetitivo, consolidou o entendimento que o fato gerador do ICMS, não se configura nas transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, devido à ausência do ato de mercancia e da circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.

A ementa do julgamento enfatiza que o deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa não se enquadra na hipótese de incidência do ICMS, pois é necessário que ocorra a circulação jurídica da mercadoria, envolvendo a transferência da propriedade, para que haja o fato impositivo do imposto.

É o mesmo entendimento já consolidado em diversos julgamentos administrativos consubstanciados na Súmula do CONSEF nº 08, editada em agosto de 2018, cujo enunciado assim estabelece: *“Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular.”*.

Assim, foi solicitado do autuante que excluísse todas as operações com o CFOP correspondente a transferências internas, o que foi feito, e revisado o levantamento restou como devido o ICMS no valor de R\$ 49.266,85.

Destarte, de ofício reclassificando a multa proposta de 100% para a de 60%, tipificada no art. 42, II, “f”, da Lei 7014/96, tenho como parcialmente subsistente a infração 02, conforme demonstrativo.

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
28/02/2018	09/03/2018	5.836,37	18,00	60,00	1.050,55
31/03/2018	09/04/2018	7.730,44	18,00	60,00	1.391,48
30/04/2018	09/05/2018	15.800,05	18,00	60,00	2.844,01
31/05/2018	09/06/2018	39.999,19	18,00	60,00	7.199,85
30/06/2018	09/07/2018	15.085,33	18,00	60,00	2.715,36
31/07/2018	09/08/2018	24.572,02	18,00	60,00	4.422,96
31/08/2018	09/09/2018	21.057,25	18,00	60,00	3.790,31
30/09/2018	09/10/2018	28.022,53	18,00	60,00	5.044,06
31/10/2018	09/11/2018	31.796,82	18,00	60,00	5.723,43
30/11/2018	09/12/2018	35.310,77	18,00	60,00	6.355,94
31/12/2018	09/01/2019	48.493,89	18,00	60,00	8.728,90
Total					49.266,85

A infração 03 trata da falta de recolhimento de ICMS decorrente da prática de operações tributadas como não tributadas, regularmente escrituradas na EFD. Foram identificadas no levantamento operações relativas a transferências internas de mercadorias entre os estabelecimentos da autuada, reclamação também da defesa.

O fato motivou a diligência, cumprida pelo autuante, sobre a qual e se aplica o mesmo entendimento e providências adotadas na infração 02. O autuante no cumprimento da diligência, excluiu do levantamento todos as operações com o CFOP 5.152, restando o valor do imposto a ser cobrado de R\$ 59.550,89.

Da mesma forma, tenho a infração como parcialmente subsistentes conforme demonstrativo.

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/01/2019	09/02/2019	32.197,72	18,00	60,00	5.795,59
28/02/2019	09/03/2019	22.162,53	18,00	60,00	3.989,26
31/03/2019	09/04/2019	25.283,11	18,00	60,00	4.550,96
30/04/2019	09/05/2019	11.569,92	18,00	60,00	2.082,59
31/05/2019	09/06/2019	2.381,26	18,00	60,00	428,63
30/06/2019	09/07/2019	20.268,02	18,00	60,00	3.648,24
31/07/2019	09/08/2019	23.444,65	18,00	60,00	4.220,04
31/08/2019	09/09/2019	7.339,74	18,00	60,00	1.321,15
30/09/2019	09/10/2019	10.672,69	18,00	60,00	1.921,08
31/10/2019	09/11/2019	8.852,98	18,00	60,00	1.593,54
30/11/2019	09/12/2019	9.140,68	18,00	60,00	1.645,32
31/12/2019	09/01/2020	10.874,92	18,00	60,00	1.957,49
31/01/2020	09/02/2020	3.837,70	18,00	60,00	690,79
29/02/2020	09/03/2020	11.280,11	18,00	60,00	2.030,42
31/03/2020	09/04/2020	8.940,31	18,00	60,00	1.609,26
30/04/2020	09/05/2020	11.879,82	18,00	60,00	2.138,37
31/05/2020	09/06/2020	13.459,21	18,00	60,00	2.422,66
30/06/2020	09/07/2020	10.497,77	18,00	60,00	1.889,60
31/07/2020	09/08/2020	23.277,94	18,00	60,00	4.190,03

31/08/2020	09/09/2020	13.451,59	18,00	60,00	2.421,29
30/09/2020	09/10/2020	11.683,14	18,00	60,00	2.102,97
31/10/2020	09/11/2020	17.775,11	18,00	60,00	3.199,52
30/11/2020	09/12/2020	10.949,06	18,00	60,00	1.970,83
31/12/2020	09/01/2021	9.618,11	18,00	60,00	1.731,26
Total					59.550,89

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206878.0032/21-7**, lavrado contra **ATC PISOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 163.848,45**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “f”. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR

ZIRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA