

A.I. Nº - 300766.0010/18-0
AUTUADO - ATACADÃO DM LTDA.
AUTUANTE - LUCIMAR RODRIGUES MOTA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ NORDESTE / INFAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/12/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0261-04/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Excluídos valores referentes a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, isentas, e transferências internas destinadas a estabelecimentos do mesmo titular. Infração parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 12/12/2015, para exigir ICMS no valor de R\$ 130.594,76 tendo em vista a apuração da seguinte infração:

Infração 01 - 03.02.02 – *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Aplicada multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.*

O autuado através de advogado legalmente habilitado apresenta impugnação, fls. 12 a 21, e após falar sobre a tempestividade de sua apresentação, em preliminar, pede a nulidade da ação fiscal, asseverando que o auto de infração é um ato jurídico que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos necessários para sua validade jurídica para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e que obedeça à forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do CC).

Diz a ação fiscal foi iniciada sem a apresentação do “Termo de fiscalização”, com ofensa ao disposto no art. 196, do Código Tributário Nacional – CTN. Sem a formalização, a fiscalização não poderia ser efetuada, pois o direito do Contribuinte, de não ser surpreendido com autuações, foi abalado. Nesse sentido, cita decisões deste CONSEF, pede que seja reconhecida a irregularidade na condução da ação fiscalizadora do AI dela decorrente.

E mais, é um ato administrativo, ou seja, é um ato jurídico praticado por autoridade pública competente (art. 42, I do Decreto 7.629/99), que tem por finalidade apurar infrações, mas sempre de maneira vinculada, ou seja, seguindo as exatas prescrições da lei. E que, sua inobservância, acarreta na sua anulabilidade, como no caso em tela

Transcreve o disposto no art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF, para afirmar que houve flagrante Cerceamento ao Direito de Defesa e falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração, como restará comprovado de forma mais robusta com as informações de mérito que adiante serão demonstradas.

Assim, na modalidade de ato vinculado o auto de infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica, o que, como se verá, não ocorre, já que vícios existem. Dentre eles a grave falta de um documento essencial para o seguimento do feito, acarretando, por certo, a nulidade do ato.

Pela conceituação, depreende-se que inexistente documento se não estiver presente todos os elementos indispensáveis, assim não tem um auto de infração, administrativamente considerado. Este dano é de tal monta que fere de morte a validade do ato administrativo. Impossível a ratificação posterior do erro fatal, eis que as condições materiais já não mais permanecem. Será

um documento sem qualquer valor, seja probatório, seja meramente indiciante, porque aquilo que é nulo não pode gerar qualquer efeito juridicamente relevante.

Transcreve lição sobre a teoria das Nulidades defendida pelo Professor Hely Lopes Meirelles e em seguida diz que no presente Processo Administrativo Fiscal o ilustre autuante no afã de desenvolver seu mister, suprimiu direitos fundamentais do contribuinte para o completo exercício do seu direito de defesa consagrado na Carta Magna(art. 5º LIV da C.F.), o Princípio do Devido Processo Legal é assegurado à todos, isto é, todas as pessoas deverão ter no processo os seus direitos respeitados para que não ocorra nenhuma arbitrariedade.

No presente caso diz que a empresa não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizada. Não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco. Da mesma forma, também não foi intimada a apresentar livros ou documentos, como estabelecido no art. 26 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Assevera que as vias do Processo Administrativo Fiscal devem ser cópias fieis umas das outras. Portanto, se não estão com esta composição, macula o processo, dificultando a defesa técnica do contribuinte. Neste sentido deve ser NULO o presente procedimento fiscal, uma vez que a falta de um elemento essencial, como expresso na lei (art. 26 da Lei 7.651/2013 que regulamenta o Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF.

Informa haver mais um agravante que corrobora com a NULIDADE do procedimento fiscal é o fato de que os demonstrativos em meio magnético apresentados em CD estão apenas em formato .PDF (Adobe Reader), o que impossibilita que a empresa possa importar os dados em bancos de dados, com o intuito de que possa, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo.

O formato apresentado deve ser, pelo menos, em EXCEL, pois, da forma que estão postos os demonstrativos, a empresa fica sujeita a uma metodologia de gincana estudantil para poder exercer seu Direito de Defesa. Ocorre que estamos numa lide!

A simples questão da omissão de documento essencial para validade do ato jurídico, o Termo de Início de Fiscalização, por si só, fulmina o procedimento de fiscalização do ilustre auditor fiscal, bem como do auto de infração. Agravado com a questão da imensa quantidade de infrações, aliado a indevida formatação da apresentação dos arquivos digitais que demonstram os cálculos das infrações, fulmina por completo o procedimento de lançamento fiscal, devendo o mesmo ser, de plano, declarado NULO.

Entretanto, apenas por amor ao debate informa que adentrará ao mérito da autuação para demonstrar, cabalmente, a total **IMPROCEDÊNCIA** da autuação da forma que se passa a aduzir.

Passa a apontar erros materiais indicando:

III.1.1.1 -Produtos da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA:

CARNE BOVINA COXAO DURO KG
CARNE BOVINA PALETA S/OSSO KG
CARNE MOIDA KG (Div. descr.)
CARNE MOIDA INATURA KG
IOGURTE DOURADINHO MORANGO 45G
MUSCULO BOVINO KG

III.1.1.2 - Produtos ISENTOS

SEMENTE DE GIRASSOL GRAO VERDE
MILHO PAINCO GRAO VERDE 500G

III.1.1.3 - Produto CHARQUE

Não foi levada em consideração a Redução de Base de Cálculo prevista no inciso LI do art. 268 do RICMS/BA, que tem efeito desde 10/07/2014, conforme redação que transcreveu.

O produto AT CARNE SECA JS PA 5KG (Div. descr.) também segue a mesma regra do CHARQUE pois é de fato este produto, tanto que em sua descrição o “PA” quer dizer Ponta de Agulha que é o tipo do charque.

Produtos encontrados no relatório, por amostragem:

CHARQUE FRINENSE DT KG

CHARQUE FRINENSE D.T 500G

AT CHARQUE FRINENSE D.T 10X500G

AT CHARQUE FRINENSE D.T 20X500G

III.1.1.4 – SAÍDAS INTERESTADUAIS DE CARNE

Em relação às Saídas Interestaduais de CARNES não foi levada em consideração a redução de Base de Cálculo prevista no Art. 268, inciso XIV, do RICMS/BA, consubstanciada no Convenio ICMS 89/05, que reduz a carga tributária para 7% nestas operações, conforme texto do citado dispositivo que copiou.

Aponta exemplos de Notas Fiscais interestaduais de carne identificadas no relatório, por amostragem, onde a Fiscalização procura cobrar a carga tributária de 12%, quando a empresa aplicou CORRETAMENTE a carga de 7%, embasada na previsão legal anteriormente citada.

III.1.1.4 – OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS INTERNAS entre os estabelecimentos da Empresa

Diz que inúmeras Notas Fiscais contidas no Relatório base do Auto de Infração são emitidas para simples transferências de produtos entre os estabelecimentos da Empresa, sem tributação, com o CFOP 5152 (Transferência Interna), em que não há prejuízo econômico/financeiro para o Estado, haja vista que a Loja que recebe esta mercadoria, dentro do próprio Estado, de igual modo, não se credita de nenhum imposto. Já é sabido no âmbito deste CONSEF que este tipo de Operação não tem impacto na apuração geral do ICMS na empresa como um todo. Vários julgamentos já vêm sendo realizados com este entendimento.

Desta forma, inclusive, por força de inúmeras decisões judiciais desfavoráveis ao Estado, é que a própria Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, já emitiu desde o ano de 2016 Incidente de Uniformização número PGE 2016.169506-0, em que estabelece que NÃO incide ICMS nas transferências internas de mercadorias.

Neste sentido requer a empresa que sejam excluídas do levantamento as Notas Fiscais de Transferências Internas de mercadorias, como o CFOP 5152 e transcreve julgados deste CONSEF que tratam da matéria.

Aduz que grande parte das notas fiscais listadas no demonstrativo se referem à Transferências Internas de mercadorias, quando não houve Circulação Econômica, mas pelo já aqui relatado, em virtude de o demonstrativo ter sido apresentado apenas em PDF, impossibilita-se qualquer totalização, o que enseja neste momento a empresa requerer que seja autorizada Diligência no sentido de se apresentar o levantamento em EXCEL ou que já se determine a exclusão das notas fiscais de Transferências Internas, corroborando com o bom entendimento do Princípio da Economia Processual, já que se trata de tema pacificado no âmbito do CONSEF e PGE, concluindo pela NÃO incidência do ICMS nestas operações.

Pede a realização de Perícia e diligências para se comprovar o erro do Fisco e provocar o refazimento do auto de infração, com a reapuração do Conta-Corrente Fiscal do período e a consequente redução presente auto de infração.

Requer que seja reconhecida a NULIDADE do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada nova diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todas as

provas apresentadas pela Peticionária, e que seja julgado IMPROCEDENTE o presente Processo Fiscal.

O autuante presta a Informação Fiscal, fls. 29 a 32, faz um resumo dos argumentos defensivos e em seguida diz que discorda do pedido de nulidade do Auto de Infração referente a alegação de que a empresa não tomou ciência de que estava sendo fiscalizada, pois às fls. 06, do PAF, consta a cópia do Termo de Intimação, informando o início da fiscalização no seu estabelecimento, enviado através de DTE – Domicílio Eletrônico Tributário, inclusive, a data da ciência ocorreu no mesmo dia da postagem, dia 18/10/2018. A cientificação também foi enviada por DTE – Domicílio Eletrônico Tributário, às fls. 10, do PAF, onde no corpo da Intimação informa que os demonstrativos das infrações seguem em anexo ao DTE. E também consta informação de que a cópia integral do Auto de Infração, incluindo o CD com todas os demonstrativos de débitos das infrações se encontravam na sede da Infaz Paulo Afonso, para retirada pelo sócio ou seu procurador se assim desejasse. Existe a prova de que a empresa teve acesso a essa informação, pois na sua defesa juntou cópias dos anexos do DTE às fls. 22 a 24, do PAF. Portanto está comprovado que o contribuinte tinha conhecimento da fiscalização e também do seu resultado, ou seja, do Auto de Infração.

Em seguida afirma que a empresa recolheu a menor ICMS em decorrência de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativos anexos ao CD às fls. 09, do PAF.

Em 2014, a empresa deu saída de vários produtos informando alíquota “0” ao invés de “17” a exemplo de: MAIONESE, CREME ALISANTE, TINTURA PARA CABELOS, SHAMPOO, DESODORANTE, FLOCÃO DE ARROZ, ETC; ÁGUA DE COLÔNIA a Autuada tributou o produto a “17%” em vez de “27”. Em 2015, a Autuada continuou aplicando alíquotas incorretas para alguns produtos, a exemplo de: CAFÉ TORRADO OU MOÍDO, MATERIAL DE LIMPEZA, AÇÚCAR, PILHAS, talvez por que tais produtos antes faziam parte dos produtos enquadrados na ST, mas a partir de 2015 passaram a ser tributados normalmente, no caso, a uma alíquota de 17%.

Os produtos CARNE BOVINA, CARNE MOÍDA, MÚSCULO, SABÃO (em 2014) e FUMO TREVO (em 2015) foram excluídos dos demonstrativos por se tratar de produtos com fase de tributação já encerrada, ou seja, produtos enquadrados no Anexo 1 do RICMS/2012 – mercadorias da Substituição Tributária.

A representante do Contribuinte afirma que o produto IOGURTE DOURADINHO MORANGO 45G é um produto que faz parte da Substituição Tributária, mas apesar da descrição IOGURTE trata-se de uma sobremesa láctea (petti suisse), inclusive seu NCM é 0406.1090, portanto, tributado normalmente a 17% no período fiscalizado.

Os produtos SEMENTE DE GIRASSOL e MILHO PAINCÓ não estão relacionados em nenhum dos incisos dos Art. 264 e 265 do RICMS/2012 que tratam da ISENÇÃO, por isso são tributados normalmente, consequentemente o Contribuinte errou ao atribuir alíquota “0” para tais mercadorias.

Para os produtos CHARQUE e JEREKBEEF há previsão de Redução de Base de Cálculo (Art. 268, LI, do RICMS/2012) a partir de 10/07/2014, por isso de 01/01/2014 até 09/07/2014 tais produtos deveriam ter sido tributados normalmente sem redução alguma. Veja como exemplo no demonstrativo que caracteriza a infração que em 27/05/2014 – NF 7656 – produto AT CARNE SECA, a alíquota informada pelo contribuinte foi “0”, quando deveria ter sido “17%”, período sem redução de Base de Cálculo.

Explica que o Contribuinte sempre usou, durante todo período fiscalizado, alíquota de “0” para CARNE SECA. A partir de 10/07/2014, a fiscalização concedeu a redução da BC de 29,410%, de forma que a carga tributária incidente para CHARQUE e JERKEDBEEB correspondesse a 12%. Informa através de exemplo marcado nos demonstrativos anexos, que em 10/07/2014 para a NF 8467, Item 006, o Valor da BC é de R\$ 335,70, Redução de Base de Cálculo (RedBC) de 29,410%, Valor da Base

de Cálculo do ICMS reduzida definida pela auditoria (VIBcRedAud) é de R\$ 236,97, e assim, para todos os produtos classificados como CARNE SECA, a partir de 10/07/2014, a fiscalização concedeu redução de base de cálculo, informação nitidamente visualizada em todos os demonstrativos. Então, por isto, comprova-se que a alegação do Contribuinte de dizer que a Redução de Base de Cálculo para CHARQUE e JERKEDBEEF não foi considerada pela fiscalização não é verdadeira.

A Impugnante questiona a tributação do ICMS nas transferências internas de produtos entre estabelecimentos da mesma Empresa, esquecendo-se o prescrito no Inciso I, Art 4º, da Lei Nº 7.014/96. Portanto, entende que nas saídas de mercadorias de estabelecimento, mesmo que para o mesmo titular ocorre o fato gerador do ICMS.

Informa ter elaborado novos demonstrativos para a infração tendo em vista que foram excluídas as Notas Fiscais que relacionavam os produtos da Substituição Tributária já mencionados anteriormente: CARNE BOVINA, CARNE MOÍDA, FÍGADO, MÚSCULO, SABÃO (ano de 2014) e FUMO TREVO. Sendo assim, o demonstrativo de débito do Auto de Infração passa a ser representado como, passando de R\$ 130.594,76 para R\$ 128.084,78.

O sujeito passivo ao ser cientificado se pronuncia às fls. 52 a 54 asseverando que continua impossível de exercer seu Direito de Defesa, haja vista que, embora o Auditor até cite em sua Informação Fiscal que a empresa questiona em sua Defesa Inicial que recebeu os demonstrativos em formato inadequado, já que o formato PDF é NÃO EDITÁVEL, nem possível de importar para banco de dados, continua sem receber em outro formato, a exemplo de EXCEL. Agrava-se a situação quando o preposto do Fisco cita em sua Informação que elaborou NOVOS DEMONSTRATIVOS, e também a empresa não os recebeu.

A empresa não recebeu nenhuma mídia digital na presente Intimação, tomando ciência apenas da informação prestada pelo Auditor. Nem recebeu algum demonstrativo impresso.

Diz que o Auditor afirma que reduziu o auto de infração, após alguns reparos, demonstra os totais em tabela, mas a empresa não recebeu nenhum NOVO DEMONSTRATIVO em que pudesse efetuar qualquer tipo de conferência. Não há no PAF nenhum recibo ou prova de que a empresa tenha recebido, nesta etapa do processo, alguma mídia digital ou relatórios impressos com NOVOS DEMONSTRATIVOS.

Em relação ao mérito, quanto ao informado pela Fiscalização no último pronunciamento, reitera a questão das transferências internas, que não foi reduzida do levantamento, e reforça-se neste momento pois se trata de um pronunciamento formal da Procuradoria Geral do Estado, através de Incidente de Uniformização mostrado na defesa inicial, qual seja o de número PGE 2016.169506-0, cujo enunciado possui o seguinte conteúdo: *“Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”*.

Reafirma que grande parte das notas fiscais listadas no demonstrativo se referem à transferências Internas de mercadorias, quando não houve Circulação Econômica, mas pelo já aqui relatado, em virtude de o demonstrativo ter sido apresentado apenas em PDF, impossibilita-se qualquer totalização, o que enseja neste momento a empresa requerer que seja autorizada Diligência no sentido de se apresentar o levantamento em EXCEL ou que já se determine a exclusão das notas fiscais de Transferências Internas, corroborando com o bom entendimento do Princípio da Economia Processual, já que se trata de tema pacificado no âmbito do CONSEF e PGE, concluindo pela NÃO incidência do ICMS nestas operações.

Reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação e requer que seja reconhecida a NULIDADE do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada nova diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todas as provas apresentadas pela Petionária, e que seja julgado IMPROCEDENTE o presente Processo Fiscal.

Na sessão suplementar realizada 29 de novembro de 2019 foi observado que os demonstrativos elaborados na Informação fiscal não foram anexados ao PAF pois o envelope de fl. 48 encontra-se vazio, assim como não foi anexado recibo de entrega assinado pelo contribuinte dos novos

demonstrativos elaborados na Informação Fiscal, assim decidiu esta Junta de Julgamento Fiscal pela conversão do processo à INFAZ de origem, para que o autuante efetuasse a entrega ao autuado em formato que possibilitasse à sua leitura, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo, devendo **antes** processar a exclusão das operações de transferências internas, em consonância com a Súmula nº 08 deste Conselho.

Em atendimento a diligência o autuante às fls. 68 a 69 diz que ao revisar o PAF, verificou que realmente o Contribuinte não recebeu a mídia digital que acompanhou a Informação Fiscal às fls. 29 a 32, pois o Servidor que apensou a Informação Fiscal ao PAF, juntou os CD's às fls. 27, do PAF, constando assim no envelope, o CD com os arquivos daquela informação fiscal mais os arquivos dos demonstrativos e também uma cópia do CD que deveria ter sido enviado ao Contribuinte.

Confirma nestes novos demonstrativos (cópia CD em anexo), que além das exclusões das Notas Fiscais que foram acatadas no levantamento da Informação Fiscal às fls. 29 a 47, cujo CD foi juntado às fls 27, do PAF, também excluiu todas as Notas Fiscais de transferências internas, conforme apontado no demonstrativo a menor do ICMS – Apuração do ICMS Resumo 2014/2015, cujas cópias seguem em anexo.

Assim, após elaboração de novos demonstrativos (em Excel), onde foram excluídas as Notas Fiscais que relacionavam os produtos da Substituição Tributária mencionados na Informação Fiscal às fls. 29 a 32: CARNE BOVINA, CARNE MOÍDA, FÍGADO, MÚSCULO, SABÃO (ano de 2014) e FUMO TREVO; e após esta diligência, onde excluiu também as Notas Fiscais relacionadas às transferências internas, o débito do Auto de Infração, passou de R\$ 130.594,76 para R\$ 14.794,47, conforme demonstrativo analítico que anexou a fl. 72 a 92 e de débito à fl. 68 a 69.

O sujeito Passivo foi cientificado via “correios”, conforme Aviso de Recebimento, com data de ciência em 04/03/2020, recebido neste Conselho em 11/10/2022 e encaminhado para esta Relatora em 11/10/22.

VOTO

A acusação fiscal encontra-se assim redigida: *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

Inicialmente, o autuado alegou que a ação fiscal foi iniciada sem a apresentação do Termo de Fiscalização”, e tal fato, seria ensejador de nulidade da ação fiscal, pois teria ocorrido ofensa ao disposto no art. 26 da Lei 7.651/2013 que regulamenta o Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF.

A lavratura de Termo de Início de Fiscalização é um procedimento previsto no art. 196 do CTN:

“Art. 196.

A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.”

A Lei Estadual nº 7.753/00, que alterou o inciso III, “a”, do § 1º do art. 127 do COTEB Código Tributário deste Estado, passou a prever que, se fosse lavrado o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, a emissão desse Termo de Intimação dispensaria a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Tais determinações foram absorvidas pelo RPAF/BA que prevê em seu art. 28 com redação em vigor a partir de 01/01/01:

“Art. 28.

A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento

de obrigação tributária lavrar, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.”

Da leitura dos dispositivos legais verifico ser necessária a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, podendo o mesmo ser dispensado, através da Intimação para apresentação de Livros e Documentos.

No presente caso, constato que diferentemente do arguido pelo sujeito passivo o mesmo foi cientificado do início da ação fiscal através de mensagem enviada através de Domicílio Tributário Eletrônico-DTE, com data de leitura em 18/10/2018 conforme se verifica à fl. 06, comunicação esta prevista no artigo 108 do RPAF/BA, cujo teor transcrevo:

“Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

§ 2º A comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br.”

§ 3º A comunicação por meio do DT-e será considerada recebida numa das seguintes datas, a que ocorrer primeiro:

I - no dia em que a pessoa jurídica efetivar a consulta ao teor da comunicação no domicílio tributário eletrônico, na hipótese de a consulta ocorrer em dia útil;

II - no primeiro dia útil seguinte ao da efetivação da consulta, na hipótese de a consulta ocorrer em dia não útil;

III - no dia útil seguinte após o prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo.

Dessa forma, afasto essa primeira preliminar de nulidade.

Argui também, o defendente, com base no art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF/BA, ter havido cerceamento do direito de defesa, sob o argumento de que os demonstrativos que deu sustentação ao presente lançamento, inseridos em meio magnético, que lhe foram entregues, na ciência do Auto de Infração e após a Informação Fiscal, estão apenas em formato PDF (Adoce Reader).

Não há como prosperar essa preliminar de nulidade, pois tal fato não trouxe qualquer prejuízo à defesa, sequer cerceou seu direito ao exercício do contraditório, diante, inclusive, do fato da peça apresentada analisar detidamente vários produtos que entende estarem submetidos à substituição tributária ou com redução da base de cálculo, além de se referirem a transferências entre seus estabelecimentos, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação.

Além disso, em atendimento a diligência solicitada por esta Junta de julgamento o Fiscal ditos arquivos foram refeitos em formato que possibilitasse à sua leitura, e entregues ao autuado, não havendo qualquer consistência no alegado cerceamento ao direito de defesa, posto que, todos os elementos necessários à elaboração da peça defensiva foram disponibilizados ao autuado, inexistindo, assim qualquer vício ou falha que possa imputar nulidade ao Auto de Infração, não sendo detectada nenhuma ocorrência das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Em suma, o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos). O método de fiscalização encontra-se demonstrado nos papéis de trabalho que o notificado recebeu já que

neles está respaldado.

Logo, no plano formal, a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, não lhe faltando fundamentação legal, visto que os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96, e acompanhados das respectivas provas representadas por demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, além de cópias de documentos fiscais, necessárias à demonstração dos fatos arguidos, sendo respeitada a ampla defesa e contraditório. Assim, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo autuado.

Quanto ao pedido do autuado de diligência para a revisão do lançamento, entendo desnecessário pois tal providência foi efetuada pelo próprio autuante, conforme será apreciado mais adiante.

No mérito o defendente apresentou o seu inconformismo asseverando que o Autuante teria incluído indevidamente no seu levantamento as seguintes operações:

(i) Produtos da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA:

CARNE BOVINA COXAO DURO KG
CARNE BOVINA PALETA S/OSSO KG
CARNE MOIDA KG (Div. descr.)
CARNE MOIDA INATURA KG
IOGURTE DOURADINHO MORANGO 45G
MUSCULO BOVINO KG

(ii) Produtos ISENTOS

SEMENTE DE GIRASSOL GRAO VERDE
MILHO PAINCO GRAO VERDE 500G

(iii) Produto com redução da Base de Cálculo prevista no Art. 268, inciso XIV, do RICMS/BA:
Saídas Interestaduais de CARNES

(iv) OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS INTERNAS entre os estabelecimentos da Empresa

Em sede de informação fiscal, a fiscalização acatou em parte o argumento defensivo relacionado ao item (i) excluído as operações relativas aos itens CARNE BOVINA, CARNE MOÍDA, MÚSCULO, SABÃO (em 2014) e FUMO TREVO (em 2015), com o que concordo por se tratar de produtos enquadrados no Anexo 1 do RICMS/2012 – mercadorias da Substituição Tributária.

Também concordo com a não aceitação do autuante atinente ao produto IOGURTE DOURADINHO MORANGO 45G por restar comprovado tratar-se de uma sobremesa láctea (pettit suisse) NCM é 0406.1090, portanto, não incluída no regime da Substituição Tributária, devendo ser tributado normalmente a 17%, como procedeu a fiscalização.

Em relação ao item (ii) o autuante esclareceu que os itens indicados pelo defendente, produtos SEMENTE DE GIRASSOL e MILHO PAINCO não estão relacionados em nenhum dos incisos dos Art. 264 e 265 do RICMS/2012 que tratam da ISENÇÃO, por isso são tributados normalmente, entendimento este que acompanho.

No item (iii) o autuante manteve a exigência, com a qual concordo, esclarecendo que para os produtos CHARQUE e JEREBEEF foi obedecida a legislação vigente pois há previsão de Redução de Base de Cálculo (Art. 268, LI, do RICMS/2012) a partir de 10/07/2014, e neste caso, no período de 01/01/2014 até 09/07/2014 tais produtos deveriam ter sido tributado normalmente sem redução alguma, procedimento este não adotado pelo defendente, conforme se verifica através do exemplo trazido pelo autuante ao indicar a NF 7656, emitida em 27/05/2014, referente a venda do produto AT CARNE SECA, onde a alíquota informada pelo contribuinte foi “0”, quando deveria ter sido “17%”, período sem redução de Base de Cálculo.

A partir de 10/07/2014, a fiscalização concedeu a redução da Base de Cálculo de 29,410%, de forma que a carga tributária incidente para CHARQUE e JERKEDBEEB correspondeu a 12%, conforme se verifica, a título de exemplo, através da NF 8467, emitida em 10/07/2014, referente ao Item 006 cuja valor é de R\$ 335,70, onde foi aplicada a Redução de 29,410%, resultando na Base de Cálculo do ICMS reduzida definida pela auditoria (VlBcRedAud) de R\$ 236,97, e assim, para todos os produtos classificados como CARNE SECA, a partir de 10/07/2014.

No que diz respeito ao item (iv) **OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS INTERNAS** entre os estabelecimentos da Empresa, apesar de inicialmente o autuante ao prestar a Informação Fiscal não concordar com os argumentos defensivos, na diligência solicitada por esta Junta de Julgamento procedeu as exclusões relativas às referidas operações, procedimento este que se encontra em consonância com o entendimento já consolidado deste Conselho de que, para as transferências internas, do mesmo titular, dentro do Estado, não há qualquer prejuízo aos cofres do Estado.

Nesta linha de raciocínio também foi editado pela Procuradoria Geral do Estado (PGE), o **Incidente de Uniformização nº 2016.169506-0**, com o seguinte enunciado: “*não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular*”. Na mesma esteira, cito ainda a Súmula CONSEF nº 08 que diz, em inteiro teor:

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

Em conclusão, acato as exclusões promovidas pelo autuante, conforme a fundamentação de cada item acima colocada, restando o ICMS a recolher, conforme o demonstrativo de débito às fls. 68 a 69, elaborado pelo autuante, no valor de R\$ 14.794,47.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300766.0010/18-0**, lavrado contra **ATACADÃO DM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar do recolhimento do imposto de **R\$ 14.794,47**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR