

A. I. Nº - 281231.0005/19-7
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO PORTO CARMO
ORIGEM - DAT SUL / INFAS COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08/08/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0132-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. O Autuado apresenta elementos com o condão de elidir em parte a acusação. Infração parcialmente procedente; **b)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Infração Parcialmente subsistente; **c)** SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Infração parcialmente caracterizada nos autos de acordo com levantamento fiscal; **d)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Infração não contestada; **e)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Infração não contestada. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração não impugnada. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. O sujeito passivo não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente; **b)** ERRO NA DEDERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração insubstiente. Indeferido pedido de diligência. Preliminar de nulidade não acolhida. Preliminar de decadência parcialmente acatado. Negado pedido de redução ou cancelamento das multas aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 03/05/2019, exige crédito tributário no valor de R\$ 140.619,38, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.03. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Exige ICMS no valor de R\$ 13.085,05, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 19 a 35 e CD à fl. 71;

Infração 02 - 01.02.20. Utilização indevida crédito fiscal de ICMS e lançamento de documentos fiscais em duplicidade, nos meses de janeiro e setembro de 2014. Exige ICMS no valor de R\$ 499,03, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 37 e CD à fl. 71;

Infração 03 - 01.02.26. Utilização indevida crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Exige ICMS no valor de R\$ 30.791,09, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 39 a 54 e CD à fl. 71;

Infração 04 - 01.02.40. Utilização indevida crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses janeiro a julho de 2015. Exige ICMS no valor de R\$ 1.482,46, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 56 e 57 e CD à fl. 71;

Infração 05 - 01.02.42. Utilização indevida crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Exige ICMS no valor de R\$ 75.636,06, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 59 e CD à fl. 71;

Infração 06 - 02.01.03. Falta de recolhimento ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a agosto, outubro e novembro de 2014, janeiro, fevereiro, maio, junho, agosto, outubro a dezembro de 2015. Exige ICMS no valor de R\$ 1.574,09, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 61 e 62 e CD à fl. 71;

Infração 07 - 03.02.04. Recolhimento a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Nas saídas registradas em ECF, conforme demonstrativo anexo, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Exige ICMS no valor de R\$ 637,14, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 64 e CD à fl. 71;

Infração 08 - 03.02.05. Recolhimento a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Exige ICMS no valor de R\$ 16.914,46, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 66 e CD à fl. 71.

O Autuado impugna o lançamento fls. 74 a 89, nos termos a seguir resumidos.

Inicialmente, observa que se está diante da clara decadência da exigibilidade das obrigações referentes ao período de 01/01/2014 a 30/04/2014 não podem prosperar por conta da decadência explícita no inciso V, do art. 156, do Código Tributário Nacional.

Aponta para a necessidade da lavratura do Auto de Infração, ordinariamente, ser realizada no local onde se encontra estabelecida, e, em não sendo possível, por razões fundamentadas e excepcionais, admite-se que também, sejam lavrados na repartição fazendária ou no local onde se apurar a infração.

Assinala que tal obediência a regra geral, deve-se a clara preocupação do legislador de não autorizar o agente da fiscalização a adiar a aplicação da penalidade, ao prescrever que se lavre o auto no local da inspeção sob pena de o auditor fiscal ser responsabilizado.

Cita que, malgrado faça referência ao local da lavratura, a intenção não foi a de situar a punição no espaço, mas sim no tempo. O que se exige é a punição imediata. E se o Auditor Fiscal não encontrar o responsável pela empresa na frente de trabalho, melhor seja que o localize em sua sede ou escritório central.

Afirma que a lavratura dos autos de infração deve, necessariamente, ocorrer no local da inspeção. Pontua que, não tendo sido observado esse requisito, o Auto de Infração é nulo.

Assevera que, com relação a clareza e precisão que se exige no Processo Administrativo Fiscal, não pode se curvar a decisão ora combatida, haja vista que é cristalino que a infração lavrada, fora do ambiente comercial do Autuado, não contém elementos fundamentais ao bom exercício do direito de defesa e do contraditório.

Frisa que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Autuante, conforme o demonstrado em quadro que diz apresentar. Tal fato, por si só, eiva de nulidade os autos de infração lavrados, pois desobedece ao art. 142, do CTN, que reproduz.

Destaca que a igualdade constitucional que prevê a plena defesa, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as notificações aqui objeto, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, cerceando sua plena defesa.

Afirma que, não possuindo as condições de exigibilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nulo o Auto de Infração, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário.

Cita o posicionamento da jurisprudência pátria neste sentido: Ac. n.º 101-79.775/90-Revista de Estudos Tributário 2º Semestre de 1999.

Afirma que se impõe a revisão da decisão proferida no acórdão ora combatido, para acolher a preliminar suscitada na impugnação, pelas razões de direito largamente expostas, encerrando o auto de infração, por ser flagrante sua nulidade.

Afirma ser característica do ICMS o princípio constitucional da não cumulatividade, isso porque em cada operação ou prestação é assegurada ao contribuinte uma dedução correspondente aos montantes cobrados nas operações ou prestações anteriores.

Observa que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação.

Registra que a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar: *i*) - a entrada da mercadoria e a prestação do serviço por ele tomado ou a aquisição de sua propriedade e; *ii*) - o direito à utilização do crédito.

Menciona que o contribuinte tem direito ao crédito do imposto em relação às mercadorias adquiridas com o imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta-corrente fiscal, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento. Assinala que os créditos que utilizou foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal correspondente, todos devidamente comprovado nos autos.

Observa que, estando suspensa e exigibilidade do tributo e face a interposição da presente defesa, as multas aplicadas pelos autos de infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Diz que já são várias as agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta. Ademais, habitualmente as leis são confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói nosso País. Tal fato pode ser observado no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresas nacionais, no tocante a importação e consequente sujeição a tributação do não menos confuso ICMS.

Frisa que ao proceder a importação de produtos, a empresa é obrigada a recolher a alíquota de ICMS sobre o valor da mercadoria, para depois creditar-se deste valor em seus livros fiscais.

Observa que o valor alocado pelas notificações e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor, citando o art. 150, da CF/88.

Destaca que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a notificada, o qual não consta nos autos de infração.

Diz que o Auto de infração esbarra na inexistência de liame legislado entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo essa ausência de liame restar declarada judicialmente.

Consigna que, em prevalecendo o crédito tributário exigido pelo Fisco Estadual, caracterizado estarão o confisco, pois, o imposto e seus acréscimos são superiores à capacidade econômica do contribuinte.

Infração 01 - Frisa que está indevidamente incluído no levantamento fiscal o produto “alho” excluído da isenção conforme o inciso I, do art. 265, do RICMS-BA/12, cujo teor transcreve.

Observa que, por isso, devem ser excluídas as operações com alho, portanto, os valores que indica em planilha às fls. 82 a 85.

Afirma que devem também ser excluídos os produtos (Expositores), porque são tributados, que elenca em planilha à fl. 85, que resulta no valor devido é de R\$ 3.351,84, para essa infração

Infração 02 - Reconhece a falha de lançamento referente ao mês 09/2014, no valor de R\$ 296,11 porque o lançamento referente ao mês 01/2014 encontra-se alcançados pela decadência.

Infração 03 - Afirma que está contido nesta infração cobrança de crédito indevido sobre óleo de canola, cuja tributação não obedece a regra de redução da base de cálculo prevista no inciso XXII, do art. 268, do RICMS-BA/12, devendo ser excluídas.

Infração 07 - Cita que são 3.498 lançamentos para cobrar diferença total de R\$ 637,14 cuja diferença média se situa em R\$ 0,18 por produto.

Frisa que o valor das operações que servem de base para comparativo de cálculo é de R\$ 3.151.628,84 e o valor cobrado corresponde a 0,02%.

Afirma se tratar, então, de arredondamento de valores feitos pelos sistemas, que é normal em produtos com valores e quantidades fracionadas.

Diz que o programa Excel, mundialmente utilizado, faz arredondamentos para valores fracionados.

Arremata assinalando merecer reforma, para que seja apurado o valor correto.

Infração 08 - Registra que produtos isentos e com fase de tributação encerrada, foram indevidamente incluídos no levantamento, conforme, planilha que acosta às fls. 86 e 87.

Afirma que o Autuante, deixou de observar as notas fiscais referentes a baixa de estoque, identificadas pelo CFOP 5.927, por perda, cuja tributação não deve incidir à alíquota de saída. Conforme prevê o art. 312, § 5º, combinado com o inciso IV, do RICMS-BA/12, no caso de perda o valor do imposto creditado na entrada deve ser estornado. Isso motivou o valor lançado a menos nos documentos fiscais.

Observa que no mês 08/2014 foi encontrado um valor bastante elevado em relação aos meses anteriores, motivado pela baixa de estoque de produtos não adquiridos para comercialização, como margarina em balde de 15 kg, utilizados na panificação.

Por isso, afirma que devem ser excluídos do levantamento todos os documentos emitidos para “baixa de estoque” CFOP 5.927.

Posssegue frisando que ainda devem ser excluídas as transferências referentes a cesta básica uma vez que esta é composta de produtos isentos, tributados anteriormente por substituição tributária e tributado, sendo que a base de cálculo nos mesmos lançada corresponde, tão-somente, às mercadorias tributadas, conforme planilha que colaciona.

Invoca dispositivo vigente à época que reduziu a alíquota de leite para 7%, inciso XXV, do art. 268, do RICMS-BA/12, cujo teor reproduz

Diz que após as exclusões, conforme demonstrativo em anexo, fica reconhecido, consoante planilha que colaciona à fl. 88, o valor a pagar de R\$ 6.117,85.

Registra que conforme preceitua a sua regra matriz na Constituição Federal, o ICMS é um imposto de natureza notadamente mercantil, que tem como fato gerador operações de circulação de mercadorias. Desconsiderando as operações em que haja substituição tributária, as operações onde geralmente ocorre o fato econômico-jurídico que gera a obrigação do pagamento do ICMS são as saídas, pois estas, em sua maioria, representam o fato econômico - venda - que completa o ciclo operacional crédito-débito nas apurações do imposto.

Conclui requerendo o acolhimento de suas razões recursais expostas, para reformar o Auto de Infração, para acolher a preliminar suscitada e suas consequências, ou em sendo outro o entendimento, que seja, no mérito, julgado improcedente, pelas razões expostas.

O Autuante presta informação fiscal fls. 93 a 98, nos termos resumidos a seguir.

De início registra que o Auto de Infração está acompanhado de todos os demonstrativos relacionados às infrações acima descritas, salientando-se que tanto foram entregues cópias impressas, conforme atestam os documentos presentes ao processo, como em meio digital, devidamente registrada a entrega no recibo de fls. 67.

Informa que no Auto de Infração, acompanhado dos demonstrativos, estão presentes todos os elementos formadores da obrigação tributária, fornecendo todas as informações para demonstrar a materialidade das infrações apontadas

Observa que a empresa apresenta defesa arguindo, de início, Decadência para o período de 01.01.2014 à 30.04.2014. Esclarece que a matéria sofreu mudança em virtude revogação do § 5º, do art. 107-B, do COTEB, tendo em vista entendimento que passou a ser adotado pela PGE seguindo decisão do STF. Diz que o CTN prevê dois tipos de contagem para o início de contagem para o prazo decadencial. O previsto no art. 173, que se dá quando não há recolhimento; e o contido no § 4º, do art. 150, que se dá a partir do fato gerador. No entanto, salvo engano, as infrações descritas no auto de infração, não se enquadram nessa última hipótese, haja vista a exceção contida no dispositivo legal (art. 150, § 4º, do CTN), tendo em vista que o contribuinte adotou procedimento acarretando recolhimento a menos.

Arremata destacando que não procede o argumento defensivo arguido a respeito de eventual decadência.

No tocante a preliminar de nulidade, diz que o Autuado argui que o Auto de Infração deveria ser lavrado, ordinariamente, onde está estabelecida. No entanto, em sua própria defensiva admite que também seja lavrado na “repartição fazendária”.

Observa que o procedimento fiscal seguiu o determinado no § 1º, do art. 39, do RPAF-BA/99. Neste dispositivo legal está previsto a possibilidade da lavratura na repartição fiscal, local em que se deu a lavratura do auto de infração, após recebimento de livros e documento fiscais do fiscalizados, bem como de todas as verificações necessárias e constantes nos roteiros de fiscalização contidas na Ordem de Serviço.

Adiante a empresa menciona “falta de discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Autuante.

Quanto a essa alegação tece as seguintes considerações: a uma - os demonstrativos trazem com total clareza as notas fiscais, data, descrição de mercadorias, valores, percentual de multa, etc. Enfim, ao contrário do afirmado, no processo estão presentes todos os elementos necessário para o exercício da plena defesa. A duas - apesar de mencionado, a defesa não traz “quadro” algum em que demonstre a que se refere seu questionamento.

Quanto à menção da Defesa de uma suposta alegação de falta de recolhimento de ICMS, momento em que questiona sobre direito a crédito fiscal. Afirma que a alegação não aponta com

objetividade a que se refere. A auditoria fiscal resultou, entre outros papéis de trabalho, na identificação das infrações tributárias acima descritas, identificadas, com os devidos detalhamentos, nos demonstrativos que integram o auto de infração, onde de uma simples verificação constata-se a total impertinência desses argumentos defensivos, haja vista que os créditos fiscais estão adequadamente identificados e considerados nos levantamentos fiscais efetuados.

Ressalta, conforme mencionado acima, que houve entrega ao Autuado desses demonstrativos, tanto em meio como físico, o que se pode verificar nas assinaturas postas pelo representante da empresa em cada um deles, como em meio magnético, atestado pelo recibo de fls. 67, cuja teor também integra o processo, conforme Mídia/CD de fls. 01.

Em relação ao mérito diz que analisará todos os argumentos apresentados para cada uma das infrações.

Infração 01 - alega que foi incluído no levantamento o produto alho - por não ser isento, conforme disposto no inciso I, do art. 265, do RICMS-BA/12.

Afirma que, efetivamente se trata de produto tributado. Convém registrar que o equívoco decorreu no momento da parametrização deste produto no sistema de auditoria corporativo SIAF - Sistema Integrado de Auditoria Fiscal. Esta rotina consiste em estabelecer, tendo-se como base a nomenclatura e o código do NCM de cada produto, o tratamento tributário de cada um dos produtos comercializados pela empresa sob ação fiscal. Neste caso, há 12.536 registros no sistema a serem considerados. Portanto, embora indesejável, possível de falha humana na sua laboração. Especificamente ao produto alho, ainda houve uma alteração no Convênio ICMS 44/75, momento em que o produto Alho era isento, passando a ser tributado em virtude da alteração imposta pelo Convênio ICMS 07/80.

Isto posto, diz restar retificado, salvo engano, os valores relacionados a este produto. Para tanto, faz-se juntada de nova planilha em Excel, tanto analítica (meio magnético), como sintética (demonstrativo resumido do débito mensal - impresso e em meio digital).

Quanto aos demais produtos alegados, esclarece:

- peixe bacalhau do porto 11/15 - a alínea "e", do inciso II, do art. 265, do RICMS-BA/12, que vigeu até 31.05.2016, estabelecia isenção para pescado, exceto para pescado enlatado, cozido, seco, ou salgado – o produto tem como NCM (vide demonstrativo que compõe o Auto de infração) 03031900 - segundo a tabela NCM – o código 03 - destina-se ao produto peixes, crustáceos, moluscos e outros invertebrados aquáticos. O Subgrupo 0303 é para peixe congelados, exceto filés da 0304, também para congelados. Por fim, a posição 03031900 - como outros desse grupo. Por isso assevera que o produto em análise não se enquadra entre as exceções estabelecidas no dispositivo regulamentar acima mencionado.

Quanto aos demais produtos – Expositor Garrafa, Expositor Plasvale Cestão Ponta de Gôndola, Expositor HB Ponta de Gôndola, Expositor 005 0,70 x 2,35 Ganchos e Cesto para Expositor Regina – informa que correspondem a produtos utilizados no estabelecimento para exposição de produtos, portanto não destinados à comercialização.

Infração 02- Menciona que o Contribuinte reconhece parte do débito, contestando, apenas, em relação a arguição de decadência. Sobre este aspecto, reitera a argumentação feita quando das informações prestadas sobre as preliminares levantada pelo autuado.

Infração 03 - Afirma que a empresa, apenas, questiona a cobrança de ICMS indevida sobre a mercadoria Óleo Canola. Efetivamente foi incluída nesta infração o produto mencionado na defesa. Analisando as razões da inclusão indevida no levantamento fiscal percebe-se que a

mercadoria foi classificada pelo contribuinte, em ralação ao NCM, erroneamente. Para esta mercadoria foi colado na escrita fiscal (SPED FISCAL/EFD) o NCM 15079011, que é para óleo de soja em recipiente igual ou inferior à 05 lts.

Conforme explicado acima, no tocante a Infração 01, no momento da parametrização no Sistema SIAF utiliza-se a nomenclatura e código de NCM de cada item.

Assinala que excluiu do levantamento fiscal este produto, resultando num valor total de R\$ 30.601,42. Para demonstrar os valores mensais faz-se juntada de planilhas Resumo (impressa e em meio digital) e analítica (digital), fl. 103.

Infração 07 - Observa que o Impugnante reclama que a diferença apontada resulta de aproximação efetuada pelo sistema Excel. Analisando a planilha analítica que integra o processo ("INF 07 ICMS PAGO A MENOR SAIDAS ECF ERRO DE CALCULO LISTA"- vide CD)), através do comparativo dos valores apurados na auditoria - coluna "VlIcmsCalc" com os valores informados pelo contribuinte da coluna "vlicms", constata-se que a diferença não decorre de aproximação, conforme protesta o autuado. Explica que os valores que constam em cada uma dessas colunas, por exemplo, na primeira linha da planilha, têm-se para o valor informado pelo contribuinte (que compõe sua escrituração fiscal) o valor de R\$ 45,50, enquanto o valor apurado na auditoria (coluna "VlIcmsCalc") corresponde a R\$ 45,62. Portanto, mesmo que se permitisse, para fins fiscais, a aproximação baseada na definição física de "ordem de grandeza", teríamos para R\$ 45,62, após aproximação, R\$ 45,60.

Assinala que tendo o ICMS a ser lançado e pago como resultado da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo, não cabendo, à luz da legislação sobre a matéria, possibilidade de "arredondamentos", conforme aduz a autuada.

Infração 08 - Diz que foi apresentada, inicialmente, relação de mercadorias que afirma ser isenta. No tocante ao produto arroz - a legislação do ICMS deste Estado prevê isenção para o produto "arroz", conforme disposto na alínea "c", do inciso II, do art. 265 do RICMS-BA/12. Esta isenção decorre de autorização estabelecida pelo Convênio ICMS 224/17, onde em sua Cláusula primeira estabelece: "Ficam os Estados do Acre, Amapá, Bahia e Paraná autorizados, na forma e condições definidas em sua legislação, a conceder isenção do ICMS nas operações internas com produtos essenciais ao consumo popular, que compõem a cesta básica". Portanto, salvo engano, as mercadorias relacionadas na defesa pelo contribuinte, especificamente os tipos de arroz apontados (Cateto, Momui Verde, Arbório, para Cães), não são isentas, já que não se enquadram no conceito de "cesta básica", ou seja, para consumo popular.

Ainda em relação a arroz, afirma que se tem outras situações que não se enquadram na hipótese de isenção em decorrência de serem mercadorias diversas da espécie arroz, propriamente dita. Trata-se de mercadoria resultante da industrialização do produto arroz, inclusive, em algumas situações com adição de outros produtos. Neste rol estariam as seguintes mercadorias apontadas pelo contribuinte: Arroz Tio João Cozinha Fácil com Curry, Arroz Tio João Cozinha Fácil com Brócolis, Arroz Tio João Cozinha Fácil com Galinha, Arroz Tio João Cozinha Risoto a Parm e Arroz Integral Cateto C/Grão Mae Terra.

Afirma que, ainda em relação às mercadorias relacionadas na Defesa, também não se incluem na previsão de isenção, as mercadorias Amendoim, pois sem previsão legal, bem como cereja, tendo em vista que a previsão de isenção contida no art. 261, inciso I, "a" do RICMS-BA/12, em consonância com o Convênio ICMS 44/75, a isenção é para frutas frescas, portanto não industrializadas, enquanto que a mercadoria em questão tem a classificação no código NCM de 20086010, que corresponde a cereja "em água edulcorada, incluindo os ou xaropes".

No tocante ao CFOP 5.927 – observa que o valor lançado no Auto de Infração, conforme se infere na planilha relacionada a esta infração, resulta de erro na determinação de base de cálculo. Esclarece que o próprio contribuinte tributou essas operações, embora com base de cálculo a menos do que o valor de cada item, conforme informa sua própria escrita fiscal. Ademais, caso essas operações correspondessem ao que se prestaria o CFOP 5.927 (baixa de estoque) o contribuinte deveria adotar o procedimento de estorno do crédito fiscal correspondente as mercadorias baixadas do estoque por perda, diante do estatuto no inciso IV, do art. 312, do RICMS-BA/12. Procedimento que não foi adotado, segundo se verifica em sua escrita fiscal.

Ainda em relação a Infração 08, observa que o contribuinte questiona que deveria ser excluído do levantamento fiscal as mercadorias “cesta básica meira”. Percorrendo a planilha analítica relacionada “INF 08 ICMS PAGO A MENOR ERRO NA DETERMINAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO LISTA NFE”, não se visualiza inclusão deste item.

No que diz respeito ao questionamento ainda sobre a redução de base de cálculo de ICMS para a mercadoria leite em pó. Explica que o benefício previsto para este produto, na época em que ocorreram os fatos geradores, era condicionado para que seja fabricado neste Estado, conforme preceitua o art. 268, XXV, do RICMS-BA/12. Verifica-se que em relação aos produtos La Serenissima, que é de fabricação do grupo Leite Sol, não possui unidade fabril neste Estado, conforme consulta a seu endereço na Rede Mundial de Computadores/ internet : <http://www.leitesol.com.br/empresa>. O mesmo ocorrendo em relação aos produtos Itambé - <https://www.itambe.com.br/portal/sobre>.

Acrescenta que, em relação aos demais produtos relacionados, a exemplo dos da marca do grupo Nestlé, considerando que a escrita fiscal do contribuinte não apresenta em suas entradas, notas fiscais de aquisições diretas dos fornecedores, mas, sim, recebidas em transferências, tomou-se como base suas entradas, onde se verificam que todas relacionadas ao produto Leite em Pó, ocorreram sem redução de base de cálculo, ou seja, com base de cálculo integral (correspondente ao valor do produto), além de alíquota de 17%.

Destaca que a escrita fiscal do contribuinte Escrituração Fiscal Digital - EFD, em formato txt, integra os arquivos anexados à Mídia/CD de fls. 71, entregue cópia ao contribuinte, conforme recibo de fls. 67.

Diz que o Autuado abordou, também, considerações sobre princípio do não confisco. Destaca que salvo melhor juízo, matéria não afeita ao processo administrativo fiscal.

Conclui pugnando que o Auto de Infração seja julgado procedente na sua integralidade.

O Defendente se manifesta às 108 a 109, acerca da informação fiscal nos seguintes termos.

Decadência: Equivocado se mostra o entendimento do Informante, face às reiteradas decisões do Conselho de Fazenda Baiano. Não vemos o que contestar visto que a contestação é o próprio entendimento reiterado do órgão julgador sobre a matéria.

Infração 01 - Diz o Autuante que excluiu o produto “alho importado” do levantamento porém não apresenta nova planilha com a retificação, limitando-a a listar o valor que entende remanescente, por período de apuração. Não é possível “conferir” a origem dos números que finaliza.

Quanto aos produtos “expositores”, informa sua concordância com a posição da fiscalização.

Infração 02 - Afirma que o Autuante insiste em contestar a decadência, em desrespeito à posição do Órgão Julgador.

Infração 03 - Destaca que da mesma forma o Autuante exclui produtos alegados na Defesa mas o faz sem o demonstrativo, impossibilitando a “conferência” sobre os números a que chega.

Infração 07 - Observa que o Autuante não ataca o mérito da matéria alegada na defesa.

Infração 08 - O Autuante faz um discurso na tentativa de se esquivar da apreciação do mérito em sua inteireza, e manter o valor reclamado. Todavia os argumentos são diversos do alegado na defesa e não servem para contestar os argumentos nela contidos.

A 3^a JJF, em pauta suplementar, decidiu converter o PAF em diligência, fl. 113, para que o Autuante prestasse informação fiscal enfrentando todas as alegações da Defesa.

Cumprida a diligência solicitada, o Autuante apresenta o resultado às fls. 116 a 121, nos termos que se seguem resumidos.

Inicialmente explica que a menção da não entrega de cópia das planilhas retificadoras das Infrações 01 e 03 contrapõe-se às informações contidas no termo de intimação de fl. 104, onde consta, expressamente que foi enviada junto à informação fiscal “Mídia” A informação fiscal foi prestada, juntada ao processo, fls. 93 a 98, acompanhadas das planilhas resumos das retificadoras, bem como de CD - Mídia - contendo arquivo em Excel tanto da planilha resumo, como das planilhas analíticas, onde constam todas as relações de notas fiscais que fundamentaram as retificações do levantamento - vide CD fls. 103.

Informa que está encaminhando o processo à Coordenação de Cobrança desta INFRAZ, para que proceda novamente a entrega de CD contendo as planilhas retificadoras para as Infrações 01 e 03, conforme informado na oportunidade de prestarmos à informação fiscal, fls. 93 a 103.

Quanto as demais alegações formuladas na manifestação da autuado, fls. 108 e 109, reitera as informações que prestou anteriormente.

Registra que o Auto de Infração está acompanhado de todos os demonstrativos relacionados às infrações acima descritas, salientando-se que, tanto foram entregues cópias impressas, conforme atestam os documentos presentes ao processo, como em meio digital, devidamente registrada a entrega no recibo de fl. 67.

Destaca que o Auto de Infração, acompanhado dos demonstrativos, estão presentes todos os elementos formadores da obrigação tributária, fornecendo todas as informações para demonstrar a materialidade das infrações apontadas. A empresa apresenta defesa arguido, de início, decadência para o período de 01.01.2014 à 30.04.2014. Lembra que a matéria sofreu mudança em virtude revogação do art. 5º, do art. 107 B, do COTEB, tendo em vista entendimento que passou a ser adotado pela PGE seguindo decisão do STF. Revela que CTN prevê dois tipos de contagem para o início de contagem para o prazo decadencial. Destaca que o previsto no art. 173, que se dá quando não há recolhimento; e o contido no § 4º, do art. 150, que se dá a partir do fato gerador. No entanto, salvo engano, as infrações descritas no auto de infração, não se enquadram nessa última hipótese, haja vista a exceção contida no dispositivo legal (art. 150, art. 4º, do CTN) tendo em vista que o contribuinte adotou procedimento acarretando recolhimento a menor

Sustenta não proceder o argumento defensivo arguido a respeito de eventual decadência.

Quanto à Preliminar de Nulidade - diz que o Autuado argui que o auto de infração deveria ser lavrado, ordinariamente, onde está estabelecida. No entanto, em sua própria defensiva admite que também seja lavrado na “repartição fazendária”.

O procedimento fiscal seguiu o determinado no § 1º, do art. 39, do RPAF-BA/99. Neste dispositivo legal está previsto a possibilidade da lavratura na repartição fiscal, local em que se deu a lavratura do auto de infração, após recebimento de livros e documento fiscais do fiscalizados, bem como de todas as verificações necessárias e constantes nos roteiros de fiscalização contidas na Ordem de Serviço.

Adiante a empresa menciona a falta de discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Autuante, conforme demonstrado em quadro que diz apresentar, observa que em relação a essa alegação teceu as seguintes considerações: a uma - os demonstrativos trazem com total clareza as notas fiscais, data, descrição de mercadorias, valores, percentual de multa etc. Enfim, ao contrário do afirmado, no processo estão presentes todos os elemento necessário para o exercício da plena defesa. A duas - apesar de mencionado, a defesa não traz “quadro” algum em que demonstre a que se refere seu questionamento.

Diz que após isso, o Autuado faz menção uma suposta alegação de falta de recolhimento de ICMS, momento em que questiona sobre direito a crédito fiscal. Afirma que a alegação não aponta com objetividade a que se refere. A auditoria fiscal resultou, entre outros papéis de trabalho, na identificação das infrações tributárias acima descritas, identificadas, com os devidos detalhamentos, nos demonstrativos que integram o auto de infração, onde de uma simples verificação constata-se a total impertinência desses argumentos defensivos, haja vista que os créditos fiscais estão adequadamente identificados e considerados nos levantamentos fiscais efetuados.

Ressalta, conforme mencionado acima, que houve entrega ao autuado desses demonstrativos tanto em meio físico, o que se pode verificar nas assinaturas postas pelo representante da empresa em cada um deles, como em meio magnético, atestado pelo recibo de fl. 67, cuja teor também integra o processo, conforme Mídia/CD de fl. 71.

Infração 01 - alega que foi incluído no levantamento o produto alho - por não ser isento, conforme disposto no inciso I, do art. 265, do RICMS-BA/12.

Diz que, efetivamente, se trata de produto tributado. Convém registrar que o equívoco decorreu no momento da parametrização deste produto no sistema de auditoria corporativo Sistema integrado de Auditoria Fiscal - SIAF. Esta rotina consiste em estabelecer, tendo-se como base a nomenclatura e o código do NCM de cada produto, o tratamento tributário de cada um dos produtos comercializados pela empresa sob ação fiscal. Neste caso, há 12.536 registros no sistema a serem considerados. Portanto, embora indesejável, possível de falha humana na sua laboração. Especificamente ao produto alho, ainda houve uma alteração no Convênio ICMS 44/75, momento em que o produto Alho era isenta, passando a ser tributado em virtude da alteração imposta pelo Convênio ICMS 07/80.

Isto posto, resta retificar, salvo engano, os valores relacionados a este produto. Para tanto, faz-se juntada de nova planilha em EXCEL, tanto analítica. (meio magnético), como sintética (demonstrativo resumido do débito mensal - impresso e em meio digital).

Quanto aos demais produtos alegados, cumpre esclarecer:

- peixe bacalhau do porto 11/15 - a alínea “e”, do inciso II, do art. 265, do RICMS-BA/12, que vigeu até 31.05.2016, estabelecia isenção para pescado, exceto para pescado enlatado, cozido, seco, ou salgado - o produto tem como NCM (vide demonstrativo que compõe o auto de infração).03031900
- segundo a tabela NCM - o código 03 - destina-se ao produto peixes, crustáceos, moluscos e outros invertebrados aquáticos. O Subgrupo 0303 é para peixe congelados, exceto filés da 0304, também para congelados. Por fim, a posição 03031900 - como outros desse grupo. Portanto, o produto em análise não se enquadra entre as exceções estabelecidas no dispositivo regulamentar acima mencionado.

Quanto aos demais produtos - Expositor Garrafa, Expositor Plasvale Cestão Ponta de Gôndola, Expositor HB Ponta de Gôndola, Expositor 005 0,70 x 2,35 Ganchos e Cesto para Expositor Regina –

destaca que correspondem a produtos utilizados no estabelecimento para exposição de produtos, portanto não destinados à comercialização.

Infração 02- Frisa que o contribuinte reconhece parte do débito, contestando, apenas, em relação a arguição de decadência. Sobre este aspecto, reitera a argumentação feita quando das informações prestadas sobre as preliminares levantada pelo autuado.

Infração 03 - Assinala que o Autuado questiona apenas, cobrança de ICMS indevida sobre a mercadoria Óleo Canola. Efetivamente foi incluída nesta infração o produto mencionado na defesa. Analisando as razões da inclusão indevida no levantamento fiscal percebe-se que a mercadoria foi classificada pelo contribuinte, em relação ao NCM, erroneamente. Para esta mercadoria foi colado na escrita fiscal (SPED FISCAL/EFD) o NCM 15079011, que é para óleo de soja em recipiente igual ou inferior à cinco litros.

Observa que, conforme explicado acima, no tocante a Infração 01, no momento da parametrização no Sistema SIAF utiliza-se a nomenclatura e código de NCM de cada item. Portanto, restou excluído do levantamento fiscal este produto, resultando num valor total de R\$ 30.601,42. Para demonstrar os valores mensais faz-se juntada de planilhas Resumo (impressa e em meio digital) e analítica (digital)

Infração 07 - Observa que o contribuinte reclama que a diferença apontada resulta de aproximação efetuada pelo sistema EXCEL. Analisando a planilha analítica que integra o processo “Infração 07 ICMS Pago a menor Saídas ECF Erro de Cálculo Lista”- vide CD, através do comparativo dos valores apurados na auditoria - coluna “VlIcmsCalc;” com os valores informados pelo contribuinte da coluna “vlicms”, constata-se que a diferença não decorre de aproximação, conforme protesta o Autuado. Destaca que os valores que constam em cada uma dessas colunas, por exemplo, na primeira linha da planilha, têm-se para o valor informado pelo contribuinte (que compõe sua escrituração fiscal) o valor de R\$ 45,50, enquanto o valor apurado na auditoria (coluna “VlIcirisCalc”;) corresponde a R\$ 45,62. Portanto, mesmo que se permitisse, para fins fiscais, a aproximação baseada na definição física de “ordem de grandeza”, teríamos para R\$ 45,62, após aproximação, R\$ 45,60.

Explica que de qualquer forma, tendo o ICMS a ser lançado e pago como resultado da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo, não cabendo, à luz da legislação sobre a matéria, possibilidade de “arredondamentos”, conforme aduz a autuada.

Infração 08 - apresentada, inicialmente, relação de mercadorias que afirma ser isenta. No tocante ao produto arroz - a legislação do ICMS deste Estado prevê isenção para o produto “arroz”, conforme disposto na alínea “c”, do inciso II, do art. 265, do RICMS-BA/12. Esta isenção decorre de autorização estabelecida pelo Convênio ICMS 224/17, onde em sua Cláusula primeira estabelece: “Ficam os Estados do Acre, Amapá, Bahia e Paraná autorizados, na forma e condições definidas em sua legislação, a conceder isenção do ICMS nas operações internas com produtos essenciais ao consumo popular, que compõem a cesta básica.” Portanto, reafirma que as mercadorias relacionadas na defesa pelo contribuinte, especificamente os tipos de arroz apontados (Cateto, Momui Verde, Arborio, para Cães), não são isentas, já que não se enquadram no conceito de “cesta básica”, ou seja, para consumo popular.

Ainda em relação a arroz temos outras situações que não se enquadram na hipótese de isenção em decorrência de serem mercadorias diversas da espécie arroz, propriamente dita. Trata-se de mercadoria resultante da industrialização do produto arroz, inclusive, em algumas situações com adição de outros produtos. Neste rol estariam as seguintes mercadorias apontadas pelo contribuinte: Arroz Tio João Cozinha Fácil com Curry, Arroz Tio João Cozinha Fácil com Brócolis,

Arroz Tio João Cozinha Fácil com Galinha, Arroz Tio João Cozinha Risoto a Parm e Arroz Integral Cateto C/Grão Mae Terra.

Prossegue frisando que, ainda em relação às mercadorias relacionadas na defesa, também não se incluem na previsão de isenção, as mercadorias Amendoim, pois sem previsão legal, bem como cereja, tendo em vista que a previsão de isenção contida no art. 261, inciso I, "a" do RPAF-BA/99, em consonância com o Convênio ICMS 44/75, a isenção é para frutas frescas, portanto, não industrializadas, enquanto que a mercadoria em questão tem a classificação no código NCM de 20086010, que corresponde a cereja "em água edulcorada, incluindo os ou xaropes".

No tocante ao CFOP 5.927 - o valor lançado no Auto de Infração, conforme se infere na planilha relacionada a esta infração, resulta de erro na determinação de base de cálculo. Observa que o próprio contribuinte tributou essas operações, embora com base de cálculo a menor do que o valor de cada item, conforme informa sua própria escrita fiscal. Ademais, caso essas operações correspondessem ao que se prestaria o CFOP 5.927 (baixa de estoque) o contribuinte deveria adotar o procedimento de estorno do crédito fiscal correspondente as mercadorias baixadas do estoque por perda, diante do estatuto no inciso IV, do art. 312, do RICMS-BA/12. Afirma que esse procedimento não foi adotado, segundo se verifica em sua escrita fiscal.

Ainda em relação a Infração 08 observa que o contribuinte questiona que deveria ser excluído do levantamento fiscal as mercadorias "cesta básica meira". Percorrendo a planilha analítica relacionada "Infração 08 - ICMS PAGO A MENOR ERRO NA DETERMINAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO LISTA NFE", não se visualiza inclusão deste item.

No que concerne à alegada redução de base de cálculo de ICMS para a mercadoria Leite em Pó, assinala que o benefício previsto para este produto, na época em que ocorreram os fatos geradores, era condicionado para que seja fabricado neste Estado, conforme preceitua o art. 268, XXV, do RICMS-BA/12. Frisa que em relação aos produtos La Sereníssima, que é de fabricação do grupo Leite Sol, não possui unidade fabril neste Estado, conforme consulta a seu endereço na Rede Mundial de Computadores/ internet: <http://www.leitesol.com.br/empresa>. O mesmo ocorrendo em relação aos produtos Itambé <https://www.itambe.com.br/portal/sobre>.

Já em relação aos demais produtos relacionados, explica que a exemplo dos da marca do grupo Nestlé, considerando que a escrita fiscal do contribuinte não apresenta em suas entradas, notas fiscais de aquisições diretas dos fornecedores, mas, sim, recebidas em transferências, tomou-se como base suas entradas, onde se verificam que todas relacionadas ao produto Leite em Pó, ocorreram sem redução de base de cálculo, ou seja, com base de cálculo integral (correspondente ao valor do produto), além de alíquota de 17%.

Destaca que a escrita fiscal do contribuinte Escrituração Fiscal Digital - EFD, em formato txt, integra os arquivos anexados à Mídia/CD de fls. 71, entregue cópia ao contribuinte, conforme recibo de fls. 67.

Em relação às considerações sobre princípio do não confisco, destaca que se trata de matéria não afeita ao processo administrativo fiscal.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

Em nova diligência solicitada pela 3^a JJF, fl. 123, foi determinada a entrega ao Autuado da cópia do resultado da diligência, inclusive da mídia CD gerada.

O Autuado se manifesta às 132 a 138, nos termos que se seguem.

Uma vez comprovada a tempestividade da defesa, passaremos a expor as razões de fato e de direito.

Assinala que as Infrações 01, 03 e 08 são fatalmente atingidas pela recente edição de Súmula pelo CONSEF, no sentido de que as operações em transferências internas entre estabelecimentos da mesma empresa não possuam a incidência do ICMS.

Observa que, não obstante a nulidade e improcedência da autuação, traz a empresa neste momento fato novo, não alegado em sede de Defesa Inicial, qual seja, o de que inúmeras Notas Fiscais contidas nos Relatórios base das Infrações 01, 03 e 08, são emitidas para simples transferências de produtos entre os estabelecimentos da Empresa, com o CFOP 5.152 (Transferência Interna) na Infração 08 e 1.152 nas Infrações 01 e 03, em que não há prejuízo econômico/financeiro para o Estado, haja vista que a Loja que recebe esta mercadoria, dentro do próprio Estado.

Registra que 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. Destaca que vários julgamentos já vêm sendo realizados com este entendimento.

Destaca, 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.

Traz a colação cópia do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.1699506-0.

Requer a empresa que sejam excluídas do levantamento as Notas Fiscais de Transferências Internas de mercadorias.

Como exemplo de Julgamento por parte do CONSEF, traz alguns exemplos de Acórdãos que tratam da matéria: ACÓRDÃO CJF Nº 0386-12/17, ACÓRDÃO CJF Nº 0345-11/17 e ACÓRDÃO CJF Nº 0344-11/17.

Frisa que, por via de consequência, o CONSEF editou Súmula Nº 08 com este entendimento, cujo teor reproduz.

Observa que grande parte das notas fiscais listadas nos demonstrativos se referem à Transferências Internas de mercadorias, quando não houve Circulação Econômica, o que enseja neste momento a autorização para que seja autorizada Diligência no sentido de 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. Na Infração 08, por exemplo, 100% das notas fiscais listadas são de transferências internas, com o CFOP 5.152.

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

Conclui requerendo seja determinada diligência e que seja reconhecida improcedência do Auto de Infração.

Os autos são convertidos em pela 3^a JJF, fl. 154, para que o Autuante enfrentasse todos os argumentos alinhados pelo Defendente em sua manifestação anterior.

O Autuante apresenta o resultado da diligência, fls. 157 a 159, destacando inicialmente que essa nova Diligência solicita manifestação a respeito dos argumentos trazidos pelo contribuinte - fls. 132 a 138:

- 1- Quanto ao prazo de manifestação, assunto pertinente ao preparo do processo - art. 131, inciso VII, do RPAF-BA/99 e;
- 2- Quanto ao alegado sobre operações em transferências, cumpre esclarecer que as Infrações 01 e 03 dizem justamente em relação a crédito indevido. Portanto, a alegação, embora entenda impertinente, conforme esclarecimentos a seguir, de não haver tributação nas operações em

transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, reforçaria o uso indevido de crédito, apontado na Infração 01.

Destaca que os fatos geradores e a lavratura do Auto de Infração ocorreram antes da aprovação da Súmula 08 do CONSEF (29.08.2019). Portanto, as operações de saídas sob o CFOP 5.152 foram tratadas pelo autuado como sendo sujeitas à tributação, haja vista a disposição contida no art. 4º, inciso I, da Lei 7.014/96, conforme se infere na planilha de apuração relacionada a Infração 08.

Assinala que o contribuinte/estabelecimento autuado, tanto se creditou do ICMS nas entradas das mercadorias relacionadas, CFOP 1.152, procedimento que se pode inferir nas informações constantes da planilha - lista de NFE, referente às Infrações 01 e 03, como transferiu (CFOP 5.152) as mercadorias com destaque de ICMS, portanto como direito ao uso de crédito nos seus estabelecimentos destinatários (própria empresa).

Diante da situação fática, diz constatar-se que o contribuinte não utilizou a norma que no seu antecedente considera como não tributada as transferências, até porquê, como dito, na época dos fatos/saídas não existia a Súmula 08. Exatamente de forma inversa, utilizou o antecedente da norma que literalmente prevê a incidência nas transferências (art. 45, da Lei 7.014/96), tendo como consequente a possibilidade de creditamento nas entradas sob transferência, como o fez, visto prever o dispositivo legal serem operações com saídas tributadas. Do mesmo modo, o fez nas saídas, tributando operações classificadas como transferências.

Indaga, como então, após ter utilizado o antecedente da norma legal citada, com a consequência de débito de ICMS nas saídas em transferência, desejar, no caso em concreto, utilizar-se de norma diversa (Jurisprudência Vinculante/Súmula 08 CONSEF/BA) que tratou as situações fáticas.

Destaca que o inciso I, do art. 45, da Lei 7.014/96 não sofreu declaração de inconstitucionalidade. Não houve, decisão com esse efeito, decorrente de controle concentrado de constitucionalidade. Ademais, como mencionado, não havia a edição da Súmula 08.

Afirma que não se está ignorando a jurisprudência sobre a matéria. O que se sustenta é que a norma jurídica jurisprudencial não molda, ou melhor, a situação em lide não se molda à hipótese do antecedente na norma jurisprudencial.

Pondera que se aplicar pura e simplesmente a norma definida na Súmula 08 do CONSEF não soluciona o conflito estabelecido no presente contencioso. Basta analisar um aspecto, de certa forma, crucial: O contribuinte se creditou de entradas sob CFOP 1.152 - recebimento em transferência. De outro lado, debitou-se (conta corrente ICMS) nas saídas sob CFOP 5.152 - transferência. Então, indaga se considerar-se-ia esses respectivos creditamento pelas entradas sob transferência como indevido. Afirma não lhe parece ser a decisão acertada. Observa que o contribuinte utilizou norma vigente (lei ICMS). Por outro lado, a situação não se enquadra nas hipóteses de utilização de crédito indevido.

Afirma restar demonstrado a necessidade de o julgamento enfrentar a situação conforme posta no presente trabalho de auditoria, não sendo a melhor solução analisar e decidir sob os fatos exclusivamente sob a descrição literal da norma estabelecida na Súmula 08, do CONSEF. Diz que a situação fática trazida aos autos, enseja a superação da regra estabelecida na mencionada súmula. Há essa possibilidade, e, o caso em exame recomenda ser essa a melhor solução. Sobre o tema traz a colação definição o jurista pátrio, Humberto Ávila.

Arremata reiterando todas as informações anteriormente prestadas, a exemplo das manifestações de fls. 93 a 98 e 116 a 121.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O Impugnante se manifesta às fls. 162 e 163, frisando inicialmente que, diante das indagações do Autuante trazidas em sua nova Informação Fiscal ora analisada, tem a informar que as Transferências Internas lançadas nas Infrações 01, 03 e 08, em epígrafe tiveram seu questionamento, por parte da fiscalização, de não aplicação da Sumula 08 do CONSEF haja visto que, mesmo diante da não alteração da Lei 7.014/96 quanto à sua tributação, a mesma é expedida no sentido de que sua classificação tributária é neutra para ambos os sujeitos tributários (ativo e passivo), pois não representa transmissão de propriedade, não representa mercancia.

Diz que no caso em que a empresa, nas notas fiscais em transferência de saída para outros estabelecimentos, realizou o débito, gerou crédito para as filiais destinatárias, independente do período da tributação, seja antes ou depois da edição da citada Súmula.

Afirma que no caso em que não tributou, o estabelecimento destinatário não aproveitou nenhum crédito.

Assinala que nos casos específicos das Infrações 01 e 03, que são referentes a Crédito Indevido, seja referente mercadorias isentas ou mercadorias com saídas subsequentes com redução de base de cálculo, da mesma forma, quando o estabelecimento Autuado recebeu estas mercadorias de outro estabelecimento da empresa, estas filias remetentes se debitaram em suas saídas e recolheram o ICMS Normal do mês com base na apuração entre créditos e débitos realizados, mesmo que tenham sido débitos indevidos, exemplo de mercadorias isentas. Mais uma vez, afirma não haver prejuízo ao Estado, pois o encontro de contas nas Transferências Internas possui efeito neutro.

Assevera que a exigência do estorno de crédito das Infrações 01 e 03, nas notas fiscais recebidas em transferência, representa prejuízo, pois embora o crédito seja tecnicamente incorreto, a empresa, através de outro estabelecimento remetente, efetuou o débito de forma indevida.

Sustenta que a edição de uma Súmula tem o condão de esclarecer e sedimentar entendimento sobre determinado tema, reafirmando que não é benéfico ao Ente Tributante persistir em efetuar cobranças que a jurisprudência já demonstrou ser contrária ao Fisco, notadamente pelo fato de que nas Operações em Transferências Internas não representam transmissão de propriedade, não se concretizam como mercancia, bem como não gera prejuízos ao Estado, como já demonstrado.

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

Por todo o exposto, conclui requerendo as reduções devidas, com a consequente declaração de improcedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

O Defendente suscitou preliminar de nulidade alegando ofensa à ampla defesa, pelo fato de que a lavratura do Auto de Infração foi realizada fora do ambiente comercial do estabelecimento autuado. Alegou também a falta de discriminação das notas fiscais e dos respectivos valores que serviram de amparo para os levantamentos fiscais que apuram a exigência das oito infrações.

Ao compulsar as peças que compõem a acusação fiscal e os elementos que emergiram do contraditório, constato que não assiste razão ao Defendente em nenhuma de suas pretensões, haja vista que ao contrário do alegado, inexiste qualquer óbice para lavratura de Auto de Infração fora do estabelecimento do Autuado é o que se depreende claramente do § 1º, do art. 39, do RPAF-BA/99, *in verbis*:

“Art. 39. O Auto de Infração conterá:

[...]

§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.”

Logo, resta claramente evidenciado que na legislação de regência inexiste qualquer impedimento para que Auto de Infração seja lavrado na Repartição Fazendária.

Também não deve prosperar a alegação atinente à falta de discriminação das notas fiscais e dos respectivos valores que serviram de amparo para os levantamentos fiscais, constato ao compulsar os Autos que tal alegação não encontra respaldo na realidade, eis que todos os demonstrativos sintéticos e analíticos, os quais discriminam, pormenorizadamente, todas as informações constantes das notas fiscais, bem como a apuração dos valores das operações que resultaram na exigência fiscal de cada uma das infrações, objeto da autuação, constam dos presentes autos e suas cópias foram devidamente entregues ao Autuado, consoante recibo acostado à fl. 67.

Pelo expedito, resta demonstrado que não se vislumbra qualquer óbice ao exercício da ampla defesa pelo Impugnante. Por isso, entendo superada essa questão de ordem preliminar.

Observo ainda que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a Lei nº 7.014/96 e o RICMS-BA/2012 e que as irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, e a apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Ademais, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do Auto de Infração, encontrando-se definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado, conforme estabelece o art. 142, do CTN.

Em suma, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade a autuação.

Cabe também enfrentar a preliminar de decadência suscitada pelo Autuado, relativa aos lançamentos, cujos fatos geradores ocorreram nos meses janeiro a abril de 2014, tendo tomado ciência da lavratura do Auto de Infração em 07/05/2019. Convém esclarecer que em relação ao tema Decadência, a PGE - Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal, através da emissão do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, manifestou o entendimento de que “Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas”. Quando se apura, no levantamento fiscal, imposto não declarado e não pago, implica inexistência de pagamento ou lançamento a ser homologado, neste caso, aplica-se a regra estabelecida no inciso I, do art. 173, do CTN.

Por importante, convém salientar que este tem sido o entendimento assente nos julgamentos de 2ª Instância deste CONSEF, ao decidir sobre esse tema.

As Infrações 01, 02, 03, 05, 07 e 08 em se tratando de operações declaradas, por isso, deve ser aplicado o mandamento previsto no § 4º, do art. 150, do CTN. Assim, contando-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, as operações, cujos fatos geradores ocorreram nos meses de janeiro a abril de 2014, foram tragadas pela decadência, haja vista que o Impugnante tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em 07/05/2019, fl. 03.

No que diz respeito à Infração 06, que cuida de falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis deve ser aplicado a regra estabelecida no inciso I, do art. 173, do CTN, haja vista que o Autuado não apurou o imposto devido nessas operações e não há, portanto, recolhimento a homologar. Logo, em relação a esse item da autuação as operações arroladas no levantamento fiscal não foram tragadas pela decadência.

Assim, devem ser excluídos das aludidas infrações os valores apurados nos meses de janeiro - R\$ 5.135,01, fevereiro - R\$ 2.737,98, março -R\$ 3.950,27, e abril - R\$ 4.321,81, todos de 2014, totalizando o valor de R\$ 16.145,07.

No que concerne à solicitação da Defesa para realização de diligência em relação às Infrações 01, 03 e 08, relativas às operações de transferências internas, indefiro o pedido, com lastro nas alíneas “a” e “b”, do inciso I, do art.147 do RPAF-BA/99. Esclareço que os elementos já contidos nos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores.

No mérito, o Auto de Infração em epígrafe é composto por oito infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

O Defendente em sua peça defensiva, não rebateu as Infrações 04, 05 e 06. Portanto, estas infrações são procedentes, ante a inexistência de lide a ser apreciada.

Infração 01 - cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, consoante demonstrativo acostado às fls. 18 a 37.

O Autuado em sua impugnação asseverou que deveria serem excluídos do levantamento fiscal o produto alho por ser isento de acordo com a alínea “a”, do inciso I, do art. 265, do RICMS-BA/12 e os expositores e bacalhau congelado por se tratar de produtos tributados. Em sua última manifestação pugnou pela exclusão das mercadorias arroladas no levantamento fiscal que foram objeto de transferências internas entre seus estabelecimentos.

Em sua informação fiscal o Autuante refez o demonstrativo de apuração excluindo o produto alho por se configurar efetivamente como produto tributado, mantendo os demais itens apresentados. Os expositores por não se destinar a comercialização e o bacalhau congelado por não se enquadrar entre as exceções estabelecidas na alínea “e”, do inciso II, do art. 265, do RICMS-BA/12. Não acolheu também a solicitação para a exclusão das operações de transferências internas sob o fundamento de que as saídas com CFOP 5.152 foram tratadas como sujeitas a tributação.

Da análise das operações arroladas no levantamento fiscal original e no demonstrativo ajustado pelo Autuante no qual foi procedida a exclusão das operações do produto Alho e mantidas as operações com expositores e bacalhau congelado, constato o certo da autuação em relação a esses itens que resultou na redução da exigência para R\$ 4.197,47, consoante demonstrativo acostado à fl. 100.

Entretanto, no que se refere às operações de transferências internas de mercadorias, entendo que devem ser excluídas do levantamento remanescente, haja vista que a matéria se tornou pacífica neste Conselho, após a publicação da Súmula 08, de 29/08/2019, no sentido de que “Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular”.

Nesse sentido, promovi a exclusão das operações de transferências internas do demonstrativo de apuração ajustado pelo Autuante, excluindo-se também os valores trazidos pela decadência apurados no período de janeiro a abril de 2014, que resultou na redução da exigência fiscal para R\$ 585,35, conforme discriminado no demonstrativo a seguir apresentado.

DEMONSTRATIVO INFRAÇÃO 01 - COMPARATIVO AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO

Mês	Auto de Infração	Informação fiscal	Decadência - Exclusão Transferências	Julga-mento		Mes	Auto de Infração	Informação fiscal	Decadência - Exclusão Transferências	Julga-mento
						Transf.	4.154,68	1.640,14	437,88	437,88
2014						2015				
01	256,80	105,24	decadência	-		01	255,66	162,94	decadência	-
02	124,11	36,47	decadência	-		02	283,36	148,84	decadência	-
03	227,32	109,56	decadência	-		03	835,64	454,84	decadência	-
04	698,62	341,29	decadência	-		04	386,35	157,82	decadência	-
05	425,18	289,59	52,31	52,31		05	363,18	222,88	69,02	69,02
06	390,74	128,88	34,32	34,32		06	550,98	158,35	17,36	17,36
07	485,97	112,71	36,96	36,96		07	987,56	120,16	0	0
08	499,25	49,63	38,68	38,68		08	1.118,26	200,55	51,77	51,77
09	207,61	73,73	31,4	31,4		09	680,11	223,15	9,32	9,32
10	229,62	93,78	80,93	80,93		10	808,48	127,19	0	0
11	260,25	131,05	61,12	61,12		11	1.103,96	331,42	0	0
12	349,21	168,21	102,16	102,16		12	1.556,83	245,19	0	0
TOTAIS	4.154,68	1.640,14	437,88	437,88			13.085,05	4.193,47	585,35	585,35

Concluo pela subsistência parcial da Infração 01.

Infração 02 - trata da utilização de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade,

Em sede de Defesa, o Autuado reconhece o cometimento desse item da autuação em relação ao mês 09/2014 e assevera que o período apurado em 01/2014 foi trágado pela decadência.

Assim, considerando que a solicitação da Defesa pelo reconhecimento da Decadência foi acatado, como se verifica no início desse voto, no enfrentamento dessa alegação defensiva, concluo que a Infração 02 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 296,11.

Infração 03 - acusa o autuado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto, consoante demonstrativo às fls. 39 a 74.

Em sua Impugnação o Autuante alegou, a inclusão no levantamento fiscal da mercadoria “óleo de Canola” que não obedece a regra de redução de base de cálculo estatuída no inciso XXII, do art. 268, do RICMS-BA/12. Em manifestação ulterior pugnou pela exclusão das operações de transferências internas entre suas filiais.

Em sede de Informação Fiscal, o Autuante reconheceu a falha no lançamento pelo fato de equívoco na parametrização no sistema SIAF que utiliza a nomenclatura e código NCM de cada item e tendo o Impugnante classificado a mercadoria com a NCM do óleo de soja, informa que excluiu do levantamento esse produto que resultou na redução do débito para R\$ 30.601,42, conforme planilha analítica que colaciona à fl. 102 e CD a fl. 103, remanescendo a exigência fiscal atinente às transferências internas.

Depois de examinar os elementos que integram o contraditório acerca desse item da autuação constato o acerto da intervenção do Autuante ao excluir da exigência as operações com óleo de Canola. Entretanto, discordo da manutenção das operações de transferências interna, uma vez que, assiste razão ao Defendente quanto à alegação de não haver incidência do ICMS nas transferências internas. Consigno que a matéria se tornou pacífica neste Conselho, após a publicação da Súmula 08, de 29/08/2019, no sentido de que “Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular”.

Assim, devem também ser excluídas do levantamento fiscal as operações de transferências internas com CFOP 1.152 e, com isso o débito apurado pelo autuante em sua planilha à fl. 102, no

valor de R\$ 30.601,42, fica reduzido para R\$ 12,04, remanescentes apenas as demais operações e excluindo-se também os valores trazidos pela decadência apurados no período de janeiro a abril de 2014, conforme demonstrativo a seguir apresentado.

DEMONSTRATIVO INFRAÇÃO 03 COMPARATIVO AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO

Mês	Auto de Infração	Informação fiscal	Decadência - Exclusão Transferências	Julga - mento		Mes	Auto de Infração	Informação fiscal	Decadência - Exclusão Transferências	Julga- mento
						Transf.	13.771,34	13.688,78	9598,95	1,89
2014						2015				
01	1.323,38	1.318,51	decadência	-		01	1.534,82	1.523,20	decadência	-
02	848,24	838,16	decadência	-		02	1.200,07	1.200,07	decadência	-
03	942,99	942,99	decadência	-		03	1.352,99	1.341,96	decadência	-
04	1.001,00	990,17	decadência	-		04	1.495,78	1.489,79	decadência	-
05	1.301,98	1.296,93	1.296,93	0,00		05	1.244,09	1.238,10	1.238,10	0,00
06	1.413,32	1.408,28	1.408,28	0,00		06	1.480,38	1.468,40	1.468,40	9,48
07	1.119,05	1.113,95	1.113,95	0,00		07	1.315,30	1.300,02	1.300,02	0,56
08	1.250,71	1.240,03	1.240,03	0,11		08	1.419,88	1.405,60	1.405,60	0,00
09	1.043,66	1.033,04	1.033,04	0,00		09	1.170,50	1.159,06	1.159,06	0,00
10	1.123,25	1.118,28	1.118,28	0,00		10	1.515,62	1.509,63	1.509,63	0,11
11	1.099,59	1.094,95	1.094,95	1,64		11	1.377,95	1.371,96	1.371,96	0,00
12	1.304,17	1.293,49	1.293,49	0,14		12	1.912,37	1.904,85	1.904,85	0,00
TOTAIS	13.771,34	13.688,78	9.598,95	1,89			30.791,09	30.601,42	20.956,57	12,04

Logo, a Infração 03 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 12,04.

Infração 07 - cobra o recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

O Defendente afirmou que a infração merece reforma, para que seja apurado o valor correto da exação, tendo em vista que representam 3.498 lançamentos para cobrar diferença de R\$ 637,14, o que representa uma diferença média de R\$ 0,18, por produto. Atribui o fato ao arredondamento de valores feitos pelos sistemas, que é normal em produtos com valores e quantidades fracionadas realizados pelo Excel.

O Autuante manteve a autuação explicando que os valores que constam em cada uma da planilha do levantamento fiscal, citando como exemplo, que na primeira linha da planilha, têm-se para o valor informado pelo contribuinte (que compõe sua escrituração fiscal) o valor de R\$ 45,50, enquanto o valor apurado na auditoria (coluna “VlIcmsCalc”) corresponde a R\$ 45,62. Portanto, mesmo que se permitisse, para fins fiscais, a aproximação baseada na definição física de “ordem de grandeza”, ter-se-ia para R\$ 45,62, após aproximação, R\$ 45,60.

Assinala que tendo o ICMS a ser lançado e pago como resultado da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo, não cabendo, à luz da legislação sobre a matéria, possibilidade de “arredondamentos”, conforme aduz o autuado.

Depois de examinar os elementos que constituem o contraditório acerca dessa infração, constato que assiste razão ao Autuante, uma vez que os valores lançados decorrem, efetivamente, da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo.

Portanto, não carreando aos autos, o Autuado, comprovação alguma de suas alegações, meramente atribuindo ao programa Excel os supostos arredondamentos que diz considerar incorretos, entendo que resta caracterizado o cometimento de erro na apuração dos valores do imposto.

Concluo pela subsistência da Infração 07.

Infração 08 - trata do recolhimento do ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas

O Defendente em manifestação ulterior a sua Impugnação sustentou a tese da não exigibilidade do ICMS nas transferências internas.

Ao compulsar o demonstrativo de apuração e de débito desse item da autuação, constante do CD, a fl. 71, constato que todas as operações arroladas se constituem de transferências internas.

Assim, reafirmo, como já explicitado nas Infrações 01 e 03, que assiste razão ao Defendente quanto à alegação de que não deve ser exigido o ICMS nas transferências internas. Eis que, essa questão se tornou pacífica neste Conselho, após a publicação da Súmula 08, de 29/08/2019, no sentido de que “Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular”.

Concluo pela insubsistência da Infração 08.

No que concerne a alegação da Defesa que as multas sugeridas no Auto de Infração somente poderiam ser de 2%, sobre o valor da exação, consigno que as multas decorrem de expressa previsão no art. 42, da Lei 7.014/96 e sua aplicação correspondem às irregularidades cometidas. Ademais, falece competência a esta JJF apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária em vista de inconstitucionalidades, segundo vedação disposta no art. 167, do RPAF-BA/99. Assim fica afastada, pois, o pedido de mitigação da penalidade.

Neste sentido, o presente Auto de Infração assume a seguinte configuração:

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - LANÇAMENTO x JULGAMENTO

Infrações	A. I	Informação Fiscal	Decadência	Julgamento	Decisão	Multa
01	13.085,05	4.142,97	1.306,85	585,35	Proc.em Parte	60%
02	499,03	499,03	202,92	296,11	Proc.em Parte	60%
03	30.791,09	30.601,42	4.115,61	12,04	Proc.em Parte	60%
04	1.482,46	1.482,46	0,00	1.482,46	Procedente	60%
05	75.636,06	75.636,06	10.399,52	65.236,54	Proc.em Parte	60%
06	1.574,09	1.574,09	0,00	1.574,09	Proc.em Parte	60%
07	637,14	637,14	62,72	574,42	Proc.em Parte	60%
08	16.914,46	16.914,46	57,45	0,00	Improcedende	
TOTAL	140.619,38	131.487,63	16.145,07	69.761,01		

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE 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 281231.0005/19-7, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 69.761,01**, acrescido das multas de 60%, prevista na alínea “a”, do inciso VII e na alínea “a”, inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA