

PROCESSO - A. I. Nº 300766.0010/18-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ATACADÃO DM LTDA.
RECORRIDOS - ATACADÃO DM LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO –Acórdão 4ª JJF nº 0261-04/22-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ NORDESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/02/2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0023-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Excluídos os valores referentes a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, isentas, e transferências internas destinadas a estabelecimentos do mesmo titular. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) nº 0261-04/22-VD ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/99), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte que, inconformado com a Decisão, apresenta a peça respaldado no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração acima epigrafado foi lavrado no dia 12/12/2018 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 130.594,76, sob a acusação do cometimento da irregularidade assim designada no Acórdão recorrido:

“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”.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 08/11/2022 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos (fls. 100 a 108):

“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 lavrará, 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 (Adobe 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 papeis 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 (petit 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 JEREKBEEF 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 (VIBcRedAud) 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”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF Nº 0261-04/22-VD.

O contribuinte interpõe Recurso Voluntário à fl. 118, no qual limita-se a reiterar as alegações defensivas, a concordar com a Decisão de 1ª instância e a pedir a sua manutenção.

VOTO

O presente lançamento de Ofício foi lavrado em razão de recolhimento a menor de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Ainda na instância originária, em sede defensiva, o então autuado sustentou que o autuante teria incluído indevidamente no seu levantamento as seguintes operações: produtos da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CARNE BOVINA COXÃO DURO KG, CARNE BOVINA PALETA S/OSSO KG, CARNE MOÍDA KG, CARNE MOÍDA IN NATURA KG, IOGURTE DOURADINHO MORANGO 45G e MÚSCULO BOVINO KG); produtos ISENTOS (SEMENTE DE GIRASSOL GRÃO VERDE e MILHO PAINCO GRAO VERDE 500G); produto com redução da base de cálculo, prevista no art. 268, inciso XIV do RICMS (saídas interestaduais de CARNES) e OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS INTERNAS entre os estabelecimentos da empresa.

Ao prestar informação fiscal, a Fiscalização acatou em parte o argumento defensivo relacionado com a substituição tributária, excluindo as operações relativas aos itens CARNE BOVINA, CARNE MOÍDA, MÚSCULO e SABÃO (em 2014) e FUMO TREVO (em 2015), com o que, acertadamente, concordou a JJF, por se tratar de produtos enquadrados no Anexo 1 do RICMS/2012.

Igualmente acertada a não aceitação do autuante da alegação defensiva atinente ao produto IOGURTE DOURADINHO MORANGO 45G, por ter restado comprovado tratar-se de uma sobremesa láctea, cujo NCM é 0406.1090. Portanto, não incluído no regime da substituição tributária, devendo ser tributado normalmente a 17%, como procedeu o Fisco.

Os itens SEMENTE DE GIRASSOL e MILHO PAINCO não estão relacionados em nenhum dos incisos dos arts. 264 e 265 do RICMS/2012, que tratam da ISENÇÃO. Por isso, são tributados normalmente.

Quanto aos produtos CHARQUE e JERKED BEEF, foi obedecida a legislação vigente, pois somente há previsão de redução de base de cálculo a partir de 10/07/2014 (art. 268, LI, do RICMS/2012), e neste caso, no período de 01/01/2014 até 09/07/2014, tais mercadorias deveriam ter sido tributadas normalmente, sem redução alguma, procedimento este não adotado pelo defendente, conforme se verifica por meio do exemplo trazido pelo autuante ao indicar a Nota Fiscal nº 7656, emitida em 27/05/2014, referente à venda do produto AT CARNE SECA, com a alíquota informada pelo contribuinte igual a zero, 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 JERKED BEEF correspondeu a 12%.

No que diz respeito às OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS INTERNAS entre os estabelecimentos da empresa, na diligência solicitada pela Junta de Julgamento, o auditor procedeu às exclusões relativas às referidas operações.

Em conclusão, corretamente acatadas as deduções promovidas pelo autuante, conforme a fundamentação supra, restando o ICMS a recolher de acordo com o demonstrativo de fls. 68 e 69, no valor de R\$ 14.794,47.

Mantida a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 300766.0010/18-0, lavrado contra **ATACADÃO DM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar do recolhimento do imposto de **R\$ 14.794,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS