

PROCESSO	- A. I. N° 300766.0009/18-1
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ATACADÃO DM LTDA.
RECORRIDOS	- ATACADÃO DM LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0231-02/22-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFAS PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 18.07.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0152-11/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Acolhida a alegação defensiva de redução de base de cálculo para a mercadoria “leite em pó” industrializada na Bahia no período compreendido pela autuação, bem como exclusão de operações internas de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do contribuinte autuado. Exação ajustada por força de diligência fiscal. Na análise recursal, onde requer que sejam mantidas as reduções trazidas pela diligência fiscal e mantidas pelo julgador de piso. Verifica-se reconhecimento do julgado pela Primeira Instância e a devida homologação do valor. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVADO**. Recurso Voluntário **PROVADO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário apresentados (art. 169, I, “a” e “b” do RPAF) contra a Decisão recorrida julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 12/12/2018, refere-se à exigência em decorrência do cometimento da seguinte infração:

03.02.05 – Recolheu ICMS a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias tributáveis regularmente escrituradas. Valor: R\$ 211.121,84. Período: janeiro 2014 a dezembro 2015. Enquadramento legal: Arts. 17 a 21 e 23 do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

O autuado apresentou impugnação às fls. 13 a 23. Preliminarmente argui nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao seu direito de defesa e falta de elementos para se determinar, com segurança a infração, tendo vícios, dentre eles, a falta de um documento essencial para o seguimento do feito. Afirma que a Autoridade Fiscal autuante supriu direitos fundamentais vinculados ao devido processo legal, pois sequer tomou ciência de que estava sendo fiscalizado; não recebeu em sua via do Auto de Infração, cópia do Termo de Início de Fiscalização e nem foi intimado a apresentar livros e documentos. Aduz haver mais um agravante, o fato de que os demonstrativos em meio magnéticos apresentados em CD estão apenas em formato PDF, o que impossibilita que a empresa possa importar os dados em banco de dados para, de forma automatizada conferi-los e se defender de forma adequada, ficando sujeita a uma metodologia de gincana estudantil para exercer seu direito de defesa.

Quanto ao mérito, pontua que:

- **PRODUTO LEITE EM PÓ** - possui redução de base de cálculo no período em questão, conforme inciso XXV, do art. 268 do RICMS-BA/2012 e o demonstrativo não justifica o motivo da suposta irregularidade. Alega que se por mera suposição seja a de que o produto tenha ou não sido fabricado na Bahia, a fiscalização não apresentou prova de que a mercadoria não tenha sido fabricada na Bahia, devendo, portanto, ser excluída do levantamento fiscal, pois esse ônus de provar que está indevidamente tributada é do fisco. Ressalta que apenas foram

listadas as mercadorias nos demonstrativos sem apresentação de justificativas e não lhe cabe o ônus da prova em contrário.

- **MISTURA PARA BOLO** – disse que conforme item 11.14.3, do Anexo I do RICMS/BA, integra o regime de ST, devendo sair no ECF sem tributação por já se ter encerrada a fase de tributação. Requer a exclusão dos valores relativos a: AT MISTURA P/BOLO D. BENTA BAUNILHA 6X450GR, AT MISTURA P/BOLO D. BENTA FESTA 12X450GR, AT MISTURA P/BOLO D. BENTA BAUNILHA 12X450GR.
- **SAÍDAS EM TRANSFERÊNCIA INTERNA** - fala que grande parte das notas fiscais objeto da autuação se refere a TRANSFERÊNCIAS INTERNAS, CFOP 5152, entre os estabelecimentos da empresa, operações que, conforme pronunciamentos do CONSEF e PGE (Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0 e Acórdãos CJF N°s 0386-12/17, 0345-11/17 e 0344-11/17, reproduzidos), não devem ser tributadas por falta de repercussão positiva para o Estado, razão pela qual pede a exclusão das operações de transferências internas de mercadorias.

Requeru diligências e perícias para refazimento do Auto de Infração, com a reapuração da conta corrente fiscal do período.

O autuante presta informação fiscal às fls. 30-31. Após sintetizar a peça de defesa, discorda da nulidade arguida, e no mérito rebate as informações e analisa os fatos apresentados, mantendo a procedência da autuação.

A 2ª JJF converteu o PAF em diligência à INFRAZ DE ORIGEM para o autuante:

- a) *Elaborar demonstrativos analíticos, em formato excel (mídia eletrônica):*
- a.1) *segregando as operações com LEITE EM PÓ cuja acusação fiscal se motiva na correta aplicação do disposto no art. 268, XXV do RICMS-BA. Ou seja, do demonstrativo original separar (com totalização mensal), o produto industrializado na Bahia e produto industrializado fora da Bahia;*
- a.2) *demonstrativo analítico das operações de TRANSFERÊNCIA INTERNA (CFOP 5152), com totalização mensal.*

Atendendo à diligência, às fls. 41-42 a autoridade fiscal autuante informou ter feito a segregação solicitada no demonstrativo base da autuação (fl. 09), elaborou demonstrativos em formato “Excel”: Operações com ECF – Leite em Pó Industrializado na Bahia/2014 e 2015 e Operações com ECF – Leite em Pó Industrializado fora da Bahia/2014 e 2015.

Disse que excluiu “todas operações de TRANSFERÊNCIAS INTERNAS (CFOP 5152) e todas as OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM LEITE EM PÓ INDUSTRIALIZADOS NA BAHIA, resultando novos demonstrativos onde constam somente mercadorias com CFOP 5102, podendo encontrar o produto Leite em Pó que tenha sido fabricado fora da Bahia sendo reduzido de R\$ 211.121,84 para R\$ 24.349,00.

Após a devida instrução processual, a 2ª JJF assim decidiu:

VOTO

Como acima relatado, o Auto de Infração em revisão neste órgão administrativo judicante, em única infração, acusa o recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

Em preliminar de mérito o Impugnante argui nulidade do AI por cerceamento ao seu direito de defesa e falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração, como comprovará com as informações de mérito, dizendo sequer ter tomado ciência da ação fiscal. Aduziu que os demonstrativos em meio magnéticos apresentados em CD estão em formato PDF, o que impossibilita importar os dados para, de forma automatizada conferi-los e se defender de forma adequada.

Sem embargo, considerando que: a) a Intimação Fiscal que dispara a ação fiscal, cuja cópia consta dos autos à fl. 06, foi enviada ao Domicílio Tributário Eletrônico do Contribuinte – DTE em 18/10/2018, mesma data em que ele a leu; b) do mesmo modo, à fl. 10, consta cópia da ciência da lavratura do AI enviada via DTE em 31/12/2018 (lida em 10/01/2019), com entrega de cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12,

16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (CD de fl. 09); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Não procede a alegação de que os arquivos em PDF poderiam prejudicar ou mesmo impedir o direito ao contraditório, visto que este formato em mídia eletrônica se assemelha a figura do papel convencional, com o benefício da fácil leitura, manuseio e segurança dos dados, podendo ser facilmente convertido para outras formas de planilhas eletrônicas, a exemplo do 'Excel', em face da abundância de programa disponíveis para tanto (até livremente, na Internet).

Portanto, os demonstrativos em formato PDF não impedem a leitura, conhecimento do conteúdo e conferência dos elementos que compõem os cálculos da exação fiscal. Não impossibilitam o exercício à ampla defesa e ao contraditório, até porque os dados fontes que resultam na exação fiscal são os apostos pelo sujeito passivo na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, espelhando sua movimentação empresarial com repercussão tributária, única escrituração com valor jurídico e que provam a favor e contra o contribuinte.

Sem embargo, a despeito deste entendimento, conforme pedido de fl. 54, no interesse deste órgão julgador, o PAF foi baixado em diligência para segregar a mercadoria "leite em pó" industrializada na Bahia, em face das disposições do art. 268, XXV, do RICMS-BA, bem como para excluir as operações internas de transferência de mercadoria que, de fato, não são tributáveis, conforme orientação do Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0, entendimento já acolhido neste CONSEF.

Rejeito, pois, a nulidade suscitada.

Observando que, quando necessária para esclarecimentos de questões de fato e/ou de direito, diligência fiscal foi deferida/realizada, indo ao mérito do caso, de logo ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Neste aspecto, observando que a matéria objeto da lide administrativa deve ser alegada de uma só vez; que a prova documental deve ser apresentada na Impugnação, precluindo o direito de fazê-la em outro momento processual, a menos que: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões, posteriormente trazidos aos autos. (RPAF: Art. 123, §§ 1º e 5º), assim, a Impugnação pontuou a irresignação do sujeito passivo:

• **MISTURA PARA BOLO**

Conforme item 11.14.3, do Anexo I, do RICMS/BA que cola à Impugnação, a alegação defensiva é que a mercadoria integraria o regime de Substituição Tributária, devendo sair no ECF sem tributação por já se ter encerrada a fase de tributação.

Sem fundamento jurídico a alegação defensiva tendo em vista que só a partir de 01/04/2017, a mercadoria integrou o regime de tributação por Substituição tributária (Decreto nº 17.548, de 05/04/17, DOE de 06/04/17, efeitos a partir de 01/04/17), enquanto que os fatos geradores da autuação são do período 2014-2015.

• **PRODUTO LEITE EM PÓ**

Não observação quanto à redução de base de cálculo prevista no art. 268, XXV, do RICMS-BA.

Considerando que a citada redução somente alcança o produto industrializado na Bahia, e tendo em vista que no período autuado o contribuinte comercializou o produto com a mesma tributação independentemente da UF de industrialização, o Impugnante tem parcial razão na alegação, e a segregação foi um dos motivos da diligência pedida à fl. 36.

• **INDEVIDA INCLUSÃO DE OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA INTERNA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO SUJEITO PASSIVO, POIS NÃO SÃO TRIBUTÁVEIS PELO ICMS**

Como exposto na peça de defesa, reproduzindo o Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0, bem como acórdãos do CONSEF, razão integral assiste ao Impugnante neste ponto e, a exemplo do visto no ponto anterior, este foi o outro motivo da diligência de fl. 36.

Pois bem. Do procedimento fiscal na diligência deferida, resultou o ajuste na exação exposto na Informação

Fiscal de fls. 41-42, em que a Autoridade Fiscal autuante excluiu do AI as operações com leite em pó industrializado na Bahia (demonstrativo “Operações com ECF – Leite em Pó Industrializados na Bahia/2014 e 2015), informando ter mantido autuadas apenas operações com leite em pó industrializados fora deste Estado, bem como excluiu as operações de transferência interna de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte autuado (CFOP 5152), conforme “Demonstrativo: Débito a Menor – Erro na Determinação da base de cálculo-Lista Nfe/Itens (Resultado da Diligência: exclusão de todas Transferências Internas e todas operações de Saídas com Leite em Pó produzido na Bahia)”, constante do CD de fl. 43.

Assim, considerando que quando regularmente intimado/notificado para conhecimento do ajuste efetuado pela autoridade fiscal autuante, o sujeito passivo, podendo se manifestar, silenciou, é de incidir sobre o caso a disposição contida no art. 140 do RPAF.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Face ao exposto, por nada a ter que reparar quanto ao procedimento fiscal em que o autor do feito ajustou a exação, acolhendo o resultado da diligência fiscal, tenho a acusação fiscal como parcialmente subsistente em R\$ 24.349,00, com o seguinte demonstrativo de débito:

Data Ocorr.	Data Venc.	Base de Cálculo (R\$)	Aliq	Multa %	Débito (R\$)
31/01/2014	09/02/2014	12.074,94	17,00%	60,00%	2.052,74
28/02/2014	09/03/2014	6.250,00	17,00%	60,00%	1.062,50
31/03/2014	09/04/2014	6.775,94	17,00%	60,00%	1.151,91
30/04/2014	09/05/2014	7.131,53	17,00%	60,00%	1.212,36
31/05/2014	09/06/2014	9.416,06	17,00%	60,00%	1.600,73
30/06/2014	09/07/2014	3.966,76	17,00%	60,00%	674,35
31/07/2014	09/08/2014	4.955,59	17,00%	60,00%	842,45
31/08/2014	09/09/2014	4.028,00	17,00%	60,00%	684,76
30/09/2014	09/10/2014	6.861,65	17,00%	60,00%	1.166,48
31/10/2014	09/11/2014	6.558,35	17,00%	60,00%	1.114,92
30/11/2014	09/12/2014	5.003,18	17,00%	60,00%	850,54
31/12/2014	09/01/2015	7.425,53	17,00%	60,00%	1.262,34
31/01/2015	09/02/2015	3.043,12	17,00%	60,00%	517,33
28/02/2015	09/03/2015	4.268,65	17,00%	60,00%	725,67
31/03/2015	09/04/2015	7.283,06	17,00%	60,00%	1.238,12
30/04/2015	09/05/2015	5.324,59	17,00%	60,00%	905,18
31/05/2015	09/06/2015	4.727,18	17,00%	60,00%	803,62
30/06/2015	09/07/2015	5.659,59	17,00%	60,00%	962,13
31/07/2015	09/08/2015	9.153,07	17,00%	60,00%	1.556,02
31/08/2015	09/09/2015	7.956,71	17,00%	60,00%	1.352,64
30/09/2015	09/10/2015	7.052,82	17,00%	60,00%	1.198,98
31/10/2015	09/11/2015	6.233,06	17,00%	60,00%	1.059,62
30/11/2015	09/12/2015	1.488,06	17,00%	60,00%	252,97
31/12/2015	09/01/2016	591,94	17,00%	60,00%	100,63
Total					24.348,99

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A JJF recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Nas razões apresentadas pela Recorrente em seu Recurso Voluntário, fl. 62, assevera que concorda com as reduções trazidas no julgamento de piso, proveniente da diligência proferida e que reitera os termos expostos em sede da defesa inicial e manifestações posteriores, que comprovaram e embasaram as reduções devidas. Requer que sejam mantidas as exclusões, bem como as retiradas das operações em transferências internas, concordando com o valor remanescente, no sentido que seja pelo Não Provimento do Recurso de Ofício. Finaliza, protestando por posterior produção de todos os meios de prova admitidos, em especial documental.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário apresentados (art. 169, I, “a” e “b” do RPAF) contra a Decisão recorrida julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 12/12/2018, refere-se

à exigência em decorrência do cometimento da seguinte infração:

03.02.05 – Recolheu ICMS a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias tributáveis regularmente escrituradas. Valor: R\$ 211.121,84. Período: janeiro 2014 a dezembro 2015. Enquadramento legal: Arts. 17 a 21 e 23 do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Primeiramente será analisado o Recurso de Ofício e num segundo momento o Recurso Voluntário.

No pertinente Recurso de Ofício, observo que a decisão da 2ª JJF (Acórdão Nº 0231-02/22-VD) desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$ 211.121,84 para o montante de R\$ 24.348,99 em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, o julgador de piso acatou parcialmente as alegações defensivas que requerem a exclusão da cobrança às operações com o produto leite em pó produzido neste estado, pela não observação quanto à redução de base de cálculo prevista no art. 268, XXV do RICMS-BA e às operações de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa em virtude da não incidência do ICMS, conforme Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0, bem como acórdãos do CONSEF.

Diante da pertinência das referidas alegações do defendant, o processo foi convertido em diligência (fl. 36) para que o autuante elaborasse novos demonstrativos analíticos segregando as operações com leite em pó cuja acusação fiscal se motiva na correta aplicação da redução da base de cálculo do art. 268, XXV do RICMS, segregando as saídas de leite em pó produzidas na Bahia bem como procedesse a exclusão da cobrança às operações de transferência internas.

Em pronunciamento na fl. 41/42 o fiscal autuante refaz o demonstrativo de débito em atendimento a solicitação da diligência e devolve o PAF para julgamento.

O julgador de piso, em sede de julgamento do presente PAF, emite seu voto condutor, com o qual me alinho, excluindo da cobrança, por erro na determinação da base de cálculo, as operações internas com leite em pó produzidas neste estado por conta da redução de base de cálculo contida no art. 286, XXV do RICMS/Ba, que transcrevo a seguir:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento)

No que tange às operações internas de transferência entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo, o julgador de piso decide por excluir tais operações da cobrança em face do Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0, bem como acórdãos do CONSEF, que afastam a referida cobrança.

Ademais, o próprio Conselho de Fazenda Estadual publicou a Súmula nº 08 que manifesta a jurisprudência desta corte acerca da incidência do ICMS nas operações internas de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, a seguir transcrita:

SÚMULA DO CONSEF Nº 08

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

I Data de Aprovação: Sessão de Julgamento da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual de 29/08/2019.

Fonte: Jurisprudência Predominante do Conselho da Fazenda do Estado da Bahia. Referência Legislativa: Artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, de 1988. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS Acórdãos CJF nos A- 0344-11/17, A-0359-12/17, A-0224-12/17, A-0361-11/17, A-0333-11/17, A-0339-11/17, A0355-11/17, A-0357-12/18, A-0345-11/17, A-0356-12/18.

Desta forma, não vejo razões para reformar o acórdão da JJF, sustentado pelas provas constantes nos autos e informação fiscal do autuante, restando mantida desoneração da decisão de piso.

Passando ao Recurso Voluntário, primeiramente, concreto o presente recurso visto que a peça atende os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 173 do RPAF/99.

Analizando o mérito do Recurso Voluntário (fl. 62), temos que este se manifesta em concordância com a decisão proferida pela 2ª JJF, requerendo que sejam mantidas as reduções trazidas pela diligência fiscal e mantidas pelo julgador de piso.

Não tendo nenhuma irresignação por parte da Recorrente no presente Recurso Voluntário, com relação a Decisão recorrida. Resta mantida a decisão de piso.

Desta forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo homologar o valor reduzido e reconhecido pelo contribuinte. Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 300766.0009/18-1, lavrado contra ATACADÃO DM LTDA., no valor de R\$ 24.348,99, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser cientificado o recorrente desta decisão e, posteriormente, encaminhar os autos ao setor competente para a devida homologação do valor já reconhecido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ERICK VASCONCELOS TADEU SANTANA – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS