

A.I. Nº - 269511.0010/22-7
AUTUADO - I COSTA SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - LUIS ANTÔNIO MENESES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO.
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/06/2024

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0115-04/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Acusação não elidida. Mantida a exigência; b) MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. GLOSA DOS CRÉDITOS; c) CRÉDITO A MAIOR. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Fatos não impugnados. Infrações 02 e 03 mantidas. 2. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O INFORMADO NOS LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. Não acolhida a nulidade suscitada. Mérito não impugnado. Infração mantida. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO INCORRETA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Acusação não elidida. Mantida a acusação. 4. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que a exigência recaiu sobre operações de transferências internas, não passíveis de tributação, em conformidade com diversas decisões proferidas por este órgão julgador, em consonância com o posicionamento da PGE/PROFIS firmado no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0. Inteligência da Súmula nº 08 deste CONSEF. Infração improcedente. 5. OCORRÊNCIAS DE DIVERGÊNCIAS NA ESCRITURAÇÃO DA EFD. MULTAS. Acusações não elididas. Mantidas as penalidades aplicadas em relação às infrações 07, 08 e 09. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos da exigência de crédito tributário no montante de R\$ 103.552,09, mais multas, decorrentes das seguintes imputações:

Infração 01 – 001.002.003: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com a isenção do imposto”. Tudo conforme demonstrativo DEM1 (CRED INDEV_ISENTAS-LISTA NOTA E ITENS_2020) e, DEM2 (CRED INDEV_ISENTAS-RESUMO_2020); planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; arquivos xml das NF-es; e arquivos da EFD (escritura Fiscal Digital), todos anexados ao auto”. Valor lançado R\$ 8.074,99, com multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Enquadramento Legal - art. 29, § 2º, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 310, inciso I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.*

Infração 02 – 001.002.006: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Tudo conforme demonstrativo DEM3 (CRED INDEV_SUBST TRIB-LISTA NOTA E ITENS_2020) DEM4 (CRED INDEV_SUBST TRIB-resumo_2020) DEM5 (CRED INDEV_SUBST TRIB-LISTA NOTA E ITENS_2021) DEM6 (CRED INDEV_SUBST TRIB-resumo_2021); planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; arquivos xml das NF-es; e arquivos da EFD (escritura Fiscal Digital), todos anexados ao auto”.*

Valor lançado R\$ 2.746,69, com multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Enquadramento legal art. 9º e art. 29, § 4º, inciso II, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 001.002.074: *“Utilizou a maior crédito fiscal do ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação do exterior. O contribuinte lançou nos períodos de apuração de março, abril, junho, novembro e dezembro/2021, nos ajustes a crédito dos registros fiscais da apuração do ICMS, valores referentes a antecipação parcial sem a comprovação do efetivo recolhimento. Tudo conforme demonstrativo DEM7 (CRED INDEV_ANTEC PARCIAL-RESUMO_2021); planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; arquivos xml das NF-es; e arquivos da EFD (escritura Fiscal Digital), todos anexados ao auto”*. Valor lançado R\$ 24.209,07, com multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Enquadramento Legal - art. 31, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309, inciso II, art. 314 e art. 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Infração 04 – 003.001.004: *“O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. O contribuinte escriturou notas fiscais de saídas NFC-e com o valor do imposto menor do que o efetivamente destacado nas notas. Tudo conforme demonstrativo DEM8 (RECOL MENOR ICMS DESTAC NFC-e LANÇ MENOR EFD-RESUMO_2021); planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; arquivos xml das NF-es; e arquivos da EFD (escritura Fiscal Digital), todos anexados ao auto”*. Valor lançado R\$ 8.168,75, com multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96. Enquadramento Legal: arts. 24 a 26, 32 e inciso III do art. 34 da Lei nº 7.014/96, c/c os art. 215, 248, 255, 257 a 259, 263, 304 e 332 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Infração 05 – 003.002.002: *“Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Tudo conforme demonstrativo DEM9 (RECOL MENOR_ERRO ALIQUOTA (NFC-e) - LISTA DE ITENS_2020) DEM10 (RECOL MENOR_ERRO ALIQUOTA (NFC-e) - RESUMO_2020), DEM11 (RECOL MENOR_ERRO ALIQUOTA (NFC-e) - LISTA DE ITENS_2021), DEM12 (RECOL MENOR_ERRO ALIQUOTA (NFC e) - RESUMO_2021); planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; arquivos xml das NF-es; e arquivos da EFD (escritura Fiscal Digital), todos anexados ao auto”*. Valor lançado R\$ 9.949,52, com multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Enquadramento Legal: arts. 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 – 003.002.006: *“Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O contribuinte promoveu saídas de mercadorias utilizando a redução de base de cálculo do Decreto nº 7.799/2000 (decreto dos atacadistas), do qual não é beneficiário. Tudo conforme demonstrativo DEM13 (RECOL MENOR_ERRO B CÁLCULO-LISTA NOTA E ITENS_2020), DEM 14 (RECOL MENOR_ERRO B CÁLCULO-RESUMO_2020), DEM 15 (RECOL MENOR_ERRO B CÁLCULO-LISTA NOTA E ITENS_2021), DEM 14 (RECOL MENOR_ERRO B CÁLCULO-RESUMO_2021); planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; arquivos xml das NF-es; e arquivos da EFD (escritura Fiscal Digital), todos anexados ao auto”*. Valor lançado R\$ 35.223,07, com multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Enquadramento Legal: art. 29, § 8º, da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 267 a 268 (a depender da hipótese) do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, aplicando a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”.

Infração 07 – 016.014.005: *“Ocorreram de 01 a 30 divergências na escrituração da EFD no período de apuração, que não se caracteriza como omissão. O contribuinte utilizou para um mesmo código de produto diferentes itens de mercadorias, que é proibido conforme estabelece o guia prático da EFD-ICMS/PIPI instituído pelo Ato COTEPE/ICMS nº 09/2008 e 44/2018. Tudo conforme relatórios REL1 (RELAÇÃO DE DIVERGÊNCIAS DA EFD_2020) e REL2 (RELAÇÃO DE DIVERGÊNCIAS DA EFD_2021); demonstrativos DEM17 (DEMONSTRATIVO-DIVERGÊNCIAS DA EFD-RESUMO_2020) e DEM18 (DEMONSTRATIVO-DIVERGÊNCIAS DA EFD-RESUMO_2021); planilha em Excel*

DESMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; arquivos xml das NF-es; e arquivos da EFD (escritura Fiscal Digital), todos anexados ao auto". Penalidade aplicada no valor de R\$ 5.520,00, prevista no art. 42, inciso VIII-A, alínea "m", item 1, da Lei nº 7.014/96. Enquadramento Legal – artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

Infração 08 – 016.014.006: *"Ocorreram de 31 a 60 divergências na escrituração da EFD no período de apuração, que não se caracteriza como omissão. O contribuinte utilizou para um mesmo código de produto diferentes itens de mercadorias, que é proibido conforme estabelece o guia prático da EFD-ICMS/IPI instituído pelo Ato COTEPE/ICMS nº 09/2008 e 44/2018. Tudo conforme relatórios REL1 (RELAÇÃO DE DIVERGÊNCIAS DA EFD_2020) e REL2 (RELAÇÃO DE DIVERGÊNCIAS DA EFD_2021); demonstrativos DEM17 (DEMONSTRATIVO-DIVERGÊNCIAS DA EFD-RESUMO_2020) e DEM18 (DEMONSTRATIVO-DIVERGÊNCIAS DA EFD-RESUMO_2021); planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; arquivos xml das NF-es; e arquivos da EFD (escritura Fiscal Digital), todos anexados ao auto*". Penalidade aplicada no valor de R\$ 8.280,00, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "m", item 2, da Lei nº 7.014/96. Enquadramento Legal – artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

Infração 09 – 016.014.007: *"Ocorreram de 61 a 100 divergências na escrituração da EFD no período de apuração, que não se caracteriza como omissão. O contribuinte utilizou para um mesmo código de produto diferentes itens de mercadorias, que é proibido conforme estabelece o guia prático da EFD-ICMS/IPI instituído pelo Ato COTEPE/ICMS nº 09/2008 e 44/2018. Tudo conforme relatórios REL1 (RELAÇÃO DE DIVERGÊNCIAS DA EFD_2020) e REL2 (RELAÇÃO DE DIVERGÊNCIAS DA EFD_2021); demonstrativos DEM17 (DEMONSTRATIVO-DIVERGÊNCIAS DA EFD-RESUMO_2020) e DEM18 (DEMONSTRATIVO-DIVERGÊNCIAS DA EFD-RESUMO_2021); planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; arquivos xml das NF-es; e arquivos da EFD (escritura Fiscal Digital), todos anexados ao auto*". Penalidade aplicada no valor de R\$ 1.380,00, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "m", item 3, da Lei nº 7.014/96. Enquadramento Legal – artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

O autuado, por intermédio de seu Representante Legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 29 a 48, tecendo considerações preliminares, inclusive requerendo que doravante todas as intimações e publicações efetuadas no presente feito, para fins dos artigos 269, 272, § 2º e 274, do Código de Processo Civil Brasileiro, conste obrigatoriamente o nome do subscritor da presente defesa administrativa, qual seja, Bel. JEANDRO RIBEIRO DE ASSIS, inscrito na OAB/PE sob o nº 33.550, profissional com escritório sediado na Rua Cícero Feitosa, nº 339, bairro Alagadiço, CEP: 48.903-271, cidade de Juazeiro, Estado da Bahia, possibilitando o devido acompanhamento da evolução administrativa processual, sob pena de nulidade, respeitando assim um dos pilares de nosso direito pátrio que é o princípio do devido processo legal, conforme preleciona o art. 5º, inciso LIV, da nossa Carta Magna, requerendo, também, atribuição de efeito suspensivo ao presente feito, descrevendo em seguida as imputações efetuadas.

Ao se reportar ao mérito da autuação citou que o presente Auto de Infração não merece prosperar pois traz em seu bojo diversos vícios que o torna insubsistente, passando em seguida a pontuar seus argumentos.

Neste sentido passou a se reportar à Infração 01, onde foi imputado *utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto*, porém, afirmou que existem inúmeros vícios no levantamento elaborado pelo autuante, que o torna insubsistente, tendo em vista que não foi aplicada corretamente a legislação estadual aos produtos comercializados.

Em seguida passou a se reportar à Infração 04, no valor de R\$ 8.168,75, que trata de recolhimento a menos do imposto por divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado nos documentos e livros fiscais. Neste sentido pontuou que vem impugnar esta afirmativa tendo em vista que no demonstrativo da infração há omissão relativa a informações pertinentes e necessárias à defesa, ou seja, só há um demonstrativo, denominado DM8 em que se encontra

apenas um resumo, o que se presume a existência de um relatório analítico para subsidiar tal infração, enquanto que no bojo dos autos não existe esse relatório, anexando foto do demonstrativo DEM8, para justificar seu argumento.

Em consequência, afirmou que a situação ora apresentada conduz ao entendimento da imperiosa nulidade do auto de infração em comento, uma vez que o ato administrativo fiscal se encontra tipificado como nulo nos precisos termos que reza o art. 59 do Decreto 70.235/72, onde restou inviabilizado promover sua peça de defesa, ou seja, com preterição do direito de defesa.

Ao se reportar a infração 05, apontou que foi atribuído a suposta conduta de que *“recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”*, informando que havia sido juntado ao auto demonstrativos para respaldar a acusação, com enquadramento legal no art. 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96, aplicando a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Pontuou que a exigência contida neste tópico da autuação já consta no Auto de Infração nº 269511.0009/22-9, tornando-se, neste caso, evidente cobrança em *bis in idem*, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico.

Demais disso, asseverou que todos os produtos arrolados no demonstrativo Dem9, foram devidamente escriturados com o destaque da alíquota do ICMS devido, como determina a Lei nº 7.014/96, em seu art. 15, **inciso.....**, observando, ainda, que o autuante aplicou alíquota de 20% como devida em sua planilha, alíquota essa que não existe no ordenamento fiscal baiano.

Desta forma, requereu a insubsistência desta infração.

Ao adentrar à Infração 06, que acusa recolhimento a menos do ICMS *em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo*, informando que havia juntado ao auto demonstrativos que respaldassem a acusação, se insurgiu contra o lançamento sob o argumento de que no demonstrativo elaborado pelo autuante existem inúmeros vícios que torna insubsistente a autuação, uma vez que não foi aplicada corretamente a legislação estadual aos itens comercializados no período auditado.

Disse que o autuante noticia que teria promovido saídas de mercadorias utilizando a redução de base cálculo do Decreto 7.799/2000 do qual não seria beneficiário, contudo o agente autuante não se atentou para o fato de que todas as NFE(s) emitidas foram de transferência para sua filial, o que, em verdade, não traz quaisquer prejuízos ao fisco, uma vez que o valor debitado pela matriz será aproveitado como crédito pela filial e, quando da saída deste produto por esta, terá o débito total conforme legislação, observando que a filial se encontra sediada neste mesmo Estado, e que, em síntese, não houve a transmissão de propriedade dos aludidos produtos, requerendo, assim, a insubsistência da infração.

Passou a se reportar às infrações 07, 08 e 09, conjuntamente, que acusa a conduta de utilização de mesmo código para produtos diferentes e, por este motivo, teria ocorrido divergências na EFD no período de apuração, mas asseverou, também, que os supracitados fatos não se caracterizariam como omissão, tratando como sendo 03 (três) distintas infrações, havendo como diferença entre elas apenas a quantidade de divergências que supostamente foram apuradas.

Pontuou, entretanto, que o autuante ao verificar a lista de produtos adquiridos e comercializados não atentou para a impossibilidade fática de em um mesmo mês, período regularmente exigido, se possa transmitir a escrituração fiscal digital (EFD-SPED Fiscal) com utilização de um único código de item para mais de um produto, pois o sistema não admite tal situação, sendo portanto, impossível, afirmando que no demonstrativo fiscal fica claro que não houve a classificação de um código de item para dois produtos no mesmo mês, conforme se visualiza no *print* do relatório juntado à fl. 46, citando, ainda, que apenas a título de exemplo, o produto PED SANIT ORIENTAL FLORAL, que está com o código de item 10217, código este descrito no documento fiscal de aquisição, sendo o código de item original do fornecedor, conforme NF-e de nº 990999, emitida em 18/02/2020, que pode ser consultada no portal da DANFE, mediante a chave de acesso nº 2920

0203 9279 0700 0270 5500 1000 9909 7911 1915 3231, e, neste mesmo contexto mencionou que em maio/2020 o produto COND NIELY GOLD LISO PROLONGADO 200ML, que está com o código de item 10217, produto este assim cadastrado, sendo comercializado conforme NFC-e de nº 6548, série 106, de 02/05/2020, podendo ser consultada no portal da DANFE, mediante a chave de acesso sob nº 2920 0534 2701 2500 0153 6510 6000 0065 4813 6811 8694.

Com estes argumentos sustentou que resta cristalino que em momento algum houve a existência da utilização de um mesmo código de item para dois ou mais produtos em um mesmo período fiscal, contrariando a tese levantada pelo autuante, mitigando completamente a aplicação de multas por este fato, demais disso, como o próprio autuante afirmou no bojo do auto “*que não se caracterizam como omissão*”, portanto, sua conduta em nada trouxe prejuízos ao fisco estadual, razão pela qual pugnou pela insubsistência das três infrações.

Em conclusão apresentou os seguintes pedidos:

- Reconhecer a tempestividade da presente defesa/impugnação administrativa;
- Que as intimações e publicações doravante efetuadas no presente feito, para fins dos arts. 234, 236, § 1.º, 238 e 241, todos do Código de Processo Civil, *conste obrigatoriamente o nome do subscritor da presente impugnação, qual seja, JEANDRO RIBEIRO DE ASSIS, inscrito na OAB/PE sob o n.º 33.550, profissional com escritório na Rua Cícero Feitosa, nº 339, bairro Alagadiço, CEP 48.903-271, cidade de Juazeiro, Estado da Bahia;*
- Requer que seja atribuída ao presente feito a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com fulcro no disposto no art. 151, III do nosso Código Tributário Nacional c/c o art. 169, inciso I, alínea “b” do Decreto nº 7629/99 – RPAF;
- Que seja julgado INSUBSISTENTE o Auto de Infração nº 2695110010/22-7, em decorrência dos vícios e erros contidos no bojo do processo administrativo, tudo conforme já exaustivamente exposto.
- Não sendo julgado INSUBSISTENTE o procedimento administrativo fiscal, requer a anulação de todos os atos processuais praticados anteriores a esta manifestação, com o permissivo de que possa se manifestar expressamente sobre eventuais valores e demonstrativos apresentados.
- Em caso de diligência saneadora, seja reaberto o prazo de defesa de 60 (sessenta) dias, tudo em respeito aos princípios Constitucionais do contraditório e da Ampla Defesa contido no art. 5º, inc. XXIII da CF/88.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 65 a 71, onde, após produzir uma síntese dos argumentos defensivos, passou a apresentar sua contestação aos mesmos, observando que o autuado não se irressignou em relação às infrações 02 e 03, o que torna tacitamente reconhecidas.

Pontuou que em relação às alegações genéricas de que o auto de infração contém vícios e erros que o torna insubsistente e de que promoveu a adequação das informações contidas nas NF-e e NF-c emitidas à legislação estadual, estas ficam restritas tão somente a afirmações desprovidas de qualquer comprovação.

No que toca à infração 01, disse que o exemplo apresentado pelo autuado de que a mercadoria ARROZ BONICÃO PARBOLIZADO FORA DO TIPO 6x5 é ração para cães, pontuou que o demonstrativo DEM1 e a planilha em Excel Demonstrativo das Infrações comprovam a utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias arroz, farinha de mandioca, fubá de milho e sal, que são isentas nos termos do art. 265, II do RICMS/BA.

Em relação à infração 04 apontou que a infração não está consubstanciada apenas no demonstrativo DEM8, que trata do resumo do débito, mas também está amparada na planilha em Excel Demonstrativos das Infrações, nos arquivos CSV das NFC-es e nos arquivos da EFD, todos anexados ao Auto de Infração, enquanto que na planilha demonstrativo das infrações encontra-se

a planilha “Lista Lanç NFC-e na EFD_2021” que detalha como cada nota fiscal foi lançada na EFD, informando o valor do ICMS que foi debitado a menos, além da planilha “DEB A MENOR-NFC-e vs EFD_RES2021, que demonstra, mês a mês, a apuração do imposto devido, não havendo supressão de informações que pudessem cercear o direito de defesa do autuado.

Ao se referir à infração 05, que trata de recolhimento do imposto a menos em função de erro na aplicação de alíquota nas saídas de mercadorias, disse que, diferentemente do quanto alegado pelo autuado, o que é cobrado no A.I. 269511.0009/22-9, fruto da mesma ação fiscal, é imposto relacionado a operações tributáveis considerada como não tributáveis, enquanto que a alíquota de 20% aplicada nos demonstrativos que elaborou corresponde a alíquota de 18% adicionada a dois pontos percentuais, incidente sobre produtos definidos como cosméticos, à luz do art. 16-A, inc. I, Parágrafo único, da Lei nº 7.014/96.

Em relação à infração 06, que se refere a recolhimento a menos do imposto por redução indevida da redução da base de cálculo, disse que o autuado não comprovou o não cometimento da infração, porém tenta sua anulação sob a alegação de que as notas fiscais se referem a transferências internas de mercadorias para sua filial neste Estado. Entretanto, considerada que a ocorrência do fato gerador do imposto restou comprovada, pois este independe da natureza jurídica da operação, já que cada estabelecimento é autônomo, conforme preceitua o § 2º, do Art. 14 da Lei nº 7.014/96, sendo que a apuração do imposto deve ocorrer em cada estabelecimento, de acordo com o art. 305, § 2º, do RICMS/BA, razão pela qual, manteve a autuação.

Ao se reportar às infrações 07, 08 e 09, disse que as multas aplicadas dependem da quantidade de divergências apresentadas na EFD em cada período de apuração.

Destacou que é vedada a utilização de um mesmo código de produto para identificar diferentes itens no mesmo exercício fiscal, enquanto que o exemplo apresentado na peça defensiva comprova que o código do produto “10217” foi utilizado em fevereiro de 2020 para identificar a mercadoria PED SANIT ORIENTAL FLORAL e também em maio/2020 para identificar a mercadoria COND NIELY GOLD LISO, ou seja, no mês de maio foi constatada a ocorrência da infração.

Concluiu pugnando pela procedência integral do Auto de Infração.

VOTO

Das 09 (nove) imputações consignadas no presente Auto de Infração o autuado não se insurgiu em relação às infrações 02 no valor de R\$ 2.746,69 e 03 no valor de R\$ 24.209,07, as quais ficam mantidas.

De forma preliminar foi suscitado pelo autuado a nulidade da infração 04 por considerar que no demonstrativo elaborado pelo autuante para corroborar o lançamento existem omissões de informações necessárias à formatação da defesa, pois só existe apenas um demonstrativo resumo denominado DEM8 para subsidiar a infração.

Não procede o argumento defensivo na medida em que, conforme apontou corretamente o autuante, a infração não está consubstanciada apenas no demonstrativo DEM8, que trata do resumo do débito, mas, também, está amparada na planilha em Excel Demonstrativos das Infrações, nos arquivos CSV das NFC-es e nos arquivos da EFD, todos anexados ao Auto de Infração, enquanto que na planilha demonstrativo das infrações encontra-se a planilha “Lista Lanç NFC-e na EFD_2021” que detalha como cada nota fiscal foi lançada na EFD, informando o valor do ICMS que foi debitado a menos, além da planilha “DEB A MENOR-NFC-e vs EFD_RES2021, que demonstra, mês a mês, a apuração do imposto devido, não havendo supressão de informações que pudessem cercear o direito de defesa do autuado, demonstrativos estes entregues ao autuado consoante se verifica através da Mensagem DT-e de fls. 26 e 26v.

Não acolho o pedido de nulidade, pois não se verifica ofensa ao art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA.

No mérito indefiro o pedido de diligência suscitado ao final da peça defensiva por considerar que

já se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador.

Isto posto, vejo que em relação à infração 01, apesar de estar inserido no argumento relacionado ao mérito da autuação, foi alegado pela defesa que no demonstrativo elaborado pelo autuante há inúmeros vícios que torna insubsistente a acusação, uma vez que não foi aplicada corretamente a legislação estadual aos itens comercializados, citando, também, que ao analisar os demonstrativos elaborados pelo autuante, ficou evidenciado que utilizou de forma correta o crédito ao qual lhe era de direito, citando como exemplo o caso do produto ARROZ BONICAO PARBOILIZADO FORA DE TIPO 6X5 LOTE: 009-2020 C, que o autuante atribuiu a condição de produto isento para o ICMS, considerando ser indevido o crédito fiscal contido na NF-e de entrada, contudo, este produto se trata de ração alimentar para cães e está na posição de preparações do tipo utilizado na alimentação de animais, devendo ser utilizado o crédito nas entradas em decorrência da aplicação da alíquota normal de 18% conforme disposto no art. 15, I, da Lei nº 7.014/96.

Tal fato foi contestado pelo autuante sustentando que o demonstrativo DEM1 e a planilha em Excel Demonstrativo das Infrações comprovam a utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias recaiu sobre os produtos arroz, farinha de mandioca, fubá de milho e sal, que são isentas nos termos do art. 265, II do RICMS/BA.

De fato, o autuado não trouxe qualquer comprovação de que ocorreu glosa do crédito em relação as aquisições do produto ARROZ BONICAO PARBOILIZADO FORA DE TIPO 6X5 LOTE: 009-2020 C, único citado na peça defensiva, razão pela qual julgo totalmente subsistente a infração 01 no valor de R\$ 8.074,68.

No que diz respeito à infração 04, no valor de R\$ 8.168,75, os argumentos defensivos foram analisados em sede de preliminar, nada trazendo em relação ao mérito propriamente dito, razão pela qual fica mantida a infração.

Em relação à infração 05, no valor de R\$ 9.949,52, relacionada a aplicação de alíquota diversa da prevista pela legislação sobre mercadorias regularmente escrituradas, a defesa alegou ser indevida a exigência em razão de que a infração contida neste tópico da autuação já consta no Auto de Infração nº 269511.0009/22-9, tornando-se, neste caso, evidente cobrança em *bis in idem*, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico, tendo também acrescentado que todos os produtos arrolados no demonstrativo DEM9, foram devidamente escriturados com o destaque da alíquota do ICMS devido, como determina a Lei nº 7.014/96, em seu art. 15, inciso I, observando, ainda, que o autuante aplicou alíquota de 20% como devida em sua planilha, alíquota essa que não existe no ordenamento fiscal baiano.

Tais argumentos foram, ao meu ver, corretamente rebatidos pelo autuante ao argumentar que a acusação trata de recolhimento do imposto a menos em função de erro na aplicação de alíquota nas saídas de mercadorias, e, diferentemente do quanto alegado pelo autuado, o que é cobrado no A.I. 269511.0009/22-9, fruto da mesma ação fiscal, é imposto relacionado a operações tributáveis considerada como não tributáveis, enquanto que a alíquota de 20% aplicada nos demonstrativos que elaborou corresponde a alíquota de 18% adicionada a dois pontos percentuais, incidente sobre produtos definidos como cosméticos, à luz do art. 16-A, inc. I, Parágrafo único, da Lei nº 7.014/96.

Mais uma vez não vejo como possa ser acolhido o argumento defensivo visto que desacompanhado de qualquer elemento probatório e, no tocante as mercadorias tributadas à alíquota de 20% não apontou qualquer operação onde não incida tal percentual.

Julgo subsistente a infração 05 no valor de R\$ 9.949,52.

Naquilo que se relaciona à infração 06, vejo, entretanto, que assiste razão ao autuado em relação ao argumento de que não há incidência do ICMS nas saídas internas a título de transferências de mercadorias para sua filial situada neste Estado, não podendo ser acolhido o argumento do autuante no sentido de que “a ocorrência do fato gerador do imposto restou comprovada, pois

este independe da natureza jurídica da operação, já que cada estabelecimento é autônomo, conforme preceitua o § 2º, do Art. 14 da Lei nº 7.014/96, sendo que a apuração do imposto deve ocorrer em cada estabelecimento, de acordo com o art. 305, § 2º, Art. 305 do RICMS/BA”.

Esta é uma questão que há tempo, já se encontra com entendimento pacificado neste CONSEF que as transferências internas não são tributadas, a exemplo das decisões proferidas através dos Acórdãos CJF Nº 0369-12/21-VD e CJF Nº 0356-11/20, sendo este também o posicionamento da PGE/PROFIS firmado no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, “*Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular*”.

E para arrematar este entendimento, cito a Súmula nº 08 deste CONSEF: “*Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular*”, a qual foi editada em 29/08/2019, com base na jurisprudência predominante neste órgão julgador administrativo, tendo como referência legislativa o Artigo 155, inciso II, da Constituição Federal/88, e como precedentes jurisprudenciais os Acórdãos CJF nº 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.

Isto posto, julgo improcedente a Infração 06.

Por último, reporto-me às infrações 07, 08 e 09, defendidas conjuntamente pelo autuado, que aplicou penalidades em face da utilização de mesmo código para produtos diferentes, no mesmo exercício, proporcionando divergências na escrituração da EFD no período de apuração.

Argumentou o autuado que o autuante ao verificar a lista de produtos adquiridos e comercializados não atentou para a impossibilidade fática de em um mesmo mês, período regularmente exigido, se possa transmitir a escrituração fiscal digital (EFD-SPED Fiscal) com utilização de um único código de item para mais de um produto, pois o sistema não admite tal situação, sendo portanto, impossível tal situação, afirmando que no demonstrativo fiscal fica claro que não houve a classificação de um código de item para dois produtos no mesmo mês, conforme se visualiza no *print* do relatório juntado à fl. 46, citando, ainda, que apenas a título de exemplo, o produto PED SANIT ORIENTAL FLORAL, que está com o código de item 10217, código este descrito no documento fiscal de aquisição, sendo o código de item original do fornecedor, conforme NF-e de nº 990999, emitida em 18/02/2020, e, neste mesmo contexto mencionou que em maio/2020 o produto COND NIELY GOLD LISO PROLONGADO 200ML, que está com o código de item 10217, produto este assim cadastrado, sendo comercializado conforme NFC-e de nº 6548, série 106, de 02/05/2020.

Tais argumentos foram contestados e demonstrados pelo autuante sustentando que as multas aplicadas dependem da quantidade de divergências apresentadas na EFD em cada período de apuração, sendo vedada a utilização de um mesmo código de produto para identificar diferentes itens **no mesmo exercício fiscal**, enquanto que o exemplo apresentado na peça defensiva comprova que o código do produto “10217” foi utilizado em fevereiro de 2020 para identificar a mercadoria PED SANIT ORIENTAL FLORAL e também em maio/2020 para identificar a mercadoria COND NIELY GOLD LISO, ou seja, no mês de maio foi constatada a ocorrência da infração.

Acolho o posicionamento do autuante pois foram identificadas as divergências nos códigos de produtos no mesmo exercício fiscal e não no mesmo mês conforme citado pela defesa, razão pela qual mantenho as penalidades aplicadas que possuem previsão legal, e julgo subsistentes às infrações 07, 08 e 09.

Quanto ao pedido formulado pelo Patrono do autuado no sentido de que as publicações e intimações relacionadas ao presente feito sejam encaminhadas ao endereço que indicou, informo que estas ocorrem com base no previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA. Portanto, acaso o pedido não seja atendido não enseja nulidade do ato processual, porém, nada impede que o pedido também possa ser atendido.

Por fim quanto ao pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário isto ocorre na forma

regulamentar até o esgotamento da fase recursal na esfera administrativa.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 68.329,02, sendo a infração 06 improcedente e as demais totalmente procedentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269511.0010/22-7, lavrado contra **I COSTA SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 53.149,02**, acrescido de multa de 60% com previsão no Art. 42, incisos VII, alínea “a”, II, alíneas “b” e “a” da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$ 15.180,00**, previstas nos incisos XIII-A, alínea “m”, item 2, do mesmo diploma legal citado, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR