

A. I. Nº - 269511.0006/19-0
AUTUADO - IMPERIAL ALIMENTOS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - LUIS ANTONIO MENESSES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/07/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0060-04/20-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE REGISTRADAS NA EFD. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Acusação demonstrada analiticamente através de planilhas elaboradas pelo autuado e devidamente entregues ao sujeito passivo. Argumentos defensivos insuficientes para elidir a acusação fiscal. Não acolhidas às arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de exigência tributária no montante de R\$124.204,56, em decorrência da seguinte imputação: *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”*. Tudo conforme demonstrativos acostados pelo autuante em mídia digital de fl. 08, cuja cópia foi entregue ao autuado.

O autuado, por intermédio de seu patrono, ingressou com a Impugnação de fls. 16 a 32, onde, após tecer considerações iniciais, descreveu a infração que lhe foi imputada para, em seguida asseverar que tal autuação se baseia no fato de ter sido acusado de haver calculado o ICMS destacado nas operações objeto da autuação utilizando-se de alíquota supostamente menor do que a prevista na Lei Complementar nº 87/96, conforme descrito pela fiscalização na narrativa dos fatos constante do presente Auto de Infração.

Ressaltou que o maior volume de produtos que comercializa está incluído na cesta básica, os quais, caso fossem detidamente analisados os documentos, saberia que por exemplo: óleo de soja possui base de cálculo reduzida e acrescentou que fora intimado para realizar a retificação em sua EFD, mas, antes da retificação, fora surpreendido com o Auto de Infração, pontuando, ainda, que fez a retificação no prazo devido, ou seja, tornando-se patente a nulidade do Auto de Infração (doc. 3).

Disse que o autuante anexou uma planilha totalmente incorreta, não checando individualmente as notas, não verificou os arquivos (arts. 15 e 16 da Lei nº 7.014/16 e nos termos do art. 13 e seguintes da Lei Complementar nº 87/96), utilizado como referência em tais operações, e que contemplava despesas que não poderiam ser incluídas no conceito de custo da mencionada lei federal, que assim prevê naquele dispositivo, transcrevendo as alíquotas previstas pelos citados dispositivos legais.

Pontuou em seguida que ainda no entendimento do autuante, *“houve recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, não poderiam fazer parte da base de cálculo do ICMS naquelas operações, uma vez que restaria gerado um menor crédito do imposto e, deste modo, uma lesão ao Erário do Estado da Bahia, que receberia menor parcela daquele tributo”*, argumento este que diz rechaçar por inteiro.

Diz que não pode o intérprete da legislação tributária desvincular-se do princípio da legalidade tributária estrita (art. 97 do CTN), de modo que não pode estender ou reduzir a base de cálculo do imposto para além daquilo que a lei de regência prevê, enquanto que no presente caso o autuante

não utilizou a melhor técnica, nem sequer tivera o cuidado em checar as informações, limitando-se a dizer que fora recolhido ICMS a menor em razão da alíquota e não comprovando em momento algum. Neste sentido sustenta que vem, perante este órgão julgador, anexar documentos que comprovam o erro na aplicação da penalidade e, por conseguinte, requerendo que seja anulado este Auto de Infração.

Passo seguinte ponderou que uma vez que a legislação federal em questão não delimita taxativamente o conceito de custo de produção, ao contrário, apenas prevê que será ele igual à soma do custo da matéria-prima, do material secundário, da mão-de-obra e do acondicionamento, não delimitando, porém, o que se enquadraria dentro de tais itens, deve-se recorrer ao que o direito privado delimita como tal, em respeito ao art. 110 do CTN, isto porque na própria legislação do Imposto de Renda bem como nos mais abalizados ditames contábeis, tanto a depreciação, como a energia, a manutenção e os gastos gerais de fabricação, podem ser enquadrados dentro do custo da mercadoria, seja como matéria-prima, como materiais secundários ou acondicionamento, tratando-se de custos da empresa para a produção de seus produtos.

Ressaltou que em nenhum momento se evadiu do seu *munus* de prestar informações e, consequentemente, quando fora intimado a realizar retificação na EFD, imediatamente a fez, logo, com todas às informações prestadas, não foram suficientes nem para que o autuante fizesse a devida inspeção ou análise perfunctória, havendo nítido erro material na autuação.

Ante aos argumentos acima esboçados sustenta que deve ser julgado improcedente o presente Auto de Infração, anulando-o integralmente por ir de encontro aos ditames legislativos pátrios, como se pretende demonstrar na análise de mérito do presente recurso, que diz passar a ser exposto.

Isto posto iniciou o tópico intitulado “*APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DO ICMS. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA. FALTA DE ANÁLISE POR PARTE DO AUDITOR FISCAL. IMPOSTO PAGO CORRETAMENTE. PRODUTO EM SUA MAIORIA CESTA BÁSICA*”, onde destacou que o ICMS, previsto na Constituição Federal em seu artigo 155, II, § 2º, § 3º, 4º e 5º e no artigo 147, na LC nº 87/96, a chamada “Lei Kandir”, onde, a partir desta lei, que trata de normas gerais acerca desse imposto, cada Estado institui o tributo por lei ordinária.

Discorreu acerca de base de cálculo, destacando o art. 13 da LC nº 87/96 e os arts. 15 e 16 da Lei nº 7.014/96, citando que a alíquota de 7% é aplicável nas operações com arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca, e após discorrer longamente a respeito da interpretação da norma esculpida pelo referido art. 13 da LC 87/96, mencionou que a partir de uma interpretação sistemática, conjugando-se as disposições do art. 110 do CTN e do conceito de “*dado pela Contabilidade, é certo que a lista do artigo 13, da LC nº 87/96 não é taxativa. Afinal, fosse ela taxativa, estaríamos diante de duas regras jurídicas se contradizendo, o que não é aceitável porquanto o Direito em si mesmo está baseado na “não-contradição”*”, para em seguida afirmar que, por esta razão, a partir da integração dos preceitos contidos no art. 110 do CTN, do conceito do art. 13 da LC nº 87/96, conclui-se que o dado na lei nacional do ICMS não é taxativa, mas sim meramente exemplificativo, de modo que corretos os procedimentos que adotou em suas transferências, uma vez que o recolhimento fora realizado corretamente, enquadram-se perfeitamente dentro do custo que a empresa possui para industrializar seu produto.

Após tecer outras considerações nesse sentido, citou doutrina, e concluiu que diante de tudo o que foi exposto, deve a presente autuação ser integralmente anulada, uma vez que a infração 01 - 03.02.02, que afirma que fora recolhido ICMS a menor em razão da alíquota não procede, com fulcro na LC 87/96 que permite interpretação, sendo certo que o autuante realizou tal interpretação de modo restritivo, lhe prejudicando quando da verificação das informações que prestou.

Com fulcro no Art. 151, III do CTN requereu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e tendo em vista que:

- (i) nos moldes da CF/88, artigos 146, III, a, c/c. 155, § 2º, XII, i, caber à lei complementar no âmbito nacional (Lei Complementar nº 87/96) e no Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96) estabelecer alíquota dos impostos e, em especial, do ICMS;
- (ii) a LC nº 87/96 retirar seu fundamento de validade dos mencionados dispositivos constitucionais, sendo exemplificativa ao prescrever, em seu artigo 13 a base de cálculo e alíquota do ICMS;
- (iii) o conceito de custo de produção previsto na LC nº 87/96 deve ser interpretado dentro dos ditames do direito privado, em respeito ao disposto no art. 110 do CTN;
- (iv) Suspensão da exigibilidade.

Requeru o acolhimento da presente Defesa para que seja julgado inteiramente improcedente o Auto de Infração vergastado, declarando-se, portanto, indevida a cobrança do tributo que ora lhe é exigidos ou, caso o julgador assim não entenda, o que se admite, por apego ao debate, seja a presente autuação baixada em diligência para que o autuante indique quando, como, onde e por quê ditas importâncias são devidas a título de ICMS por ser medida de Justiça e, em eventual superação das teses que apresentou, pugna pela nulidade do Auto de Infração, para que seja refeito o lançamento.

Ao final requereu designação de perícia contábil tendo em vista que a maioria dos produtos são isentos e não tributados (cesta básica) que não foram levados em consideração, para que seja explorado e analisado a existência de falhas sob a EFD, buscando comprovar qualquer equívoco da informação, não traduzindo em sonegação fiscal e/ou falta de pagamento de imposto, inclusive para que caso exista falha que seja apurado o valor correto do imposto.

Requeru finalmente conste da autuação, expressamente, o nome do advogado **Jadson Andrade Costa**, OAB/SE 6.960 (CPF: 013.758.715-52), com endereço profissional sito à Av. Dr. José Machado de Souza, 120 - Sala 926, Jardins, Edif. Horizonte Jardins, Aracaju, e que todas as notificações e publicações desse processo sejam enviadas, **exclusivamente**, para o referido advogado, sob pena de nulidade da notificação, conforme os termos do artigo 271, § 2º CPC.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 42 a 44, onde, inicialmente, efetuou uma síntese dos argumentos defensivos e, em seguida passou a contestá-los, observando que o presente Auto de Infração trata de cobrança de imposto por descumprimento de obrigação principal devido a: Infração 01 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Observou que as mercadorias que fazem parte da cesta básica e que foram objeto de cobrança na infração em lide são “arroz”, “farinha de mandioca”, “farinha de milho”, “feijão” e “milho”, sendo que a exigência tributária em relação as mesmas recaíram apenas nas operações de vendas interestaduais, CFOP 6.102, cuja alíquota estabelecida na legislação é de 12% (doze por cento), visto que o benefício da isenção se restringe às operações internas, conforme regrado nas alíneas “b”, “c” e “d”, do inciso II,

do artigo 265 do RICMS/BA.

Destacou que não houve cobrança sobre a mercadoria “óleo de soja”, mas sim sobre “óleo canola” e “óleo girassol”, com código NCM 15141910 (Óleos de nabo silvestre, de colza ou de mostarda, e respectivas frações, mesmo refinados, mas não quimicamente modificados) e código NCM 15121911 (Óleos de girassol, de cártamo ou de algodão, e respectivas frações, mesmo refinados, mas não quimicamente modificados), respectivamente, que não usufruem do benefício de redução de base de cálculo.

Quanto à intimação para retificação mencionada pelo autuado, informou que o mesmo teve ciência em 25/04/2019, com o prazo de 30 (trinta) dias para seu cumprimento, ou seja, até o dia 27/05/2019, e que neste prazo foram retificadas as EFD's de fevereiro/2016, fevereiro/2017 e fevereiro/2018, as quais foram admitidas (consideradas) nos trabalhos de fiscalização, conforme

relatado na descrição dos fatos do Auto de Infração, remetendo aos arquivos em PDF “INTIMAÇÃO PARA RETIFICAR EFD” e “RELATÓRIO DE CONSULTA DE ARQUIVOS EFD” gravados na mídia DVD, fl. 08. Acrescentou que as retificações das EFD’s em nada se relacionam com as irregularidades contidas no presente Auto de Infração, pois, como informado na infração, as irregularidades foram sobre saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Destacou que as alegações do sujeito passivo estão completamente desconexas com a realidade fática da autuação e, ao contrário do afirmado pela defesa, não foi apresentado qualquer documento que comprove erro na autuação ou que possa contrapor com os valores apontados nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, razão pela qual considera desnecessários os pedidos para realização de diligência ou perícia contábil, haja vista que todos os fundamentos para a cobrança do imposto estão presentes através dos DEMONSTRATIVO-DÉBITO A MENOR_ERRO APLIC DA ALÍQ-LISTA NOTAS E ITENS_2016, DEMONSTRATIVO-DÉBITO A MENOR_ERRO APLIC DA ALÍQ-LISTA NOTAS E ITENS_2017, DEMONSTRATIVO-DÉBITO A MENOR_ERRO APLIC DA ALÍQ-RESUMO_2016 e DEMONSTRATIVO-DÉBITO A MENOR_ERRO APLIC DA ALÍQ-RESUMO_2017; planilha em Excel DEMONSTRATIVOS DAS INFRAÇÕES; e arquivos xml das NF-es, com os correspondentes arquivos PDF dos DANFEs (Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica), todos gravados em mídia DVD, anexo à fl. 8 dos autos.

Concluiu pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

A acusação que versa nestes autos, é que houve recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado o imposto no valor de R\$124.204,56, mais multa de 60%. Portanto, está se exigindo imposto sobre operações de saídas registradas pelo autuado em sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, porém, com aplicação incorreta da alíquota incidente sobre essas operações.

O autuado requereu a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que fora intimado para proceder a retificação em sua EFD, que efetuou a devida retificação no prazo estipulado e, mesmo assim, fora surpreendido com a autuação antes de apresentar a retificação.

Da análise do conteúdo constante na descrição dos fatos do Auto de Infração, se observa que a intimação foi no sentido de que o autuado efetuasse a retificação das EFD dos meses de fevereiro e março/16, fevereiro/17 e fevereiro/18, pelo fato destas apresentarem divergências em relação às informações contidas no banco de dados da SEFAZ. Consta também, que o autuado apenas não processou a retificação do mês de março/16, sendo que em relação às demais, foram efetuadas e consideradas pelo autuante.

Mesmo assim, consoante destacou corretamente o autuante quando da sua Informação Fiscal, tais retificações em nada se correlacionam com o objeto da autuação, que recaiu sobre exigência de imposto sobre notas fiscais regularmente escrituradas, portanto, descabido o pedido de nulidade do Auto de Infração.

Ademais, o lançamento atende ao quanto dispõe o Art. 39 e seus incisos, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo violação ao princípio da ampla defesa, visto que a exigência fiscal está detalhada de forma bastante clara e analítica nos demonstrativos elaborados pelo autuante, constantes da mídia digital presente nos autos, cuja cópia foi entregue ao autuado.

Antes de abordar as questões envolvendo o mérito da autuação, acho oportuno fazer o seguinte registro: na assentada da sessão de julgamento realizada no dia 12.03.2020, na qual compareceu o representante legal do autuado, de acordo com o instrumento de procuração constante à fl. 37, onde, em sua sustentação oral, mencionou a existência de uma gama de documentos fiscais que não foram examinados pelo autuante, os quais, acaso tivessem sido analisados seria indevida à exigência tributária constante no presente Auto de Infração.

Este fato proporcionou o adiamento do julgamento, oportunizando ao sujeito passivo que providenciasse entrada dos referidos documentos no protocolo deste órgão julgador, no sentido de que os mesmos fossem juntados aos presentes autos para efeito de análise, tendo o mesmo se comprometido a adotar este procedimento, entretanto, até a presente data, não consta dos autos que esta providência tenha se concretizado. Neste sentido, observo que do dia 12.03.2020, quando foi realizada a última sessão com a presença do patrono do autuado, até a presente data, dia 28.04.20, decorreram mais de 40 (quarenta) dias, tempo suficiente para que tais documentos fossem apresentados.

Na sessão de julgamento realizada nesta data, através de vídeo conferência, o autuado alegou que teria encaminhado para este relator, no dia 25/04/20, sábado, dia sem expediente, via e-mail, a documentação que julgou necessária ao esclarecimento e comprovação dos seus argumentos, para a sessão de segunda feira, dia 27/04/20, porém, tais documentos não foram analisados porque além de não ter tomado conhecimento dessa mensagem, não existe previsão legal para que documentos sejam enviados diretamente para julgador, e sim para o CONSEF, através do respectivo protocolo, para que seja dado o correto encaminhamento.

Após estas observações, e considerando que o autuado não apresentou documentos que conferissem sustentação aos seus argumentos, indefiro os pedidos de realização de perícia contábil e de diligência formulados pelo mesmo, com base no Art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/BA, tendo em vista a existência nos autos dos elementos suficientes à formação do meu convencimento.

Isto posto, vejo que conforme acima assinalado, a exigência fiscal recaiu sobre notas fiscais regularmente escrituradas, devidamente indicadas de forma analítica nas planilhas elaboradas pelo autuante e entregues ao autuado, sobre as quais foram aplicadas alíquotas diversas das estabelecidas pela legislação tributária em vigor. Tal fato, está demonstrado analiticamente pelo autuante nas planilhas elaboradas a partir de dados colhidos na EFD do autuado, com destaque de cada operação, data, base de cálculo, código fiscal da operação e alíquotas: a aplicada e a devida.

Em sua defesa, o autuado teceu uma série de argumentos totalmente desassociados com o objeto da autuação, que nada tem a ver, por exemplo, com formação de base de cálculo, custo de produção em transferências, dentre outros temas abordados. No que diz respeito à questão de aplicação incorreta de alíquota, objetivamente, o autuado questionou apenas a alíquota considerada pelo autuante em produtos integrantes da cesta básica, ponderando que sobre tais produtos a alíquota incidente é de 07%.

Neste contexto, à luz dos dados constantes nas planilhas juntadas aos autos pelo autuante, vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos, já que, conforme assinalado pelo autuante e demonstrado na mídia digital juntada aos autos, os produtos que fazem parte da cesta básica, Art. 16, inciso I da Lei nº 7.014/96, (arroz, farinha de mandioca, farinha de milho, feijão, milho, macarrão e sal de cozinha), a exigência recaiu apenas sobre as operações interestaduais, CFOP 6102, cuja alíquota é de 12%, enquanto que a alíquota de 07% incide apenas nas operações internas, consoante estabelecido pelo art. 265 do RICMS/BA, conforme se constata através das planilhas analíticas elaboradas pelo autuante.

Neste sentido, destaco de forma exemplificativa algumas situações que deram causa à autuação, as quais prevaleceram em ambos os exercícios autuados:

- Pag. 01/11, mês janeiro/16:

- Doc. 22383 – CFOP 6102 Farinha Mandioca Imperial – Aliq. Destacada NF “0%” – Aliq. Aplic. 12%

- Doc. 22383 – CFOP 6102 Milho Mungunzá – Aliq. Destacada NF 07% - Aliq. Aplicada 12%

- Pag. 02/11, mês jan/16:

- Doc. 23791 – CFOP 6102 – Feijão carioca – Aliq. Destacada NF “0 %” – Aliq. Aplicada 12%

- Pag. 06/11, mês maio/16:

- Doc. 23989 – CFOP 5102 Rapadura Caseira – Aliq. Destacada NF “0%” - Aliq. Aplicada 18%
- Doc. 24507 – CFOP 5102 Café 2 de julho – Aliq. Destacada NF “0” – Aliq. Aplicada 18%
- Doc. 24507 – CFOP 5102 Sardinha Nave – Aliq. Destacada NF 07% - Aliq. Aplicada 18%.

Como se observa acima, ocorreram diversas operações interestaduais, CFOP 6102, consideradas como isentas (alíquota zero), ou com alíquota de 07%, enquanto que em relação às operações internas, CFOP 5102 ocorreram situações semelhantes, conforme se extrai das planilhas presentes nos autos, sobre as quais não há insurgência objetiva por parte do autuado.

Quanto ao argumento de que óleo de soja possui base de cálculo reduzida, não prevalece o argumento defensivo de erro do autuante em seu levantamento, já que, conforme esclarecido pelo próprio, não houve cobrança sobre a mercadoria “óleo de soja”, mas sim sobre “óleo canola” e “óleo girassol”, com código NCM 15141910 (Óleos de nabo silvestre, de colza ou de mostarda, e respectivas frações, mesmo refinados, mas não quimicamente modificados), e código NCM 15121911 (Óleos de girassol, de cártamo ou de algodão, e respectivas frações, mesmo refinados, mas não quimicamente modificados), respectivamente, que não usufruem do benefício de redução de base de cálculo.

O fato concreto é que não foram apresentados objetivamente outros questionamentos pelo autuado em relação aos demonstrativos da lavra do autuante, e tampouco foram apresentados ou indicados erros nos mesmos, apesar do autuado afirmar que estaria anexando documentos que comprovariam os erros cometidos pelo autuante, contudo, não os apresentou.

Quanto ao pedido do autuado no tocante à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, esta é uma questão já prevista pela própria legislação tributária, que prevê esta situação até a decisão definitiva do lançamento, onde não caiba mais interposição de recurso.

Naquilo que diz respeito ao pedido do patrono do autuado, no sentido de que as intimações sejam processadas exclusivamente em seu nome, observo que as intimações relacionadas a processos administrativos fiscais, ocorrem de acordo com o previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA, nada impedindo, porém, que também seja atendido o quanto solicitado pelo patrono do autuado, situação esta em que, caso não atendido, não implica em nulidade dos atos processuais.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269511.0006/19-0**, lavrado contra **IMPERIAL ALIMENTOS DO NORDESTE LTDA.**, devendo o autuado ser intimado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$124.204,56**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR