

PROCESSO	- A. I. N° 269275.0013/18-5
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- R D COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA.
REECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3 ^a JJF nº 0014-03/23-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFRAZ DO NORDESTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 16/06/2023

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0156-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALIQUOTA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Em sede de diligência fiscal, o Autuante realiza ajustes que reduzem os valores cobrados inicialmente. Infração parcialmente caracterizada. Afastadas nulidades arguidas. Negado pedido de perícia técnica. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado em relação à decisão da 3^a JJF (AC 0014-03/23-VD) que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 12/11/2018, para exigir crédito tributário no valor de R\$ 726.374,41, acrescido da multa de 60%, devido ao recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, debitada a menos – erro na aplicação da alíquota (CFOP x UF), nos meses de janeiro a dezembro 2014, janeiro, fevereiro, abril a junho, setembro, outubro e dezembro de 2015, janeiro de 2016 a dezembro de 2017. (Infração 03.02.02).

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.18/44. Alega inobservância que acarreta a sua nulidade, conforme o art. 18 do RPAF/99.

Sobre o mérito, aduz haver erros na acusação da Fiscalização, de que teria aplicado incorretamente, as alíquotas discriminadas em seus relatórios que listou:

- (i) Produto Farelo de Soja e Farelo de Trigo – afirma que conforme determina o art. 264, inciso XVIII do atual RICMS/BA, tais produtos seriam isentos, conforme o Convênio ICMS 100/97, portanto, a exigência em relação a estes produtos é descabida. Comenta que vários foram os convênios, ao longo dos anos, que concederam a isenção de ICMS à comercialização de farelo, a exemplo dos Convênios ICMS 70/1991, 100/1997, 54/2012.
- (ii) Produto LEITE EM PÓ – diz haver duas redações de alíquota reduzida para o período da autuação, mas as duas, mantém a carga tributária reduzida a 7%, alíquota (carga tributária) como utilizada pela empresa, possui redução de base de cálculo no período em questão, conforme o inciso XXV, do caput do art. 268 do RICMS/BA.
- (iii) Produto Leite Longa Vida – da mesma forma, diz que o Leite em Pó, possuía até 31/01/2017, carga tributária reduzida para 7%, mas quer a Fiscalização cobrou carga de 17%. Devendo ser excluída do levantamento as ocorrências deste produto no levantamento.
- (iv) Produtos com CFOP 5927 – Baixa de Estoque – Comenta que várias mercadorias listadas são baixas de estoque nos casos de perdas, sinistro, perecimento. Explica que esta nota de saída emitida com este CFOP não deve ser tributada, por conta do que determina o art. 312, IV do RICMS/BA, que obriga o contribuinte a estornar o crédito das entradas destas mercadorias. Requer para estes produtos, que os mesmos sejam retirados do levantamento fiscal.
- (v) Produtos de Papelaria – Aduz que os produtos de Papelaria são itens constantes do enquadramento na ST, portanto, correto o procedimento de não tributar nas saídas subsequentes à anterior entrada, haja vista ter sido encerrada a fase de tributação da

mercadoria, conforme constam do Anexo I do RICMS, especificamente no item 12.0.

- (vi) Produtos ISENTOS – Feijão – diz que este produto consta do Relatório de 2017, no mínimo é isento pela legislação estadual - Feijão Verde Cong Nutrideal 700gr.
- (vii) Produtos com CFOP 5949 – Consumo Interno – Afirma haver também, produtos que tiveram suas saídas com o CFOP 5949 – “Outras Saídas”, que não sofreram tributação, por conta de terem sofrido destino diverso da comercialização.

O Autuante presta informação fiscal fl.109. Afirma que com relação aos fatos alegados não acrescenta elementos que possam desconfigurar a ação fiscal, portanto, pede que este Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

A 3^a JJF converte os autos em diligência à INFRAZ DE ORIGEM a fim de que fossem tomadas as seguintes providencias:

PELA INSPETORIA

- a) *intimasse o contribuinte, concedendo prazo de 30 (trinta) dias e cópia da solicitação de diligência, a fim de que elaborasse demonstrativo, com base no levantamento fiscal, apontando todas as inconsistências verificadas, conforme alegado em sua defesa;*
- b) *verificasse a possibilidade de fornecer ao contribuinte, cópia do CD mídia digital fl.15, contendo o demonstrativo que dá suporte a autuação, na forma editável, conforme requerido pela defesa.*

PELO AUTUANTE

- a) *prestasse nova informação fiscal, apreciando todos os pontos suscitados na peça defensiva, em obediência ao disposto no § 6º, do art. 127 do RPAF/99 e caso se justificasse, elaborasse novo demonstrativo de débito, com a exclusão das notas fiscais, em que os fatos narrados pela defesa fossem efetivamente comprovados.*

O Autuante presta nova informação fiscal, fls.123/124. Afirma que corrige as distorções conforme segue:

- a) exercício 2014: elabora novas planilhas (listagem e resumo) acatando as alegações defensivas no sentido de retirar da exigência fiscal as mercadorias farelo de soja leiteira e farelo de trigo (mercadorias isentas), além das operações com CFOP 5927 (baixa de estoque) e 5949 (uso ou consumo);
- b) exercício 2015: acata as alegações defensivas no sentido de retirar da exigência fiscal as operações com CFOP 5927 (baixa de estoque) e 5949 (uso ou consumo), de forma que neste exercício, nada resta a ser exigido;
- c) exercício 2016: elabora novas planilhas (listagem e resumo) acatando as alegações defensivas no sentido de retirar da exigência fiscal, as mercadorias farelo de soja leiteira e farelo de trigo (mercadorias isentas), além das operações com CFOP 5927 (baixa de estoque) e 5949 (uso ou consumo);
- d) exercício 2017: elabora novas planilhas (listagem e resumo) acatando as alegações defensivas, no sentido de retirar da exigência fiscal as mercadorias farelo de soja leiteira e farelo de trigo (mercadorias isentas), além das operações com CFOP 5927 (baixa de estoque) e 5949 (uso ou consumo). Mantém a exigência fiscal relativamente às mercadorias Leite pó Ideal Nestlé e Leite pó Ninho, pois o contribuinte deu saída com alíquota 0% (como se fossem mercadorias isentas), sendo que foi observada a redução de base de cálculo de 61,11% de forma que a alíquota efetiva caiu de 18% para 7%. Informa que todas as planilhas refeitas com as novas exigências fiscais seguem anexo em CD.

Em Pauta Suplementar, a 3^a JJF, converte novamente em diligência à INFRAZ PAULO AFONSO, a fim de que fossem tomadas as seguintes providencias:

PELA INSPETORIA

- a) *apensar ao presente processo administrativo fiscal, cópia de todos os documentos que foram gerados pela diligência fiscal, idênticos aos que foram entregues ao Autuado, descritos na folha 125, inclusive cópia do CD;*

PELO AUTUANTE

b) encaminhar para a Pasta de Dados da SEFAZ (Consef_p.processuais) cópias dos documentos gerados pela diligência fiscal.

O autuado volta a se manifestar fls. 132/137. Diz que o Auditor Fiscal, baseado nas alegações trazidas pela Defesa inicial, elaborou novos demonstrativos, concordando em reduzir os valores anuais, conforme números a seguir:

2014 – Valor original R\$ 205.624,61 / Valor reduzido R\$ 3.154,84;

2015 – Valor original R\$ 2.384,23 / Valor reduzido R\$ 0,00;

2016 – Valor original R\$ 267.105,89/ Valor reduzido R\$ 4.447,37;

2017 – Valor original R\$ 251.259,68/ Valor reduzido R\$ 108.202,41.

Aduz que, traz novo elemento de alegação, afirma ter notas fiscais de Transferências Internas (CFOP 5152) entre os estabelecimentos da autuada, que até por força de recente publicação de Súmulas deste CONSEF, vem requerer que seja feita nova revisão por parte da Fiscalização.

Esta 3ª JJF resolve converter o processo em nova diligência (fls.153), solicitando ao Autuante que excluisse do levantamento fiscal, todos os documentos que registrassem operações de transferências internas (CFOP 5152).

A diligência foi atendida pelo Autuante que, presta nova informação fiscal (fls 157). Diz que, com relação aos fatos alegados pela autuada em sua defesa, tem a esclarecer sobre mercadorias cujas operações foram de transferências internas entre os estabelecimentos da Empresa (CFOP 5152), apresenta nova planilha com o resumo dos novos valores nominais em cada mês (antes dos acréscimos e multas) a serem exigidos, totalizando R\$ 107.875,39.

A JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

(...)

No mérito, o Autuado foi acusado de ter realizado recolhimento a menos do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, debitada a menos – erro na aplicação da alíquota (CFOP x UF). (Infração 03.02.02).

Nas razões defensiva, o Autuado disse ter constatado equívocos da Fiscalização, ao elaborar o levantamento fiscal contendo: (i) – Produto Farelo de Soja e Farelo de Trigo que conforme determina o art. 264, inciso XVIII do atual RICMS/BA, seriam isentos; (ii) – Produto LEITE EM PÓ e Leite Longa Vida teriam a carga tributária reduzida a 7%, como utilizada pela empresa, e que a Fiscalização não apresentou qualquer prova de que a mercadoria não tenha sido fabricada neste Estado; (iii) – Produtos com CFOP 5927 – Baixa de Estoque, notas fiscais emitidas para registrar a baixa de estoque nos casos de perdas, sinistro, perecimento, nos termos do art. 312, IV, do RICMS/BA; (iv) - Produtos de Papelaria são itens enquadrados no regime de Substituição Tributária, portanto, as saídas subsequentes não devem ser tributadas; (v) - Produtos ISENTOS – Feijão – diz que este produto consta do Relatório de 2017, mas é isento pela legislação estadual; (vi) – Produtos com CFOP 5949 – Consumo Interno – “Outras Saídas”, que não sofreram tributação, por conta de terem sofrido destino diverso da comercialização, podendo ser comprovado nas Informações Complementares das notas fiscais.

Em atendimento a diligência solicitada por esta 3ª JJF, o Autuante afirmou que corrigiu as distorções apontadas pela defesa nos seguintes termos:

a) retirou da exigência fiscal as mercadorias farelo de soja leiteira e farelo de trigo (mercadorias isentas), além das operações com CFOP 5927 (baixa de estoque) e 5949 (uso ou consumo); b) Manteve a exigência fiscal relativamente às mercadorias Lápis de cor cis, Menininhas C12 NCM 96081000, Lápis Grafite Multicolor preto N02 NCM 96091000, Régua color Waleu 30 cm NCM 39261000 e Corretivo liq acrilex 18ml NCM 38249011, pois de acordo com a legislação vigente para o exercício de 2016 estas mercadorias com seus respectivos NCMs não faziam parte da Substituição Tributária, sendo tributadas normalmente; c) Manteve a exigência fiscal relativamente às mercadorias Leite pó Ideal Nestlé e Leite pó Ninho, pois o contribuinte deu saída com alíquota 0% (como se fossem mercadorias isentas), sendo que foi observada a redução de base de cálculo de 61,11% de forma que a alíquota efetiva caiu de 18% para 7%. Elaborou novos demonstrativos.

Ao tomar ciência, o defendente voltou a se manifestar. Desta vez invocou a Procuradoria Geral do Estado, requerendo fosse aplicada ao levantamento fiscal, o estabelecido no Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0, que estabelece a não incidência de ICMS nas transferências internas de mercadorias, requerendo a exclusão de todos os documentos fiscais que registrassem operações de transferências internas

(CFOP 5152).

Em atendimento a nova diligência solicitada por esta 3^a JJF, o Autuante afirmou que analisando detalhadamente as planilhas que embasaram o presente Auto de Infração, houve realmente operações internas com mercadorias (CFOP 5152) que constavam do levantamento fiscal. Declarou que após retirar do cálculo da exigência fiscal tais mercadorias, apresenta nova planilha com o resumo dos novos valores nominais, em cada mês, a serem exigidos, totalizando R\$ 107.875,39.

Examinando os elementos que compõem o presente processo, verifico que os ajustes realizados pelo Autuante estão em perfeita conformidade com a legislação de regência e foram realizados a vista dos livros e documentos apresentados pelo deficiente.

Cabe registrar, que o Autuado tomou ciência da última informação fiscal com as respectivas planilhas que dão sustentação a acusação fiscal e não mais se manifestou. Sendo assim, acato as conclusões do Autuante, conforme demonstrativos ajustados fl.158, remanescendo a exigência fiscal em R\$ 107.875,39

Por fim, o deficiente aduz que sua advogada legalmente constituída, nos termos do instrumento de procuração em anexo, deverá ser intimada de todos os atos concernentes ao presente processo administrativo, sob pena de nulidade no caso da sua inobservância.

Saliento que, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim, à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado.

Ante o exposto, 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.

É relatório.

VOTO

Observo que a decisão da 3^a JJF (Acórdão JJF N° 0014-03/23-VD) desonerou parcialmente o sujeito passivo do lançamento tributário de R\$ 1.524.950,82 para R\$ 212.894,34 em valores atualizados à data do julgamento, fls.177, fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela 3^a JJF contra a decisão que julgou Procedente em Parte em decisão unânime o Auto de infração em epígrafe, constata-se que, a desoneração decorreu pela comprovação das alegações apresentados em sede de impugnação alegações essas, que foram acolhidas parcialmente pelo autuante em suas 03 informações fiscais de diligências solicitadas pela JJF para dirimir a lide.

Verifico que, o presente lançamento se deu em razão do sujeito passivo recolher a menor o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas das mercadorias regularmente escrituradas, debitada a menos- erro na aplicação da alíquota (CFOP X UF).

Examinando as peças que integram os autos, observo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação no tocante à infração que compõem o Auto de Infração, em razão do contribuinte ter apresentado parcialmente comprovação das suas alegações que puderam elidir parte do lançamento em lide.

Conforme já narrado no relatório acima a 3^a JJF em busca da verdade material converteu o presente feito em 03 diligências ao autuante para rebater as alegações defensivas e provas documentais apresentada pela autuada, observo que o autuante atendeu as diligências solicitadas e após análise das alegações defensivas elaborou novos demonstrativos reduzindo o lançamento do valor histórico de R\$ 726.374,41 para R\$ 107.875,39.

Verifico que, o autuante apresenta a 1^a informação fiscal da diligencia sob as fls. 123 a 124 e após análise das alegações defensivas elaborou novos demonstrativos concordando parcialmente com a autuada. O autuante volta a apresentar sob as fls. 139 a 140 informação fiscal da 2^a diligência da JJF e acata as alegações defensivas elaborando novos demonstrativos de débitos. O autuante em

resposta a solicitação da 3^a Diligência, apresenta nova informação fiscal sob as fls. 157 a 158, acatando parcialmente as alegações defensivas, elabora nova planilha reduzindo o lançamento fiscal para o valor histórico de R\$ 107.875,39.

Contata-se nos autos, que após elaboração pelo autuante da 3^a informação fiscal que reduziu o lançamento para o valor histórico de R\$ 107.875,39, o sujeito passivo ora autuado, foi cientificado do resultado da diligência e caso o mesmo desejasse se manifestar, uma vez ciente e não se manifestando, vislumbro uma concordância, com os valores apurados pela última diligência fiscal, (fls.157/158).

Pelo exposto, tendo em vista que a fiscalização efetuou o lançamento tomando como base o recolhimento a menor do ICMS, em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, e nas saídas das mercadorias regularmente escrituradas, restou comprovado parcialmente a razão da autuada, o que foi acolhido parcialmente pelo autuante conforme informações fiscais de números 01 (fls.123/124), 02 (fls. 139/140) e 03 (fls. 157/158), que reduziu o lançamento para o valor histórico de R\$ 107.875,39, sendo mantido pela decisão de piso, o qual concordo integralmente.

Dianete de tais constatações, concluo em manter a decisão de piso.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269275.0013/18-5, lavrado contra **R D COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 107.875,39**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “a”, inciso II, do art. 42 da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS