

A. I. Nº. - 269275.0013/18-5
AUTUADO - R D COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ DO NORDESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/02/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0014-03/23-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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/11/2018, exige crédito tributário no valor de R\$726.374,41, acrescido da multa de 60%, devido ao 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), 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. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Transcreve a infração que lhe foi imputada, com o respectivo enquadramento legal. Afirmar que neste ato representado por sua advogada legalmente constituída, nos termos do instrumento de procuração em anexo, que deverá ser intimada de todos os atos concernentes ao presente processo administrativo, sob pena de nulidade no caso da sua inobservância, uma vez que inconformado com a lavratura do auto de Infração em epígrafe, vem, respeitosamente, apresentar sua impugnação.

Afirmar que o auto de infração é um ato que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos necessários para sua validade jurídica para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e que obedeça à forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do CC). Acrescenta que, sua inobservância, acarreta na sua anulabilidade, como no caso em tela. Sobre nulidades reproduz o art. 18 do RPAF/99.

Diz que houve descumprimento no presente Auto de Infração, pois houve cerceamento ao direito de defesa e falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração, como restará comprovado de forma mais robusta com as informações de mérito que adiante serão demonstradas.

Comenta que na modalidade de ato vinculado, o auto de infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica, o que não ocorre, já que vícios existem. Dentre eles a grave falta de um documento essencial para o seguimento do feito, acarretando, por certo, a nulidade do ato. Cita doutrina de Plácido e Silva e Professor Hely Lopes Meirelles.

Afirma que no presente Processo Administrativo Fiscal, o Autuante no afã de desenvolver seu mister, suprimiu direitos fundamentais do contribuinte para o completo exercício do seu direito de defesa consagrado na Carta Magna (art. 5º LIV da C.F).

Frisa que a empresa não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizada. Não recebeu em sua via do Auto de Infração, cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco. Da mesma forma, também não foi intimada a apresentar livros ou documentos nos termos do art. 26 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Observa que as vias do Processo Administrativo Fiscal devem ser cópias fieis umas das outras. Portanto, se não estão com esta composição, macula o processo, dificultando a defesa técnica do contribuinte. Nesse sentido, destaca as lições de Alberto Xavier. Requer a nulidade, pois entende ser condição que se impõe uma vez que a falta de um elemento essencial, como expresso na lei (art. 26 do RPAF/99).

Assegura que mais um agravante que corrobora com a nulidade do procedimento fiscal, é o fato de que os demonstrativos em meio magnético apresentados em CD estão apenas em formato *PDF* (*Adobe Reader*), o que impossibilita que a empresa possa importar os dados em bancos de dados, com o intuito de que possa de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo. Comenta que o formato apresentado deve ser, pelo menos, em *EXCEL*, pois da forma como estão postos os demonstrativos, a empresa fica sujeita a uma metodologia de gincana estudantil para poder exercer seu direito de defesa. Ocorre que estamos numa lide.

Discorre sobre a importância do uso da tecnologia nos dias atuais, mas as rotinas de auditoria também precisam evoluir no mesmo sentido, com relatórios e demonstrativos que proporcionem ao sujeito passivo a possibilidade de alimentar seus bancos de dados internos e poder fazer os cruzamentos apropriados, de forma a se defender de forma adequada, e até entender da forma apropriada o que lhe está sendo imputado.

Afirma que a simples questão da omissão de documento essencial para validade do ato jurídico, o Termo de Início de Fiscalização, por si só, fulmina o procedimento de fiscalização, bem como, do auto de infração. Agravado com a indevida formatação da apresentação dos arquivos digitais que demonstram os cálculos das infrações fulmina por completo o procedimento de lançamento fiscal, devendo o mesmo ser, de plano, declarado nulo.

Reproduz a infração que lhe foi imputada para afirmar que nos relatórios apresentados, que compõem o suposto embasamento da Infração, são intitulados “*Débito a menor - Erro na aplicação da alíquota (CFOP vs. UF)*”. Alega que não há nenhuma irregularidade na alíquota aplicada, entre o CFOP utilizado e a UF (Unidade da Federação), como procura enquadrar o auto de infração e seus relatórios, portanto, há uma incorreção no enquadramento da infração, tanto no corpo do auto de infração quanto nos demonstrativos, não se conseguindo determinar, com segurança, a infração e o infrator, estando dentro da situação de nulidade prevista no art. 18 do RPAF/99. Reitera a nulidade da autuação.

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

- (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. O dispositivo citado se reporta ao Convênio ICMS 100/97, e observa-se que estes produtos listados no levantamento fiscal são isentos, 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 70/1991, 100/1997, 54/2012.

(ii)

(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. Reproduz estes dispositivos nos dois períodos. Afirma que o produto Leite em Pó, de marcas variadas, que estão sendo cobrados na presente infração, possui redução de base de cálculo no período em questão, conforme o inciso XXV, do caput do art. 268 do RICMS/BA.

Salienta que o demonstrativo não justifica o motivo da suposta irregularidade. Neste sentido, e por mera suposição, e caso a justiciativa seja, a de que o produto tenha sido ou não, fabricado em território baiano, conforme condiciona o dispositivo legal, não foi apresentada pela Fiscalização nenhuma prova de que a mercadoria não tenha sido fabricada no Estado. Devendo assim, ser excluída do levantamento as ocorrências deste produto do levantamento.

Mostra como exemplo o produto (Leite Ninho em Pó Sachet 800g), que está sendo cobrado nos demonstrativos, mas que pelo rótulo do produto, vê-se que é fabricado dentro do Estado. Reforça sua alegação afirmando que os demonstrativos foram apresentados apenas em formato *PDF*, é que leva à limitação da empresa de se defender apenas em forma de amostragem. Não há como se colocar a lista de produtos em ordem alfabética, o que inviabiliza uma devida análise dentro do período de defesa. Portanto, para este produto a carga tributária utilizada pela empresa foi a correta, devendo o mesmo ser excluído dos demonstrativos.

(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 cobrar carga de 17%. Cita o exemplo do Leite Vale Dourado Integral 1l. Reproduz o inciso XXIX do caput do art. 268 do RICMS/BA. Reitera que os demonstrativos não justificam o motivo da suposta irregularidade em relação ao Leite Longa Vida. Devendo assim, ser excluída do levantamento as ocorrências deste produto no levantamento.

(iv) – Produtos com CFOP 5927 – Baixa de Estoque – Comenta que várias mercadorias listadas nos relatórios do auto de infração possuem o CFOP 5927, que é emitido para se registrar a baixa de estoque nos casos de perdas, sinistro, perecimento. Descreve o citado CFOP. 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. Portanto, requer também a empresa, 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 Substituição Tributária, sendo, portanto, correto o procedimento de não tributar nas saídas subsequentes à anterior entrada, haja vista ter sido encerrada a fase de tributação da mercadoria. Acrescenta que os produtos de Papelaria constam do Anexo I do RICMS, especificamente no item 12.0. Afirma que a empresa apresenta itens deste segmento identificados nos relatórios, sob protesto de que há dificuldade de localizá-los em sua plenitude, pelo já narrado, em relação ao formato inadequado dos relatórios da fiscalização. Cita lápis de cor cis, meninhas, c/12, lápis grafite multicolor preto n 02, régua color waleu 30 cm, corretivo liq acrílex 18 ml, grafite Leonora 0.7 mm.

(vi) - Produtos ISENTOS – Feijão – diz que este produto consta do Relatório de 2017, no mínimo, mas 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. Sustenta que tal fato pode ser comprovado nas *Informações Complementares* nas notas fiscais, o que deveria ter sido visto pela Fiscalização, pois quando da saída de mercadoria com a natureza “Outras Saídas”, deve ser

analisado todo o contexto da operação, para ter certeza de que se trata de uma operação tributada.

Esclarece que o objetivo inicial quando da aquisição destas mercadorias do fornecedor, era o de comercialização, mas não era previsível quando da época da compra, que as mesmas seriam convertidas em mercadorias para consumo na loja, então neste caso, a empresa se creditou normalmente, devendo ser este o foco da fiscalização, e não a cobrança do ICMS na saída. Verifica ainda, que se trata de notas fiscais destinadas à própria empresa, não gerando créditos para terceiros, não havendo, assim, nenhum prejuízo ao Estado.

Informa que a Lei 7014/96, em seu art. 30, determina que, nestes casos, deverá ser feito o Estorno de Crédito, visto que a empresa não tributou a saída, pois do contrário seria penalizada, sofrendo bitributação. Para se comprovar a destinação mencionada das mercadorias, anexa em CD, cópias dos DANF's, onde se verifica nas *Informações Complementares* a destinação dada, bem como, se tratar de nota emitida a ela própria. Requer que sejam retiradas estas mercadorias do cálculo do débito.

Solicita a realização de diligência e perícia para se comprovar o erro do Fisco e provocar o refazimento do auto de infração, com a sua redução.

Reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação e requer seja reconhecida a nulidade do lançamento, ou que, no mínimo, seja determinada diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados, com a consequente declaração de improcedência do Auto de Infração.

Por fim, em homenagem ao Princípio da Verdade Material, protesta pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente documental.

O Autuante presta informação fiscal fl.109. Afirma que com relação aos fatos alegados pela autuada em sua defesa, esclarece o que segue.

Em primeiro lugar, destaca que todo o procedimento fiscal foi realizado de forma estritamente legal, dando completa oportunidade de defesa ao contribuinte, que, inclusive, foi regularmente intimado via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), cuja cópia encontra-se nas folhas 08/10 deste processo, e foi lida pelo contribuinte em 03/Outubro/2018. Vale também destacar, que conforme afirmado pelo próprio contribuinte em sua peça defensiva, foram enviados todos os documentos anexos possíveis (Auto de Infração, Demonstrativo de Débito e todos os papéis de trabalho para demonstração de como a fiscalização chegou ao montante exigido).

Sobre o mérito, na Infração 01, diz que no papel de trabalho enviado ao contribuinte “2014_NF_Listagem” (*idem* 2015, 2016 e 2017) ” são listados diversos produtos, cada qual com sua respectiva base de cálculo do ICMS e a Carga Tributária (alíquota) informada pelo contribuinte, chegando a um consequente valor de ICMS a debitar na Conta Corrente do Imposto.

Por outro lado, diz que a fiscalização observou, que as alíquotas corretas muitas vezes deveriam ser maiores (geralmente 17% ou 18% a depender do exercício, ou 27% no caso de mercadorias consideradas supérfluas). Diz que na maioria dos casos, tratou-se de mercadorias que no passado foram enquadradas no regime de Substituição Tributária, porém no período fiscalizado eram tributadas normalmente e o contribuinte deu saída com alíquota 0%. Tratou-se somente de apurar a diferença de ICMS gerada por esta aplicação incorreta da alíquota.

Quanto à mercadoria Leite em Pó (na qual reside grande percentagem da diferença exigida), diz o RICMS/BA, que havia redução da base de cálculo daqueles produtos fabricados no Estado da Bahia para 7%, (entre 1º/Jan/14 e 31/Jan/17). A partir de 1º/fev/17 não tem redução de base de cálculo. O contribuinte sempre se debitou em 0%, e a fiscalização fez rigorosa pesquisa para saber a origem (fabricação) de cada marca de leite em pó e aplicou a alíquota correta de saída (17% ou 18% para os fabricados fora da Bahia e 7% para os fabricados na Bahia até Jan/17).

Afirma que o mesmo ocorre, com a mercadoria Leite Longa Vida (havia redução da Base de Cálculo daqueles fabricados no Estado da Bahia para 7% entre 1º/Jan/14 e 31/Jan/17) - a partir de 1º/Fev/17, não tem mais redução de base de cálculo.

Entende que a defesa não acrescenta elementos que possam desconfigurar a ação fiscal, portanto, pede que este Auto de Infração seja julgado totalmente procedente, por questão de justiça.

Considerando que em fase instrutória, foi verificado que o Autuante, na informação fiscal, enfrentou parcialmente as alegações defensivas, pois deixou de apreciar aspectos alegados, com fundamentação, conforme estabelecido no § 6º do art. 127 do RPAF/99, após discussão sobre a matéria, em pauta suplementar, esta 3ª JJF, decidiu converter o presente PAF em diligência, às fls.112/113, à INFAZ Paulo Afonso, a fim de que fossem tomadas as seguintes providências:

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. Reitera que o contribuinte foi regularmente intimado (folhas 8/10), constando data de postagem 3/10/18, data da ciência e na mesma data a leitura. Portanto, o contribuinte tomou ciência via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico) no mesmo dia da postagem.

Afirma que o art. 26-III do RPAF considera iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização, de forma que é dispensável a lavratura de termo de início de fiscalização.

Constata que em sua última manifestação no processo, o contribuinte nada acrescenta em relação a preliminares, de forma que passa a analisar as argumentações de mérito contidas na defesa anterior, folhas 36 a 43.

Explica que nos papéis de trabalho enviados ao contribuinte “2014_NF_Listagem” (*idem* 2015, 2016 e 2017) são listados diversos produtos, cada qual com sua respectiva base de cálculo do ICMS e a carga tributária (alíquota) informada, tendo o contribuinte se debitado em sua conta corrente fiscal dos resultados correspondentes. Repete que as alíquotas corretas, deveriam ser maiores (17% ou 18% a depender do exercício, ou 27%, no caso de mercadorias consideradas supérfluas). Em muitos casos, trata-se de mercadorias que no passado estavam enquadradas no regime de Substituição Tributária, porém no período fiscalizado eram tributadas normalmente (exemplo: material de limpeza a partir de fevereiro de 2015), e o contribuinte deu saída com alíquota 0%, como se tais mercadorias ainda fossem da Substituição Tributária.

Trata-se, portanto, de apurar a diferença de ICMS gerada pela aplicação incorreta (a menor) da alíquota. 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).

Mantém 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 acrílico 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;

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.

Na continuidade da instrução foi verificado que consta à fl.129, que embora o Autuante afirmasse em sua manifestação fiscal, a respeito da diligência fl.124, ter elaborado novas planilhas (listagem e resumo) acatando em parte, as alegações defensivas e que as planilhas refeitas com as novas exigências fiscais estariam anexadas ao PAF em CD - mídia eletrônica, estes elementos não foram apensados ao presente PAF, como pode ser constatado até a fl. 128. Assim sendo, após discussão sobre a matéria, em pauta suplementar, esta 3ª JJF, decidiu converter o presente PAF em nova diligência, à INFAZ PAULO AFONSO, a fim de que fossem tomadas as seguintes providências:

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. Aduz que vem, respeitosa e tempestivamente, apresentar sua manifestação pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas, cuja juntada e regular processamento, à esta Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, ora requer.

Afirma que instada a se manifestar, após o refazimento do auto de infração por parte da autoridade fiscal, vem a empresa prestar os esclarecimentos adicionais a seguir transcritos.

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.

Afirma vir adicionalmente, trazer novo elemento de alegação, que é a permanência de 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.

Aduz que várias notas listadas são com o CFOP 5152 (transferência interna) – mercadoria que mesmo na transferência interna já possui jurisprudência no CONSEF que não deve haver incidência do ICMS.

Sustenta que já é sabido no âmbito deste CONSEF que este tipo de operação não tem impacto na apuração geral do ICMS na empresa como um todo. Vários julgamentos vêm sendo realizados com este entendimento. Desta forma, inclusive, por força de inúmeras decisões judiciais desfavoráveis ao Estado, é que a própria Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, emitiu desde o ano de 2016, o Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0, em que estabelece a não incidência e ICMS nas transferências internas de mercadorias. Cita exemplos do CONSEF conforme Acórdãos que tratam da matéria.

Afirma que mais recentemente, o próprio CONSEF publicou Resolução 01/2019 no site da SEFAZ, em que aprovou súmulas, e dentre elas consta a SÚMULA 08/2019, que estabelece, baseado na Jurisprudência do próprio Conselho, a não incidência do ICMS no caso ora discutido. Neste sentido, requer a empresa, que sejam excluídas do levantamento as notas fiscais de Transferências Internas de mercadorias, com o CFOP 5152.

Face a estes flagrantes erros constatados nas planilhas demonstrativas da infração, requer a realização de diligência e perícia para se comprovar o erro do Fisco e provocar o refazimento do auto de infração, com a devida redução dos valores exigidos no auto de infração.

Reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação e requer que seja determinada nova diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados pela Peticionária, com a consequente declaração de improcedência do Auto de Infração.

Por fim, em homenagem ao Princípio da Verdade Material, protesta pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

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

A diligência foi atendida e à fl.157, o Autuante presta nova informação fiscal. 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), o que se segue.

Aduz que analisando detalhadamente as planilhas que embasaram o presente Auto de Infração, houve realmente poucas mercadorias [Caroço de Algodão 30 Kg, Arroz Cravil Cães 5 Kg, Casca Soja Pett 40 Kg e Arroz Au au Cachorro 5 Kg) em meses esparsos (janeiro, maio e novembro de 2016; março, maio, junho, setembro e dezembro de 2017) que apresentaram o CFOP 5152.

Desta forma, aduz que após retirar do cálculo da exigência fiscal tais mercadorias, 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.

Considerando as razões apontadas, pede que este Auto de infração seja julgado parcialmente procedente, por questão de justiça.

O Autuado tomou ciência dos novos demonstrativos fls.159/160 e permaneceu silente.

VOTO

Preliminarmente, o defendente alegou ter havido omissão de documento essencial para validade do Auto de Infração, ante a ausência do Termo de Início de Fiscalização, o que fulmina o procedimento de fiscalização, bem como, do auto de infração. Acrescentou que este fato foi agravado com a indevida formatação da apresentação dos arquivos digitais que demonstram os cálculos das infrações, pela ausência dos demonstrativos que sustentam a acusação fiscal em formato editável em *pdf*, cerceando seu direito de defesa e fulminando por completo o procedimento de lançamento fiscal, devendo o mesmo ser, de plano, declarado nulo.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, constato que ao contrário do alegado, o contribuinte foi devidamente cientificado do Termo de Início de Fiscalização, via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), cuja cópia encontra-se nas folhas 08/10 deste processo. O citado termo foi lido pelo contribuinte em 03/Outubro/2018.

Quanto a solicitação de recebimento das planilhas em formato editável, embora não seja obrigatória essa disponibilização pelo fisco, nos termos do art. 39 do RPAF/BA, em cumprimento a diligência solicitada por esta 3ª JF, seu pleito foi atendido.

Com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, observo que as peças necessárias e suficientes exigidas legalmente para corroborar o devido processo legal, se encontram presentes neste processo. Logo, não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração, visto que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração, o infrator e o *quantum* devido.

Ademais, a descrição da infração permite identificar do que está sendo acusado o contribuinte. Pelo teor de sua defesa conclui-se que o autuado compreendeu perfeitamente do que está sendo acusado, visto que elaborou planilhas para rebater dados da acusação fiscal. Dessa forma, constato não ter ocorrido quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquirir de nulidade o lançamento de ofício. Assim, não acolho as nulidades arguidas.

Em relação à solicitação de perícia, cabe de plano, consignar que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, cabendo ao autuado demonstrar suas alegações. Assim, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem requeridas de ofício para o convencimento dos julgadores. Com fulcro no art.147, inciso II, do RPAF/99, considero desnecessária esta perícia, e indefiro tal pedido, pois o processo contém todos os elementos necessários à convicção dos Julgadores sobre a lide.

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 defensivas, 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, Meninhas C12 NCM 96081000, Lápis Grafite Multicolor preto N02 NCM 96091000, Régua color Waleu 30 cm NCM 39261000 e Corretivo liq acrílico 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 3ª 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 à vista dos livros e documentos apresentados pelo defendente.

Cabe registrar, que o Autuado tomou ciência da última informação fiscal com as respectivas planilhas que dão sustentação à 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 defendente 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269275.0013/18-5, lavrado

contra **RD COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, 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 7014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a” item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR