

A. I. Nº - 269275.0012/19-7
AUTUADO - COMÉRCIO DE DEFENSIVOS E PRODUTOS AGRÍCOLAS A. A. LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ NORDESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.06.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0072-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA BASE DE CÁLCULO. INSETICIDAS, FUNGICIDAS E HERBICIDAS. A fiscalização não trouxe elementos instrutórios que pudessem desqualificar as mercadorias afetadas do enquadramento na NCM 3808 e seus derivativos, capazes de posicioná-las no campo de tributação. Faça-se exceção aos gotejadores, tubos gotejadores e bombas, produtos que estão à margem da isenção. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Vale salientar de início que o presente relatório atende aos parâmetros de elaboração desenhados no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, inclusive adaptado para as sessões virtuais de julgamento.

Optou-se também em indicar neste relatório as folhas das principais peças existentes nos autos como orientação e localização por parte dos demais integrantes deste Conselho.

Formalizado em 28.9.2019, o auto de infração em tela reclama crédito tributário no valor histórico principal de R\$ 185.126,17, conforme a seguir discriminado:

Infração 01 - 03.02.05: Pagamento a menor de ICMS em face de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas – operações registradas em ECF.

Fatos geradores de julho a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016.

Tipificação legal com fulcro nos arts. 17 a 21 e art. 23 da Lei 7.014/96, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, do mesmo diploma de lei.

Juntados nos autos: intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, resumo dos valores levantados, mídia digital contendo arquivos eletrônicos que deram suporte à exigência (fls. 07/13).

O contribuinte ingressa com defesa (fls. 15/20), na qual:

Argui decadência parcial do direito do Estado constituir o crédito tributário sob análise, nos moldes do art. 150, § 4º do CTN, considerando que, cientificado da autuação em 03.10.2019, restaram fulminadas as exigências referentes aos fatos geradores ocorridos em julho, agosto e setembro de 2014.

Assinala que trabalha com a revenda de produtos agropecuários, sujeitos à redução de base de cálculo, nos termos do Conv. ICMS 52/91, Anexos I e II, nos quais constam o descritivo dos produtos e respectiva NCM, com norma simétrica no RICMS da Bahia, além de também comercializar mercadorias enquadradas em isenção nas operações internas, a teor do art. 264, XVII, do citado regulamento.

Aponta que, ignorando estes aspectos, o fisco considerou a alíquota normal, plena, cheia, sendo que, por ser a venda feita através de ECF, não atentou para o disposto no art. 56, parágrafo único, do citado diploma regulamentar.

Quanto às operações internas isentas com inseticidas, fungicidas, formicidas, herbicidas, parasiticidas, germicidas, acaricidas, entre outros, alerta que a auditoria equivocadamente aplicou uma carga tributária efetiva de 6,80% de 01.7.2014 a 30.3.2016 e de 7,2% de 31.3.2016 a 31.12.2016. Neste sentido, anexa planilha indicativa do item, classificação fiscal e fundamento legal da carga tributária. Cola como exemplo na peça defensiva uma tabela com estas informações (fl. 18).

Quanto às operações submetidas à redução da base de cálculo, aduz que a auditoria considerou a carga tributária de 9,92% e 9,96% para máquinas, aparelhos e equipamentos de irrigação, listados no Anexo II do referido acordo interestadual, em vez de considerar a carga tributária de 5,60%, nos termos do art. 266, I, 'b', do regulamento baiano. Anexa notas fiscais emitidas pelos fabricantes, nas quais são indicadas as NCMs dos produtos contemplados no citado Anexo II, além de planilha com tais dados. Encarta como exemplo na defesa uma tabela com data de emissão, descrição do item, NCM, valor total, percentual de redução da base impositiva, alíquota interna e imposto correspondente (fl. 19).

Quanto às saídas cobradas à razão de 11,90% e 13,04%, o representante da Fazenda Pública inobservou a norma contida no art. 268, LIII do RICMS-BA, que trata das operações com fertilizantes destinadas para uso na agricultura, com carga tributável aplicável de 4%, conforme descrição da mercadoria e NCM respectiva.

Conclui dizendo que a irregularidade é incorreta, indevida e nula.

Apensados com a impugnação: instrumentos de representação legal, demonstrativo discriminativo das operações isentas e com redução de base de cálculo, DANFES e CD contendo arquivos, (fls. 58/84).

Em suas informações (fl. 32), o autuante sustenta que a decadência deixou de existir quando o contribuinte tomou ciência da ação fiscal, isto é, 09.7.2019, ficando resguardada toda a cobrança formalizada, desde julho de 2014, e, no mérito, alega que as mercadorias elencadas na defesa não foram objeto de autuação, de modo que apensa com o informativo mídia digital contendo notas fiscais e respectivas situações fiscais, vale dizer, isentas, com base reduzida ou tributadas.

CD à fl. 33.

Sob outra relatoria, essa 5ª JF converteu o PAF em diligência (fls. 35/36) no intuito de serem complementadas as informações fiscais, oportunidade em que a auditoria deveria indicar a NCM para cada produto objeto da autuação, com prazo para manifestação empresarial.

Em novo informativo (fls. 40/41), o autuante relaciona descrição da mercadoria, situação tributária tida por ele como correta e NCM correspondente.

Como réplica (fls. 45/46), a empresa delata que o fisco não indicou a base legal para considerar o produto tributado, reitera os argumentos defensivos e lista algumas NCMs mencionando se tratarem de inseticidas, herbicidas e fungicidas.

Redistribuído o processo para a minha relatoria, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, "a" do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o voto.

VOTO

Em primeiro lugar, vale enfatizar que o Auto de Infração cumpre os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua concretude formal, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal e a previsão

normativa da multa proposta, além da assinatura do autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo programa denominado Sistema de Lançamentos de Créditos Tributários - SLCT.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da defesa ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer outros princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

A alegação empresarial de decadência parcial procede: a exigência refere a recolhimento a menor de imposto, o que defluiu o fato de ter ocorrido pagamentos espontâneos por parte da defendente, sendo o caso de aplicar o art. 150, § 4º do CTN. Efetivamente, o auto de infração foi lavrado em setembro de 2019 e o visto do saneador e da autoridade fazendária no mês seguinte; o prazo decadencial não cessa a contagem quando o sujeito passivo toma ciência da ação fiscal, mas quando ele é cientificado do lançamento de ofício. Tal ocorreu em outubro de 2019, conforme alegado na defesa, sem haver oposição do fisco quanto a esta data. Por conseguinte, em face da decadência, é de se excluir da cobrança sem exame de mérito os meses de julho, agosto e setembro de 2014.

Vamos ao mérito da discussão.

Cumpre patentear que a empresa trabalha no ramo varejista e as operações autuadas foram consignadas através de Equipamentos ECF, conforme referenciado no corpo do lançamento de ofício, o que traz a ideia de que o comprador retirou a mercadoria do estabelecimento e trouxe consigo. Salvo contundente prova em contrário, tais transações são tidas como saídas internas e neste raciocínio podem estar enquadradas no disposto no art. 264, XVIII do RICMS-BA, cuja dicção é a seguinte, aplicável ao período afetado pela cobrança:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

...

XVIII - as saídas internas com os insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, exceto os previstos nos incisos LIII e LIV do caput do art. 268 deste Decreto, observadas as seguintes disposições:

Nota: A redação atual do inciso XVIII do art. 264 foi dada pelo Decreto nº 16.284, de 18/08/15, DOE de 19/08/15, mantida a redação de suas alíneas, efeitos a partir de 01/09/15. Redação originária, efeitos até 31/08/15:

“XVIII - as saídas internas com os insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, observadas as seguintes disposições:”

- a) o benefício fiscal de que cuida este inciso alcançará toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final;
- b) o benefício fiscal não se aplica no caso de operação que não preencha os requisitos estabelecidos ou que dê ao produto destinação diversa da prevista como condição para gozo do benefício, caso em que o pagamento do imposto caberá ao contribuinte em cujo estabelecimento se verificar a saída;
- c) a manutenção de crédito somente se aplica às entradas em estabelecimento industrial das matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados na fabricação daqueles produtos;
- d) revogada.

Nota: A alínea “d” do inciso XVIII do art. 264 foi revogada pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, efeitos a partir de 01/06/16. Redação originária, efeitos até 31/05/16:

“d) fica admitida a manutenção de crédito nas entradas em estabelecimento agropecuário dos produtos objeto da isenção de que cuida este inciso;”

Já o art. 268, LIII e LIV, do mesmo diploma regulamentar, assim dispõe:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

...

LIII - nas saídas de amônia, ureia, sulfato de amônio, nitrato de amônio, nitrocálcio, MAP (mono-amônio fosfato), DAP (di-amônio fosfato), cloreto de potássio, adubos simples e compostos, fertilizantes e DL Metionina e seus análogos, de forma que a carga tributária corresponda a um percentual de 4% (quatro por cento), desde que sejam destinados a uso na agricultura e na pecuária, vedada a sua aplicação quando dada ao produto destinação diversa;

Nota: A redação atual do inciso LIII do caput do art. 268 foi dada pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 27/11/15.

Redação anterior dada ao inciso LIII tendo sido acrescentado ao caput do art. 268 pelo Decreto nº 16.284, de 18/08/15, DOE de 19/08/15, efeitos a partir de 01/09/15 a 26/11/15:

“LIII - nas saídas internas de amônia, ureia, sulfato de amônio, nitrato de amônio, nitrocálcio, MAP (mono-amônio fosfato), DAP (di-amônio fosfato), cloreto de potássio, adubos simples e compostos, fertilizantes e DL Metionina e seus análogos, de forma que a carga tributária corresponda a um percentual de 4% (quatro por cento);”

LIV - nas saídas internas de ácido nítrico e ácido sulfúrico, ácido fosfórico, fosfato natural bruto e enxofre, saídos dos estabelecimentos extratores, fabricantes ou importadores para os destinatários a seguir indicados, de forma que a carga tributária corresponda a um percentual de 4% (quatro por cento):

Nota: O inciso LIV foi acrescentado ao caput do art. 268 pelo Decreto nº 16.284, de 18/08/15, DOE de 19/08/15, efeitos a partir de 01/09/15.

a) estabelecimento onde sejam industrializados adubos simples ou compostos, fertilizantes e fosfato bi-cálcio destinados à alimentação animal;

b) estabelecimento produtor agropecuário.

Por sua vez, a cláusula primeira do Conv. ICMS 100/97 da qual se vale a impugnante para afastar a postulação estatal é a seguinte:

Cláusula primeira: Fica reduzida em 60% (sessenta por cento) a base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais dos seguintes produtos:

I - inseticidas, fungicidas, formicidas, herbicidas, parasiticidas, germicidas, acaricidas, nematocidas, raticidas, desfolhantes, dessecantes, espalhantes, adesivos, estimuladores e inibidores de crescimento (reguladores), vacinas, soros e medicamentos, produzidos para uso na agricultura e na pecuária, inclusive inoculantes, vedada a sua aplicação quando dada ao produto destinação diversa;

Em seus argumentos, o sujeito passivo, à fl. 46, esclareceu ainda o seguinte:

Os produtos sob a NCM 3808.91 são inseticidas.

Os produtos sob a NCM 3808.91.9 são outros tipos de inseticidas, não sendo para uso direto em aplicações domissanitárias.

Os produtos sob a NCM 3808.92 são fungicidas.

Os produtos sob a NCM 3808.93 são herbicidas.

Assim, o legislador baiano interno, valendo-se das disposições do acordo interestadual citado, que prevê redução de base de cálculo nas operações interestaduais entre os signatários com as mercadorias ali listadas, resolveu desonerar de tributação os mesmos tipos de mercadorias nas operações internas.

Ao compulsar por amostragem os produtos alcançados pela autuação, segundo a própria auditoria, conforme relação trazida à fl. 40, frente e verso, extrai-se a seguinte relação, com descrição do item, número da nota fiscal de aquisição e classificação na NCM registrada no documento fiscal:

Produto	NF compra	NCM
Sanmite	18835	38089993
Iharol	18571	38089197
Cartap	16721	38089199

Roundup	10674	38089324
Gramaxone	5238	38089325
Trifimine	18571	38089299
Pirate	8412	38089199
Mospilan	15312	38089199
Sumithion	15312	38089199
Siptran	19943	38089323
Manzate	31768	38089293
Durivo	6387	38089199
Select	20130	38089329
Gotejador	19350	84248119
Agral	5238	38089999
Kocide	32531	38089291
Kumulus	8412	38089292
Maxi Zinc	16721	38249077
Orthene	19446	38089191
Bombas	127926	8413

De fato, tais NCMs – classificações não contestadas pela fiscalização – referem à seguinte posição da TIPI:

NCM 3808 - Inseticidas, rodenticidas, fungicidas, reguladores de crescimento para plantas, desinfetantes e produtos semelhantes, apresentados em formas ou embalagens para venda a retalho ou como preparações ou ainda sob a forma de artigos, tais como fitas, mechas e velas sulfuradas e papel mata-moscas.

Por outro lado, o fisco não trouxe elementos de prova que atestassem não ter o contribuinte satisfeito as condições estabelecidas na norma regulamentar, o que faz concluir estar a defendente correta na sua tese defensiva.

Tampouco trouxe subsídios probatórios de que tais produtos se enquadravam nas exceções previstas nos incisos LIII e LIV do art. 264 do RICMS-BA, que trata da redução de base de cálculo, de modo que a carga tributária equivalha a 4%.

A ausência destes contrapontos traz a conclusão de que os itens objeto da autuação tratam mesmo de inseticidas, fungicidas e herbicidas, posicionados na NCM 3808 e seus derivativos, enquadráveis na hipótese da isenção antes aventada. O fato da aquisição interestadual vir tributada com redução da base impositiva decorre do mandamento convencional atrás transcrito. A saída interna consequente continuará isenta, podendo ser anulado o direito ao uso do crédito, se for hipótese de manutenção ou não, questão que desborda da análise do presente processo.

Faça-se exceção aos gotejadores, tubos gotejadores e bombas, alcançados pela cobrança tributária e não amparados pela isenção, de modo que ainda persistem as diferenças de imposto constituídas a este propósito.

Em face de todo o exposto, considero **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração, no valor histórico de **R\$ 37.153,78**, na forma do demonstrativo de débito abaixo enunciado, considerando a decadência até setembro de 2014 e a manutenção na cobrança das operações com gotejadores, tubos gotejadores e bombas.

Registre-se também que nos meses de janeiro, março, abril, novembro e dezembro de 2016 não restou valor de imposto considerado procedente:

Mês	ICMS
out/14	2026,26
nov/14	1901,45
dez/14	1969,64
jan/15	1964,52
fev/15	1914,62
mar/15	924,76
abr/15	1666,11
mai/15	2395,57
jun/15	582,67
jul/15	957,61
ago/15	1198,19
set/15	602,10
out/15	3572,50
nov/15	1740,36
dez/15	4072,05
fev/16	9200,14
mai/16	39,41
jun/16	75,02
jul/16	253,08
ago/16	61,18
set/16	21,35
out/16	15,19
Total	37.153,78

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269275.0012/19-7**, lavrado contra **COMÉRCIO DE DEFENSIVOS E PRODUTOS AGRÍCOLAS A. A. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 37.153,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96, 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” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR