

A. I. N° - 269275.0015/18-8
AUTUADA - R D COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.08.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0122-05/23-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. OPERAÇÕES DESONERADAS DE TRIBUTAÇÃO. Durante a instrução processual, constatou-se que parte das mercadorias objeto da autuação estava submetida à isenção, na forma do Conv. ICMS 100/97. Mantida parte da exigência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Assenta-se o presente relatório nas premissas do inciso II, do art. 164 do RPAF-BA.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 11/12/2018, tem o total histórico de R\$ 540.603,09 e a seguinte descrição:

Infração 01 – 03.02.05 – Pagamento a menor de ICMS em virtude de erro na determinação da base de cálculo adotada em saídas regularmente escrituradas.

Fatos geradores de maio de 2015 a novembro de 2017.

Juntados, entre outros elementos, intimação para apresentação de livros e documentos, demonstrativos sintéticos da irregularidade, ano a ano, CD contendo arquivos eletrônicos (fls. 07/13).

Pontos defensivos (fls. 16/25) explorados pelo autuado, após alegar tempestividade da peça processual:

Preliminares:

1. Remessa das próximas comunicações processuais para o endereço da advogada contratada, sob pena de nulidade.
2. Nulidade do auto de infração pela ausência de termos, no teor do art. 18, do RPAF-BA, particularmente o de início de fiscalização. Apoio em doutrina de administrativistas.
3. Nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, haja vista o formato inadequado dos demonstrativos, posto que estão somente na extensão *pdf* não editável, impossibilitando o manuseio, conferência dos valores e cruzamento das informações apontadas pelo fisco. Pede com apoio no § 3º, do art. 8º do RPAF-BA que os demonstrativos de 333 páginas sejam convertidos em *excel*.

Questões de mérito:

(I) Há erro material no descritivo da irregularidade porque várias saídas foram consideradas como tributadas e não são. Isto porque a grande maioria dos produtos são isentos, nomeadamente insumos agropecuários listados no Conv. ICMS 100/97, com previsão no art. 264, XVIII do RICMS-BA; cola inclusive na peça defensiva um rol de mercadorias nesta condição (fl. 23). Também os farelos de trigo e soja são isentos, em face da norma atrás citada.

Requerimentos complementares:

a) Realização de diligência e/ou prova pericial, com o fito de ser verificado o erro do autuante e consequente alteração dos valores inicialmente lançados.

Anexados documentos, inclusive de representação legal (fls. 26/41).

Em suas informações (fl. 44), o autuante alerta que o contribuinte foi intimado do início da ação fiscal, houve comunicação recíproca durante a fiscalização e foram disponibilizados para aquele, todos os demonstrativos que deram suporte à autuação. No mérito, relaciona exemplificativamente produtos que são tributados normalmente e não desonerados de ICMS. Logo, sustenta a procedência total da exigência.

Processo vai para diligência (fls. 47/47v.) no intuito de serem tomadas as medidas abaixo transcritas:

1. *Por parte do SETOR DE PREPARO da unidade de origem:*

1.1. *Encaminhar o processo para o AUTUANTE adotar as seguintes medidas, **sob pena de preclusão, seguindo rigorosamente as orientações abaixo delineadas:***

1.1.1 *Produzir em “excell” novos demonstrativos analíticos da autuação, em substituição aos contidos na mídia de fl. 13, denominados “2015_ECF_ERRO_CARGA_TRIBUTARIA_LISTAGEM.pdf”, contendo as seguintes informações: data de emissão do cupom fiscal, CFOP, código do produto, descrição, valor do item, valor do desconto, valor da base de cálculo do ICMS, carga tributária informada, valor do ICMS informado, carga tributária auditada, valor do ICMS calculado e diferença a recolher.*

1.2 *Intimar o autuado para que este, dentro do prazo reaberto de defesa de 60 dias, **seguindo rigorosamente as orientações abaixo delineadas e sob pena de preclusão, adote as seguintes medidas:***

1.2.1 *Apresentar nova impugnação apresentando **todos (e não por amostragem)** os produtos que considera isentos, apontando **para cada um deles** as razões pelas quais entende haver desoneração da tributação.*

1.2.2 *Manifestar-se sobre o novo demonstrativo indicado no subitem 1.1.2, retro, adotando um posicionamento exaustivo e não apenas exemplificativo.*

1.2.3 *Após a nova impugnação, submeter o PAF ao crivo do autuante para este rebater todos os aspectos da defesa, sob as penas indicadas no subitem 1.1, complementando a informação fiscal de fl. 44 e focando o posicionamento nas linhas argumentativas traçadas na peça impugnatória - anterior e nova -, especialmente as seguintes:*

1.2.3.1 *Fazer o contraponto relacionado à alegação defensiva de que são **isentos** “a grande maioria dos produtos listados no demonstrativo da autuação são insumos agropecuários” (fl. 21), previstos na cláusula primeira do Conv. ICMS 100/97.*

1.2.3.2 *Comentar a respeito de **cada um** dos produtos apontados no rol de fls. 23 a 24, ou **qualquer um outro** que venha a ser especificado na nova impugnação a ser produzida pelo autuado, explicitada mais adiante, apresentando breves explicações sobre todos eles, apontando as razões pelas quais está sujeito à tributação plena, base de cálculo reduzida ou isenção.*

O autuante protocola os demonstrativos em formato *excel*, em meio magnético (fls. 49/51) e o contribuinte, intimado do seu teor (fl. 52), apresenta novo manifesto, ocasião em que: (i) adverte não ter tomado ciência do teor do pedido de diligência deste Colegiado; (ii) repete os argumentos defensivos iniciais e acrescenta uma nova listagem de mercadorias isentas (fls. 60/62), inclusas na

autuação, transcrevendo consultas feitas na Internet a respeito de certos itens, nomeadamente *barrage*, *alantol*, e *baymecDE* (fls. 62/63); (iii) exhibe uma nova lista de produtos cujas operações possuem redução de base de cálculo (fl. 63), porque são implementos agrícolas previstos no Conv. ICMS 52/91.

Documentos apensos, inclusive CD (fls. 65/81).

Em novo informativo (fls. 83/103), o autuante: a) pondera que produziu o demonstrativo em *excel* e não procede se insistir na tese de cerceio de defesa; b) encarta na peça processual espelhos das notas fiscais das compras efetuadas pelo impugnante que atestam não serem as mercadorias isentas, tanto os insumos agropecuários como os implementos agrícolas.

Por prudência processual, este Colegiado fez retornar o PAF para a origem (fls. 105/106) no sentido de serem efetivadas as providências solicitadas no item 1.2 e subitens reproduzidos retro.

Ciente do despacho diligenciador, o sujeito passivo, desta feita, preferiu ficar silente (fls. 109/111).

Depois das diligências adicionais, 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 meu voto.

VOTO

De início, compete apreciar o requerimento da autuada no intuito das comunicações neste PAF serem encaminhadas para o endereço dos advogados com procuração nos autos, sob pena de nulidade.

Pode o órgão de preparo facultativamente dar ciência também dos atos processuais praticados aos i. profissionais constituídos nos autos. Tal providência é até benfazeja, do ponto de vista procedimental processual, mas jamais a sua falta pode emperrar o andamento do feito. As intimações anteriores seguiram todas para o contribuinte, com recebimento pessoal ou via Correios. **Portanto, embora a ciência ao advogado seja desejável, não cabe a nulidade**, até porque o contribuinte, ao tomar conhecimento de qualquer ato processual, deve avisar o causídico constituído nos autos.

Improcede o pedido de nulidade da autuação em face da ausência do termo de início de fiscalização. O documento de fls. 07 a 09 comprova que desde 03.10.2018 a impugnante tomou conhecimento de estar sob ação fiscal, mediante recebimento do termo de intimação para apresentação de livros e documentos e/ou prestação de informações, equivalente ao termo de início, conforme previsto no art. 26, III do RPAF-BA.

Improcede também o pleito de nulidade da autuação pelo incumprimento da forma dos demonstrativos fiscais. Apesar do arquivo de formato *pdf* ser conversível em *excel*, à vista dos aplicativos gratuitos e pagos disponíveis na *Internet*, entendeu a 5ª JF ser de bom alvitre disponibilizar para o contribuinte os arquivos em planilhas eletrônicas editáveis, até pelo volumoso quantitativo de páginas – 333. Mesmo de posse dos demonstrativos originais, a impugnante dispunha de elementos para interpor defesa e réplica, conforme atrás relatado, inclusive descendo ao detalhe de apontar os produtos que considera isentos e com base de cálculo reduzida. Não houve desde o início cerceamento do direito de defesa, quanto mais após o autuante ter apensado os demonstrativos de cobrança em formato *excel*.

Sendo assim, o Auto de Infração está de acordo com os requisitos de lei.

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 princípios – constitucionais e infraconstitucionais - aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Indeferido qualquer pedido adicional de realização de diligência ou perícia. A segunda, por desnecessidade de produção de prova técnica; a questão envolve simples cálculos aritméticos e interpretação da norma de subsunção. A primeira porque os elementos probatórios existentes nos autos já são suficientes para elucidar a questão; acaso houvesse algo diferente nos documentos fiscais, de posse da impugnante, isto já teria sido demonstrado. Não faltaram oportunidades processuais para fazê-lo.

No mérito, a cobrança alude a imposto não pago nas saídas de mercadorias tributadas, registradas em equipamentos emissores de cupons/notas fiscais de vendas ao consumidor (ECF), de modo que, pelo não uso de base de cálculo, ocorreu erro na sua determinação.

A defesa sustenta que muitas operações afetadas estavam isentas, por força do art. 264, XVIII do RICMS-BA, mercadorias contempladas no Conv. ICMS 100/97.

Os farelos de soja e trigo inclusos no levantamento fiscal merecem ser **retirados**. São, de fato, isentos do imposto, conforme o dispositivo regulamentar atrás citado; logo, se as vendas foram via ECF, constituíram presumivelmente saídas internas, não contestadas pelo fisco. As compras vieram tributadas porque originadas de outros estados, caso em que a base impositiva é reduzida.

Igual raciocínio pode ser adotado para os produtos listados pela impugnante à fl. 23, isto é, rações animais não *pet*, tortas e caroços de algodão, além de formicidas.

O mesmo **não pode ser dito** para as sementes, calcário e demais produtos listados à fl. 23 porque o contribuinte não se desincumbiu de provar se pertenciam ou não ao rol previsto no Conv. ICMS 100/97, apontando-lhes as características, apesar de intimado pela 5ª JF para fazê-lo, **oportunizado processualmente por duas vezes**.

Quanto a nova lista trazida pelo defendente às fls. 60 a 62, devem também ser excluídas da cobrança os formicidas, as rações e as tortas de algodão. As sementes e demais produtos ficam mantidos porque, como fundamentado, a empresa não comprovou o enquadramento deles nas condições estipuladas no citado acordo interestadual, embora tivesse a múltipla oportunidade de prestar os esclarecimentos devidos. Nada impede que em grau de recurso ainda possa fazê-lo, em nome do princípio da busca da verdade material.

Esta relatoria checkou as descrições colhidas da Internet, acerca dos produtos mencionados e caracterizados às fls. 62 e 63, e realmente constatou tratarem-se de parasiticidas (barrage e baymec) e medicamentos para uso na pecuária (alantol).

No tocante ao que denominou de implementos agrícolas, também o contribuinte não conseguiu provar que os itens alcançados na autuação preenchem os requisitos estabelecidos no Anexo II do Conv. ICMS 52/91. **Esta parte fica irretocada na exigência.**

Pelo exposto, procedendo às exclusões dos valores cobrados nas saídas de *alantol*, *barrage*, *baymec*, *caroços de algodão*, *farelos de soja*, *farelos de trigo*, *formicidas*, *rações não destinadas para pets e tortas de algodão*, é o auto de infração julgado PROCEDENTE EM PARTE, no montante de R\$ 121.260,66, afora acréscimos, de sorte que o novo demonstrativo de débito, para fins de liquidação, acaso mantida esta decisão colegiada, passa a ser o seguinte:

Mês	Lançado	Retirado	Procedente
fev/15	13617,93	10004,54	3.613,39
mar/15	14085,80	10625,01	3.460,79
abr/15	15546,11	10491,64	5.054,47
mai/15	14064,22	10373,42	3.690,80
jun/15	13855,42	9642,21	4.213,21
jul/15	14385,91	10238,72	4.147,19

ago/15	14491,71	10536,88	3.954,83
set/15	15946,69	11793,44	4.153,25
out/15	17509,38	13192,20	4.317,18
nov/15	17620,72	13050,49	4.570,23
dez/15	20004,88	15393,00	4.611,88
jan/16	19598,13	14978,32	4.619,81
fev/16	12004,25	8780,11	3.224,14
mar/16	14156,71	10658,42	3.498,29
abr/16	15030,34	11080,62	3.949,72
mai/16	18029,33	15339,29	2.690,04
jun/16	16518,48	13949,28	2.569,20
jul/16	16923,24	14091,43	2.831,81
ago/16	19673,36	15757,35	3.916,01
set/16	17361,72	14877,70	2.484,02
out/16	23616,60	20529,30	3.087,30
nov/16	17592,53	15054,68	2.537,85
dez/16	21530,07	17608,00	3.922,07
jan/17	18913,38	16231,96	2.681,42
fev/17	17881,59	15189,06	2.692,53
mar/17	23141,74	19090,17	4.051,57
abr/17	15147,05	10940,85	4.206,20
mai/17	12707,41	9322,67	3.384,74
jun/17	15583,48	12573,66	3.009,82
jul/17	10952,00	7585,45	3.366,55
ago/17	11772,05	8079,66	3.692,39
set/17	10607,16	7714,86	2.892,30
out/17	11003,00	7781,04	3.221,96
nov/17	9730,70	6787,00	2.943,70
Totais	540.603,09	419.342,43	121.260,66

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 **269275.0015/18-8**, lavrado contra **R D COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimada a autuada, para pagar o imposto no valor total de **R\$ 121.260,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento 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, 24 de julho de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR